

Valdivia, veintisiete de enero de dos mil veintiuno

VISTOS

1. A fs. 1 y ss., compareció DIEGO LILLO GOFFRERI, abogado, en representación convencional de **COMUNIDAD INDÍGENA ATAP, COMUNIDAD INDÍGENA KAWÉSQAR GRUPOS FAMILIARES NÓMADES DEL MAR, y COMUNIDAD INDÍGENA RESIDENTE RÍO PRIMERO**, en adelante "los Reclamantes", e interpuso recurso de reclamación del art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 -en adelante LTA- en contra de la **RES. EX. N°103 DE 16 DE AGOSTO DE 2019** -en adelante la "Resolución Reclamada"-, de la **COMISIÓN DE EVALUACIÓN DE LA REGIÓN DE MAGALLANES Y LA ANTÁRTICA CHILENA** -en adelante "la Reclamada" o "la COEVA"-, que resolvió la solicitud de invalidación interpuesta en contra de la Res. Ex. N° 127, de 17 de octubre de 2018, del mismo órgano -en adelante "la RCA"-, que calificó favorablemente el proyecto "Centro de Cultivo de Salmónidos Seno Taraba, Bahía Sin Nombre, Península Benson, N° de Solicitud 212122064", -en adelante "el Proyecto"- cuyo titular es Trusal S.A. -en adelante "el Titular" o "el tercero coadyuvante de la Reclamada"-.
2. El Proyecto ingresó a evaluación ambiental por la vía de una Declaración de Impacto Ambiental -en adelante "DIA"- . Consiste en la instalación y operación de un centro de cultivo de salmónidos, en el cual se espera producir 7.000.000 Kg, para lo cual utilizará 28 balsas jaulas de 30x30x17 m, utilizando 2,52 ha, en una concesión de acuicultura que se ubica en el Seno Taraba, al sur del Estero Sin Nombre, en la comuna de Natales.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado

3. De los antecedentes administrativos del procedimiento de evaluación ambiental presentados en estos autos, consta:
 - a) a fs. 372 y ss., que la DIA del proyecto ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental -en adelante «SEIA»- el 17 de enero de 2018.
 - b) a fs. 768, que por Res. Ex. N° 11, de 23 de enero de



2018, la Reclamada admitió a trámite la DIA.

- c) de fs. 771 a 776, que por los Of. Ord. N° 12, 13 y 14, de 23 de enero de 2018, el Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena -en adelante "SEA regional"- ofició a los Órganos de la Administración del Estado con Competencia Ambiental -en adelante «OAECA»-, con el objeto que éstos se pronuncien, en lo medular, acerca de si el Proyecto cumplía con la normativa ambiental aplicable.
 - d) de fs. 781 a 801, que entre el 26 de enero y el 21 de febrero de 2018, los OAECA emitieron sus pronunciamientos.
 - e) a fs. 806 y ss., que por Res. Ex. N° 20, de 26 de febrero de 2018, el SEA regional emitió el Informe Consolidado de Solicitud de Aclaración, Rectificación y Ampliación -en adelante "ICSARA"-, cuya notificación al Titular, en la misma fecha, rola a fs. 810.
 - f) de fs. 816 a fs. 914, Adenda ingresada por el Titular, el 22 de agosto de 2018, en respuesta al ICSARA.
 - g) a fs. 915, que por Of. Ord. N° 219, de 27 de agosto de 2018, el SEA regional ofició nuevamente a los OAECA, con el objeto que éstos se pronuncien, en lo medular, acerca de si la Adenda había subsanado lo indicado en el ICSARA.
 - h) de fs. 917 a 925, que entre el 27 de agosto y el 13 de septiembre de 2018, varios OAECA emitieron sus pronunciamientos.
 - i) a fs. 929 y ss., Informe Consolidado de Evaluación -en adelante "ICE"-, de 28 de septiembre de 2018, firmado por el SEA regional, que recomendó aprobar la DIA del proyecto.
 - j) a fs. 980 y ss., la Res. Ex. N° 127, de 17 de octubre de 2018, por la que la COEVA dictó la RCA del proyecto, calificándolo favorablemente.
4. De los antecedentes administrativos del procedimiento de invalidación, presentados en estos autos, consta:
- a) a fs. 343 y ss., que el 6 de diciembre de 2018, los Reclamantes solicitaron la invalidación de la RCA.
 - b) a fs. 339 y ss., que por Res. Ex. N° 450, de 21 de diciembre de 2019, la Reclamada inició procedimiento de

invalidación, confirmando traslado al Titular.

- c) a fs. 241 y ss., que el Titular evacuó el traslado solicitando el rechazo de la solicitud de invalidación.
- d) a fs. 236 y ss., que por Of. Ord. N° 29, de 8 de febrero de 2019, la Reclamada solicitó informe a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena -en adelante "CONADI regional"-.
- e) a fs. 228 y ss., que por Of. Ord. N° 41, de 1 de marzo de 2019, la CONADI regional evacuó el informe.
- f) a fs. 206 y ss., que por Res. Ex. N° 103, de 16 de agosto de 2019, la Reclamada rechazó la invalidación.

II. Antecedentes del proceso de reclamación

- 5. A fs. 1 y ss., el 16 de octubre de 2019, se interpuso la reclamación de autos.
- 6. A fs. 130, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y dispuso que se oficiara a la Reclamada, a fin de que emitiera informe y remitiera copia autenticada del expediente administrativo de evaluación ambiental y del procedimiento de invalidación, seguidos ante la COEVA.
- 7. A fs. 132, el Titular solicitó hacerse parte como tercero coadyuvante de la Reclamada, y dedujo incidente de previo y especial pronunciamiento para que se declare la extemporaneidad del recurso de reclamación; a fs. 148, el Tribunal tuvo como parte en dicha calidad, y confirmó traslado a los Reclamantes, dejando para definitiva la resolución del incidente.
- 8. A fs. 149, los Reclamantes evacuaron traslado; a fs. 154, el Tribunal tuvo por evacuado el traslado.
- 9. A fs. 167, la Reclamada evacuó el informe y acompañó copia autenticada de ambos expedientes administrativos.
- 10. A fs. 1012, el Tribunal tuvo por evacuado el informe y por acompañadas las copias autenticadas de ambos expedientes administrativos.
- 11. A fs. 1013, se certificó estado de relación, y a fs. 1014 el Tribunal decretó autos en relación, fijando la vista de la causa para el martes 14 de enero de 2020, a las 9:00

horas.

12. A fs. 1018, el Titular, tercero coadyuvante de la Reclamada solicitó tener presente ciertas consideraciones sobre la reclamación de autos; a fs. 1031 el Tribunal las tuvo presente.
13. A fs. 1036, consta acta de instalación de Tribunal; a fs. 1037, consta certificación de vista de la causa; y a fs. 1038, consta certificación de causa en estudio.
14. A fs. 1039, consta certificación de causa en acuerdo, y a fs. 1040, que el Tribunal designó, para la redacción de la sentencia, a la Ministra Sra. Sibel Villalobos Volpi.

CONSIDERANDO:

I. DISCUSIÓN DE LAS PARTES

A) Argumentos de los Reclamantes

PRIMERO. Como cuestión de forma, los Reclamantes sostuvieron que su acción ha sido interpuesta dentro de plazo, pues la Resolución Reclamada se le notificