C.A. de Concepción

Concepción, treinta de agosto de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Comparece BERNARDITA CRISTINA NECUÑIR FERNANDEZ, trabajadora, cédula de identidad N° 12.731.323-7, domiciliada en Temístocles Rojas 44, sector Pedro del Río, Concepción, por sí y en representación de Asociación Indígena Trawun Huechelu, legalmente constituida y con personalidad jurídica vigente, inscrita con el N° 180 en el registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, interponiendo acción constitucional de protección en contra de SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL REGION DEL BIOBIO, representado por Silvana Alejandra Suanes Araneda, cédula de identidad N° 14.620.054-0, ambos con domicilio en Lincoyán 14, Concepción, según escrito del folio 1, por cuanto dicho organismo, en forma arbitraria e ilegal, emitió la Resolución Exenta N° 11, de 11 de enero de 2021, que calificó ambientalmente favorable el proyecto *"Construcción Nuevo Puente Ferroviario Biobío",* sin efectuar el respectivo proceso de Consulta a Pueblo Indígena para con la Asociación Trawun Huechelu, infringiendo la normativa constitucional, internacional, sectorial y reglamentaria que protege los derechos de los Pueblos Originarios. La resolución recurrida priva, perturba y amenaza las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las personas, afectando, vulnerando y amenazando los derechos de los pueblos indígenas que recurren.

Indica que el organismo recurrido ha incurrido en graves acciones u omisiones, ilegalidades y vulneraciones de derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la Constitución Política y tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, tales como el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, vulnerando el procedimiento de Consulta

WXENKXKXEX

Indígena, parte integrante y trámite obligatorio del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Explica que el proyecto *"CONSTRUCCIÓN NUEVO PUENTE FERROVIARIO BIOBIO"* fue ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, SEIA, mediante Estudio de Impacto Ambiental, EIA, el 16 de junio de 2019, cuyo titular es Empresa de los Ferrocarriles del Estado y que el 26 de junio de 2019 se resolvió su admisibilidad a evaluación ambiental, iniciándose el 4 de julio de 2019 el proceso de Participación Ciudadana, manifestando la comunidad su disconformidad en distintas materias con el proyecto. Agrega que cumpliendo con la obligación legal establecida en el artículo 86 del RSEIA, el Servicio de Evaluación Ambiental del Biobio se reunió con la Asociación Indígena Trawun Huechelu el 01 de agosto de 2019, manifestando claramente la Asociación que en el cerro Chepe sus miembros realizan recolección de hierbas para la venta y subsistencia de sus integrantes así como para fines espirituales y medicinales y que existe un sitio ceremonial donde se realizan prácticas habitualmente.

Dice que los diferentes Organismos Estatales con competencia ambiental realizaron observaciones dadas las deficiencias del proyecto, lo que derivó en el primer ICSARA, de 1 de octubre de 2019, que fue respondido mediante Adenda de 27 de febrero de 2020. Ante las deficiencias que esta Adenda también presentó se volvió a dictar otro ICSARA el 20 de abril de 2020, que fue respondida mediante Adenda Complementaria de 15 de septiembre de 2020. Luego, el Servicio de Evaluación Ambiental emitió el Informe Consolidado de Evaluación que fue sometido a calificación por parte de la Comisión Evaluadora Regional, determinando calificar favorablemente el proyecto, a pesar de las inconsistencias que presenta. Así, con fecha 11 de enero de 2021, se dictó la Resolución Exenta N° 11, que lo calificó favorablemente.

Refiere que la Asociación indígena Trawün Huechelú es una organización urbana de Concepción, que según las bases que crea la

WXENKXKXEX

Ley 19.253 se conforma como tal el 9 de octubre de 2009 y su personalidad jurídica se encuentra vigente. Sus integrantes residen en la población Pedro del Río Zañartu, el campamento Temístocles Rojas y campamento El Triángulo. Que una de las actividades comunitarias y productivas que tiene mayor transversalidad dentro de los integrantes es la recolección de lawen y su posterior comercialización, siendo su finalidad primera preservar el equilibrio espiritual como individuos, como grupo y como pueblo, aunque la comercialización sirve como sustento económico para los integrantes y familias de la Asociación. Además, la Asociación tiene un sitio ceremonial en el winkul Chepe, lugar en el que realizan variados ritos y prácticas ceremoniales, culturales, espirituales, religiosas y patrimoniales, como Trawün, Palín, Purrun, Ayekan y Jejipun, desde la creación del sitio ceremonial en 2012.

Expone que en cuanto al proceso de Consulta a Pueblos Indígenas (PCPI), la Comisión de Expertos de la OIT ha señalado que la "consulta y participación" constituyen la piedra angular del Convenio 169 y la base de todas sus disposiciones. La aplicación de la obligación de celebrar consultas con los pueblos indígenas, tiene por objetivo, garantizar la participación efectiva en todos los niveles de decisión en el aparato político, administrativo y legislativo que puedan afectarles directa o indirectamente, siendo claves sus artículos 6 y 7. Que frente a la inacción del SEA de decretar el correspondiente PCPI, la Asociación ingresó una carta solicitando se iniciase la respectiva Consulta Indígena, con fecha 3 de diciembre de 2020. Posteriormente, y sin dar respuesta a dicha solicitud, el SEA dictó el Informe Consolidado de Evaluación el 14 de diciembre de 2020, en que recomendó la aprobación del proyecto en cuestión. Luego, el 18 de diciembre de 2020, el SEA Biobío respondió mediante Resolución Exenta 202008101253, a la solicitud de Consulta Indígena, denegándola e indicando como argumento que "las partes, obras y acciones del proyecto, no son susceptibles a afectar en forma directa a

WXENKXKXEX

la Asociación Trawün Huechelu, no generando ningún impacto significativo sobre dicho grupo humano de los establecidos en el artículo 11 de la ley N° 19.300, por lo cual no procede la realización de un proceso de consulta indígena, basándose en información errónea, incompleta y parcializada entregada por el Titular.

Refiere falta de un adecuado proceso de levantamiento de información durante la evaluación ambiental, ya que el Titular se limitó a bajarle el perfil a las actividades de la Asociación y a indicar, sin sustento alguno, que su Proyecto no generará impactos sobre el GHPPI. Tampoco indagó ni entregó antecedentes en relación a la creación del sitio ceremonial que existe desde 2012. El Titular reconoce que la Asociación realiza caminatas en el cerro pero no indaga por qué se hacen en dicho lugar, cuál es la relevancia y pertinencia de hacerlo en ese lugar y no en cualquier otro y cuál es la motivación del GHPPI.

Expone que para que se inicie un proceso de Consulta a Pueblo Indígena debe verificarse alguno de los efectos, circunstancias, características y/o impactos de los artículos 7, 8 y 10 del RSEIA, configurándose tales causales, pues el Proyecto genera la transgresión al lugar más sagrado de la Asociación, el sitio ceremonial, y los domicilios de las y los integrantes de la Asociación, así como también se realiza en él recolección de lawen, encontrándose el proyecto inserto en un territorio con valor ambiental para el mundo Mapuche y la Asociación recurrente.

Continúa señalando que se ha vulnerado el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en cuanto a que cada vez que se adopte una medida administrativa susceptible de afectarles directamente (como lo es una RCA), se deberá abrir un proceso de Consulta Indígena, cuestión que no ocurrió en este caso, pese a que se configuraban todos los requisitos legales necesarios para su procedencia.

Estima por las razones que expone en el libelo, que se han conculcado los derechos fundamentales de los recurrentes a la

WXENKXKXEX

integridad física y psíquica; a la no discriminación y sobre igualdad ante la ley, contemplados en el artículo 19 números 1 y 2 de la Constitución Política, siendo el recurso de protección la vía de impugnación idónea para impugnar este tipo de resoluciones.

Solicita finalmente tener por interpuesto Recurso de Protección en contra de Resolución Exenta N° 11, dejándola sin efecto, al igual que todos los actos jurídicos posteriores, en que ésta incide, ordenando que se instruya el correspondiente Proceso de Consulta a Pueblos Indígenas correspondiente, conforme a derecho, con costas.

Se evacuó un primer informe, según folio 14, por el abogado José Ignacio Vial Barros, en representación del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, señalando que el 19 de junio de 2019, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto "Construcción nuevo Puente Ferroviario Biobío" ante la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío.

Explica que el Proyecto consiste en la construcción de un nuevo puente ferroviario con dos vías férreas electrificadas de una longitud total de 1886 metros que cruzará el río Biobio, de tipo balastado, conectando las comunas de Concepción y San Pedro de la Paz; y de un túnel en el cerro Chepe, que considera dos vías férreas y pasillos de mantención y evacuación, de aproximadamente 325 metros de longitud. El objetivo es el reemplazo del puente ferroviario existente en consideración a su obsolescencia técnica, de 120 años

Señala que en relación a la materia objeto de la acción de protección, durante el proceso de evaluación se remitieron los antecedentes a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, quien a través de su oficio ORD. N° 320, de 14 de agosto de 2019, manifestó observaciones al EIA, las cuales fueron incluidas en la adenda respectiva. Posteriormente, mediante su oficio ORD. 407 de 8 de octubre de 2020, realiza su pronunciamiento a la adenda

WXENKXKXEX

manifestando su conformidad con las respuestas dadas por el Titular a sus observaciones formuladas previamente, señalando en que "...éste órgano de la administración del Estado, se pronuncia sin observaciones, pues el titular ha proporcionado los antecedentes necesarios para justificar la inexistencia de impactos significativos sobre GHPPI presentes en las comunas de San Pedro de la Paz y Concepción".

Que durante el referido procedimiento se llevaron a cabo dos reuniones con la presidenta de la asociación indígena, Bernardita Cristina Necuñir Fernández, recurrente de autos. El 14 de diciembre de 2020 se emitió el informe consolidado de la evaluación ambiental del proyecto, a los órganos miembros del Comité Técnico para su visación. Conforme a lo anterior, el proyecto fue aprobado dictándose la Resolución de Calificación Ambiental N° 11 de 21 de enero de 2021, acto terminal del procedimiento de evaluación ambiental, y que ha sido impugnado en estos autos por estimarse ilegal y arbitrario.

Sobre la solicitud de inicio de un Proceso de Consulta Indígena, refiere que el 3 de diciembre de 2020, mediante carta dirigida a la Directora del SEA Biobío, por el Equipo de Trabajo de la Asociación Indígena Trawun Huechelu, se solicita dar inicio a un PCI. Mediante Resolución Exenta N° digital 2020008101253 de 18 de diciembre de 2020, la Dirección Regional del SEA resolvió no acoger la solicitud de la asociación indígena, de conformidad a los estándares contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en el proceso de evaluación del EIA del Proyecto; y no admitir a trámite la Solicitud de la asociación indígena, respecto del acompañamiento de un equipo técnico multidisciplinario que disminuya la brecha de conocimiento y le permita tomar decisiones con un acompañamiento profesional y capacitado en el tema. Lo anterior, ya que se concluye que las partes, obras y acciones del proyecto no son susceptibles de afectar en forma directa a la Asociación Indígena nombrada y, por lo tanto, no genera ninguno de los impactos significativos sobre dicho grupo humano de los

WXENKXKXEX

establecidos en el artículo 11 de la ley N° 19.300, por lo cual no procede la realización de un PCI.

Señala que en relación al recurso de protección, los argumentos presentados por las Recurrentes son la falta de un adecuado proceso de levantamiento de información durante la evaluación ambiental, concluyendo que no le es posible a la autoridad descartar de plano y sin fundamentación los impactos que el Proyecto genera en la Asociación Indígena. Agregan los recurrentes que, como consecuencia de la construcción del túnel del Proyecto, sus actividades en el Cerro Chepe serán afectadas, el que corresponde a un sitio ceremonial.

Refiere que el recurso de protección debe ser rechazado por no ser la vía idónea para impugnar actos administrativos de carácter ambiental atendido el contenido de carácter técnico y discrecional que requieren dichos actos, por lo cual, tales asuntos exigen un procedimiento de lato conocimiento ajeno a la naturaleza cautelar del recurso de protección y al carácter breve del procedimiento que lo rige. Lo anterior se hace patente luego que se interpusiera el recurso de reclamación administrativa ante el Comité de Ministros, de acuerdo al artículo 20 de la Ley N° 19.300, conforme a lo señalado en el inciso final del artículo 29 de la misma Ley, en contra de la Resolución Exenta N° 11 de enero de 2021. Dicha reclamación actualmente se encuentra en trámite y ha sido interpuesta contra el mismo acto que mediante esta acción se recurre, por los mismos recurrentes, entre otras personas, y en atención a los mismos fundamentos invocados en esta acción, cuya pretensión consiste igualmente en dejar sin efecto la RCA del proyecto.

Hace valer además argumentos de fondo para el rechazo del recurso, destacando que en la evaluación ambiental del Proyecto se dio cumplimiento a todas y cada una de las normas aplicables, lo que llevó al SEA Biobio a determinar la improcedencia de llevar a cabo un PCI, resolviéndose que el Proyecto no requiere de un proceso de consulta indígena dado que no se producen los efectos, características ni

WXENKXKXEX

circunstancias para ello. El PCI sólo procederá cuando dentro del área de influencia de un proyecto existe susceptibilidad de afectación directa sobre uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Se concluye que el PCI es una obligación de carácter excepcional dentro del SEIA, ya que sólo puede abrirse en forma incidental al proceso de evaluación cuando en el área de influencia del Proyecto existan Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas ("GHPPI") susceptibles de ser afectados directamente. Por su parte, el instructivo N° 161116, de 24 de agosto de 2016, del Servicio de Evaluación Ambiental, sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT en el SEIA indica que el referido convenio señala en la letra a) del número 1 del artículo 6 que, para que sea procedente la consulta, la medida administrativa que se prevé adoptar debe tener la capacidad de afectar directamente a los pueblos indígenas. La medida administrativa para efectos del SEIA corresponde a la Resolución de Calificación Ambiental cuando esta produzca impactos ambientales sobre pueblos indígenas y cuyo contenido se refiera a medidas apropiadas para hacerse cargo de ellos.

A su vez, en el EIA también se aborda el ejercicio o manifestación de tradiciones culturales o intereses comunitarios, señalándose que el Proyecto no dificultará o impedirá las mismas, las festividades y manifestaciones tradiciones, culturales o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social de los grupos humanos, que se desarrollan en la comuna de Concepción y San Pedro de la Paz, entre los cuales se encuentran los de la recurrente. Por lo tanto, el SEA Biobío cumplió con su obligación legal de llevar a cabo la reunión del artículo 86 del RSEIA, constando en el expediente de evaluación al acta que da cuenta de ello, y recogió las preocupaciones que los recurrentes levantaron en dicha reunión, reproduciendo los impactos denunciados por la Asociación Indígena.

WXENKXKXEX

Se concluye que, a partir del levantamiento de información antropológica desarrollado, que incluyó fuentes de información primarias y secundarias, si bien la Asociación Indígena realiza actividades de recolección en el cerro Chepe, estas son de baja frecuencia e intensidad. Además, las obras y acciones del Proyecto no afectan los lugares de acceso al cerro Chepe ni los sitios de recolección. Por lo tanto, se descarta que se genere un efecto adverso significativo respecto a la actividad de recolección de hierbas medicinales.

Dice que no se identificó la existencia de un rewe en el cerro Chepe, siendo dicho aspecto relevado a partir de la reunión sostenida con ocasión del artículo 86 del RSEIA. Con todo, la CONADI se manifestó conforme con la información entregada en las Adendas, señalando en el Oficio N°407/2020 que si bien no comparte la caracterización que el Titular realiza del rewe, validan los antecedentes de que este no se verá afectado, toda vez que "*ya existen obras anteriores en el lugar y a que el sitio ceremonial está en la explanada y las obras en áreas subterráneas ya intervenidas, por lo que el lugar se podrá seguir utilizando en la forma que se ha utilizado a la fecha*".

Agrega que el Proyecto no genera impactos en la actividad de recolección de hierbas medicinales ni en el rewe o sitio ceremonial emplazado en el cerro Chepe, debiendo descartarse que existe una afectación significativa por este motivo. A su vez, desde el punto netamente ambiental, también se descarta que se genere afectación significativa sobre la flora del lugar, por cuanto el cerro se encuentra altamente antropizado y no existe flora en categoría de conservación.

Concluye el informe, indicando que la acción de protección no es la vía idónea para resolver contenciosos administrativos de carácter técnico ambiental, controversia que debe ser resuelta en un proceso de lato conocimiento ante la judicatura especialmente creada para ello; además, que la controversia de autos ha sido puesta en conocimiento del Comité de Ministros por los mismos recurrentes, a través del recurso de reclamación administrativa del artículo 29 de la Ley

WXENKXKXEX

N°19.300; tampoco es la vía idónea para discutir derechos controvertidos; que durante la evaluación ambiental del Proyecto se demostró que el túnel no afectará la actividad de recolección de hierbas medicinales que realizan los recurrentes y también se demostró que el Proyecto no afectará el sitio ceremonial de los recurrentes en el cerro Chepe, por cuanto las obras son de carácter subterráneo y no se localizan en el lugar donde se emplaza el referido sitio.

Se evacuó un segundo informe, según folio 15, por los abogados Roberto La Rosa Hernández, Álvaro Uribe Badilla e Isidora Palma Elgueta, por la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, quienes primeramente alegan la falta de acreditación de legitimación activa de la recurrente Bernardita Cristina Necuñir Fernández, en representación de la Asociación Indígena Trawun Huechelu, ya que del sólo mérito del certificado acompañado por la recurrente, se advierte que la Asociación cuenta con un Directorio que, a la fecha de interposición de la presente acción constitucional, habría expirado el 23 de enero de 2021 y la presente acción se ha interpuesto con fecha 20 de febrero de 2021, por lo que no consta en estos autos si ella sigue detentando la representación de la Asociación Indígena referida a contar del 23 de enero de 2021, pues no se trata de una acción popular.

En el desarrollo del recurso, no se especifica cómo la Resolución Exenta respecto de la que alega arbitrariedad, ha afectado en específico sus garantías constitucionales, esto, ya que toda la argumentación de la recurrente gira en torno a la actividad que realiza la Asociación Indígena, sin detallar ni siquiera en un apartado el rol que Bernardita Necuñir Fernández cumple en la Asociación, su sentido de pertenencia en específico, si ella participa o no de las ceremonias y recolecciones señaladas en la acción y otros antecedentes que permitan apreciar cómo se conculcarían sus garantías constitucionales, careciendo de legitimación activa para la interposición del recurso de protección.

Sostienen que la naturaleza de la acción es cautelar constitucional, puesto que se persigue la adopción de medidas

WXENKXKXEX

necesarias para restablecer el imperio del derecho que la recurrente estima que se le ha privado, perturbado o amenazado, otorgando la debida protección al afectado. En el presente caso, la recurrente pretende que se revise un procedimiento administrativo tramitado conforme a la ley, en el cual los órganos y servicios que intervinieron se ajustaron a la legalidad y no incurrieron en arbitrariedad alguna; y asimismo busca que se emita una sentencia que le reconozca un derecho, que no es indubitado en este caso: que se realice un proceso de consulta indígena. Para la situación reprochada, la legislación chilena ha establecido el recurso de reclamación ante el Comité de Ministros, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 20 y 29 de la ley N° 19.300. De hecho, así ya lo hizo el 26 de marzo de 2021, interponiendo Bernardita Cristina Necuñir Fernández, por sí y en representación de la Asociación Indígena Trawun Huechelu, en conjunto con otras personas, un recurso de reclamación.

En subsidio, solicitan que se rechace en todas sus partes, con costas, el presente recurso de protección, haciendo presente que la Asociación Indígena Trawun Huechelu tuvo un rol activo en el desarrollo de la evaluación, participando en diversas oportunidades, no solo en aquella derivada del artículo 86 del DS 40 de 2012, sino que también formulando descargos y requerimientos. Dice que de acuerdo con la información presentada en el proceso de evaluación no se registran prácticas ceremoniales de carácter ancestral, siendo la Asociación indígena Trawün Huechelu aquella que trabaja en el rescate y resignificación del WeTripantu. No obstante, CONADI valida los antecedentes presentados en el proceso de evaluación, relativos a que el sitio ceremonial no se verá afectado por las obras del proyecto, toda vez que ya existen obras anteriores en el lugar y a que el sitio ceremonial está en la explanada y las obras en áreas subterráneas ya intervenidas, por lo que el lugar se podrá seguir utilizando en la forma que se ha utilizado a la fecha, se considera relevante apoyar el rescate de la cultura mapuche. La decisión cuestionada que no correspondía

WXENKXKXEX

efectuar un proceso de consulta indígena en el proceso de evaluación ambiental; se encuentra debidamente sustentada en toda la información presentada, no solo en el EIA y las Adendas del proyecto, sino que también, en los respectivos informes emanados de la CONADI en relación a las declaraciones que EFE como Titular del proyecto presentó. Con la sola lectura de los hechos, puede descartarse que exista arbitrariedad o ilegalidad alguna en la dictación de la RCA, puesto que se obtuvo luego de un procedimiento justo, razonado, con etapas demarcadas, realizándose una Adenda y una Adenda Complementaria, informando en 3 oportunidades CONADI y con la realización de un informe antropológico y la reunión dispuesta por el artículo 86; solicitándose informes a los distintos interesados y autoridades competentes, rigiéndose fielmente por los principios y normas en concreto que regulan el Derecho Ambiental. No puede esgrimirse que existe un derecho indubitado de la contraria, quien mediante argumentos generales intenta construir un derecho, el que de manera alguna reviste el carácter de indubitado o flagrante.

Explican que en los proyectos que ingresan al SEIA, no siempre procede la realización de consulta indígena. Así bien lo ha señalado tanto la normativa internacional, nacional, la jurisprudencia y las prácticas comunes de nuestras Instituciones Ambientales y Tribunales.

En este sentido se pronuncia el instructivo N°16116 de 24 de agosto de 2016 del Servicio de Evaluación Ambiental sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas, según el cual será procedente la consulta indígena cuando "la Resolución de Calificación Ambiental tenga la capacidad de generar uno o más impactos significativos de forma directa, sobre un grupo humano indígena", entendiendo el SEIA dicha susceptibilidad de afectación directa, cuando el proyecto genera o presenta alguno de los efectos características o circunstancias establecidos en los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento del SEIA, lo que no concurre en autos, ya que como hemos señalado, se ha establecido durante el desarrollo de la

WXENKXKXEX

Aprobación de le Resolución de Calificación ambiental que dichos actos no afectarán a la recurrente.

Se evacuó un último informe, según folio 28, por Ana Paola Hormazábal Navarrete, Directora de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena de la Región del Biobio, señalando que la "Asociación Indígena Trawün Huechelu" de Concepción, se encuentra inscrita a fojas 81, N° 180 del libro segundo del Registro Asociaciones de 2009, personalidad jurídica N° 180, que se encuentra actualmente vigente. Indica que ese servicio durante la tramitación de la EIA, mediante Ordinario N° 320 responde Ordinario de 27 de junio de 2019 remitido por la Directora de SEA con la finalidad que se pronunciara respecto de EIA relativo al proyecto de Construcción del Nuevo Puente Ferroviario. En dicho oficio, la Corporación realiza varias observaciones al titular solicitándole realizar nuevos análisis o complementar antecedentes. Que se le indica al titular que la información entregada no es suficiente para descartar la generación de efectos adversos contenidos en RSEIA en lo referente a la recolección de hierbas medicinales, por lo que se le solicita identificar los puntos de recolección, así como las hierbas y/o plantas medicinales objeto de dicha práctica; acompañar los medios de verificación de la entrevista realizada a la presidenta de la asociación "Trawün Huelechu" y complementar la descripción de la práctica de recolección de hierbas a través del levantamiento de información primaria con las familias Huenteo y Necuñir. Adicionalmente se le solicita describir las demás manifestaciones culturales desarrolladas por la Asociación indígena, a partir de fuentes primarias de información y a través de una metodología participativa con dicha asociación indígena, acompañando los correspondientes medios de verificación. Una vez incorporados los antecedentes solicitados, se le solicita al titular realizar una nueva predicción y evaluación del impacto del proyecto y si de la información solicitada se detecta algún impacto ambiental a personas pertenecientes

WXENKXKXEX

a grupos humanos indígenas, se pide al titular señalar las eventuales medidas que permitan hacerse cargo de los mismos.

Que el 17 de marzo de 2020, mediante ordinario N° 197, responde oficio N° 69 del 27 de febrero de 2020 remitido por la Directora de SEA Biobío, mediante el cual este órgano se pronuncia sin observaciones, pues el titular proporcionó los antecedentes necesarios para justificar la inexistencia de impactos significativos sobre GHPPI presentes en las comunas de San Pedro de la Paz y Concepción. Finalmente, mediante ordinario 407 de 08 de octubre de 2020, esta Corporación responde Oficio N°272, de 16 de septiembre de 2020, enviado por la directora Regional Biobío del SEA, por medio del cual se pronuncia sin observaciones a la Adenda Complementaria, pues el titular ha proporcionado los antecedentes necesarios para justificar la inexistencia de susceptibilidad de afectación sobre GHPPI en relación al Cerro Chepe.

Indica que de acuerdo a lo señalado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, deben existir mecanismos que permitan el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, cuando se deban tomar medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectar a dichos pueblos directamente, para efectos de alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas, como la Consulta Indígena. Respecto a este punto, el Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social del año 2014, establece y reglamenta el Proceso de Consulta Indígena de manera de dar ejecución a lo dispuesto en el Convenio 169. A su vez, dicho Decreto Supremo dispone que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional. Relativo a este mandamiento legal, esta Corporación no ha recibido

WXENKXKXEX

solicitud alguna de asistencia técnica relativa a proceso de Consulta Indígena Extraordinario, sobre los hechos que son materia del presente recurso. Al no encontrarse dentro de la esfera de competencias de esta Corporación, señalarle a los demás Órganos de la Administración del Estado en qué casos debe o no realizarse un proceso de Consulta indígena ya sea ordinario o extraordinario, son ellos quienes, actuando dentro de la normativa legal existente, deben determinar cuándo una de sus actuaciones se encuentra dentro de los parámetros normativos que hagan aplicable lo reglamentado en el decreto supremo N° 66. Por tanto, en este caso, es dable concluir, que el órgano recurrido ha actuado dentro del ámbito de resoluciones administrativas que no son susceptibles de consulta indígena, ya que, como bien señala el Decreto Supremo N°66, no todo acto administrativo cae dentro de la esfera de aplicación de Consulta Indígena, máxime si dicho Decreto Supremo, no señala taxativamente las materias respecto de las cuales es improcedente su aplicación, sino que se limita a esbozar ejemplos respecto de los distintos actos administrativos excluidos de Consulta. Que, en este orden de cosas, no corresponde a este Órgano de la Administración del Estado, pronunciarse respecto a la procedencia o no del proceso de consulta indígena extraordinario solicitado por el recurrente.

Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que el recurso de protección contemplado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República es una acción que persigue tutelar la privación, perturbación o amenaza que sufran las personas en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que en esa misma norma se señalan, producidas a causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, mediante la adopción inmediata por la Corte de Apelaciones respectiva de las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y dar debida protección al afectado.

WXENKXKXEX

Por consiguiente, resulta ser requisito indispensable para la procedencia de la referida acción constitucional la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario, esto es, que sea contrario a la ley o producto del mero capricho de quien lo ejecuta o se abstiene y que provoque la afectación de alguno de los derechos fundamentales protegidos por el constituyente, en la forma establecida en la disposición antes citada.

SEGUNDO.- Que la recurrente de autos Bernardita Cristina Necuñir Fernández, obrando por sí y en representación de Asociación Indígena TRAWUN HUECHELU, ha interpuesto acción constitucional de protección en contra del Servicio de Evaluación Ambiental Región del Biobio, impugnando la Resolución Exenta N° 11, de 11 de enero de 2021, suscrita por el Intendente Regional Patricio Kuhn Artigues y la Directora Regional del Servicio de Evaluación Ambiental del Biobio Silvana Suanes Araneda, en sus condiciones de Presidente y Secretaria de la Respectiva Comisión de Evaluación, respectivamente, mediante la cual se calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto denominado "*Construcción Nuevo Puente Ferroviario Biobio*" de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, por cumplirse con la normativa ambiental aplicable al caso.

Argumenta que la referida Resolución Exenta se dictó dentro de un procedimiento administrativo, llevado a efecto sin que se efectuara una Consulta Indígena a la Asociación que dice representar, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en atención a que en el cerro Chepe -donde se materializará parte de este Proyecto- se realiza por los miembros de la Asociación nombrada recolección de hierbas y plantas con fines medicinales y de comercialización, existiendo además un sitio sagrado para la práctica de ceremonias culturales y religiosas. De este modo estima que la Resolución impugnada es ilegal y arbitraria, afectando

WXENKXKXEX

directamente a sus integrantes, pues se conculcan sus derechos fundamentales contemplados en el artículo 19 numerales 1 y 2 de la Constitución Política de la República.

Solicita a esta Corte que se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 11, al igual que todos los actos jurídicos posteriores en que incide, ordenándose que se instruya el correspondiente proceso de Consulta a Pueblos Indígenas correspondiente, conforme a derecho, con costas.

TERCERO.- Que, de acuerdo a los antecedentes del proceso, el objetivo del Proyecto antes referido, cuyo titular es Empresa de los Ferrocarriles del Estado, es el reemplazo del puente ferroviario existente en el río Biobio, por obsolescencia técnica atendida su antigüedad, para lo cual se construirá un nuevo puente con sus accesos, señalización, cruces, obras civiles, electrificación y otras obras necesarias, contemplándose además la construcción de un nuevo túnel en el cerro Chepe ubicado en la ribera norte del río, en la comuna de Concepción.

I. EN CUANTO A LA FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA.

CUARTO.- Que en el informe evacuado por Empresa de los Ferrocarriles del Estado, según folio 15, primeramente, se ha cuestionado la falta de legitimación activa de la recurrente Bernardita Cristina Necuñir Fernández, en cuanto a la representación que dice tener de la Asociación Indígena TRAWUN HUECHELU, ya que según el certificado acompañado se advierte que dicha Asociación cuenta con un Directorio que expiró el 23 de enero de 2021 y la acción se interpuso con fecha 20 de febrero de 2021, por lo cual no consta si ella sigue detentando su representación a contar del 23 de enero de 2021, ya que no se trata de una acción popular.

Además, sostiene que toda la argumentación de la recurrente gira en torno a la actividad que realiza la Asociación Indígena, sin detallar el rol que Bernardita Necuñir Fernández cumple en la Asociación, su sentido de pertenencia en específico, si ella participa o

WXENKXKXEX

no de las ceremonias y recolecciones señaladas en la acción y otros antecedentes que permitan apreciar cómo se conculcarían sus garantías constitucionales, careciendo de legitimación activa para la interposición del recurso de protección.

QUINTO.- Que la alegación precedente ha de ser acogida sólo en cuanto a la falta de legitimación activa de la recurrente nombrada para obrar en representación de la Asociación Indígena, ya que no se aportaron antecedentes que justifiquen su actual personería para accionar judicialmente por dicha entidad, debiendo desestimarse en cuanto a su carencia de interés personal pues resulta evidente que forma parte de la comunidad mapuche, desde que integró el directorio de la referida asociación, teniendo por ello un interés legítimo en que sus derechos que considera afectados se puedan tutelar a través de la acción de protección intentada.

II. EN CUANTO AL FONDO DEL RECURSO.

SEXTO.- Que la cuestión a dilucidar por esta Corte es la procedencia de la Consulta Indígena en el procedimiento administrativo seguido para la Calificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto denominado "Construcción Nuevo Puente Ferroviario Biobio" a que se hizo referencia en el motivo tercero, conforme a la normativa del Convenio N° 169 de la OIT y, consecuencialmente, determinar si la Resolución Exenta N° 11 antes mencionada, de fecha 11 de enero de 2021, que lo calificó ambientalmente favorable es arbitraria o ilegal, a fin de resolver su eventual invalidación.

SEPTIMO. Que sobre dicho particular, debe tenerse presente que la acción de protección es un medio que permite a los tribunales superiores adoptar medidas de urgencia para restablecer el imperio del derecho, con el objeto de tutelar la privación, perturbación o amenaza que sufran las personas en el legítimo ejercicio de determinados derechos y garantías indubitadas que la Constitución contempla, a causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales.

WXENKXKXEX

Sin embargo y como se ha resuelto reiteradamente, cabe señalar que esta acción constitucional no resulta ser la vía idónea para impugnar actos administrativos relativos a materias de carácter ambiental, atendido su contenido técnico y discrecional, como sucede en la especie, pues estos asuntos contencioso administrativos de naturaleza ambiental requieren de un proceso idóneo para solucionar pretensiones como la de la recurrente a fin de determinar si se generan los efectos adversos denunciados en el libelo del recurso, cuya competencia le corresponde a la autoridad administrativa, habiéndose encomendado su control jurisdiccional a los Tribunales Ambientales creados por la Ley N° 20.600.

En efecto, no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley antes citada, que crea los Tribunales Ambientales, son éstos órganos especiales los llamados a conocer de las controversias medioambientales sometidas a su competencia, dentro de las cuales se encuentra la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental.

OCTAVO.- Que, a mayor abundamiento, consta de los antecedentes acompañados al proceso que el asunto planteado en la presente acción de protección, se encuentra actualmente sometido al imperio del derecho ya que en marzo de 2021 se ha interpuesto por las recurrentes de autos y por otras personas un recurso de reclamación conforme a las normas de la Ley N° 19.300 en contra de la misma Resolución Exenta N° 11 de 2021, con idéntica finalidad de dejar sin efecto dicho acto administrativo, acción que se encuentra en actual tramitación y que se ha intentado ante el Comité de Ministros que señala la ley, de cuya resolución puede -a su vez- reclamarse ante los Tribunales Ambientales con competencia en la materia, no siendo pertinente que en tales circunstancias esta Corte emita pronunciamiento en el asunto a fin de evitar posibles decisiones contradictorias.

WXENKXKXEX

NOVENO.- Que, igualmente, debe tenerse presente que la citada Resolución Exenta impugnada por esta vía de protección, goza de una presunción de legalidad en su génesis y otorgamiento, de acuerdo al ordenamiento jurídico que rige los actos administrativos, no habiéndose desvirtuado de ningún modo esa presunción en esta sede, ya que el derecho a la Consulta Indígena que se reclama como fundamento de la acción no aparece como indubitado, según se observa de los informes evacuados en estos autos, ya que se la recurrida lo estima improcedente en este caso, por las razones reseñadas en lo expositivo de este fallo.

DECIMO.- Que así las cosas y de acuerdo a las reflexiones precedentemente expuestas, el recurso de protección intentado no puede prosperar y será desestimado sin costas.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en las leyes 19.300 y 20.600, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se resuelve:

I. Que SE ACOGE sin costas la alegación de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado de falta de legitimación activa de la recurrente Bernardita Cristina Necuñir Fernández para actuar en representación de la Asociación Indígena Trawun Huechelu;

II. Que SE RECHAZA sin costas la acción de protección deducida por la nombrada Bernardita Cristina Necuñir Fernádez, por sí, en contra del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Biobio.

Regístrese, comuníquese y en su oportunidad archívese.

Redacción del abogado integrante don Hugo Tapia Elorza.

Libro Protección Rol N° 487-2021.

WXENKXKXEX

Vivian Adriana Toloza Fernandez
MINISTRO
Fecha: 30/08/2021 13:33:29

Camilo Alejandro Alvarez Ordenes
MINISTRO
Fecha: 30/08/2021 13:25:32

Hugo Fernando Tapia Elorza
ABOGADO
Fecha: 30/08/2021 13:38:48

WXENKXKXEX

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Concepción integrada por los Ministros (as) Vivian Adriana Toloza F., Camilo Alejandro Alvarez O. y Abogado Integrante Hugo Tapia E. Concepcion, treinta de agosto de dos mil veintiuno.

En Concepcion, a treinta de agosto de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

WXENKXKXEX

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa.
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl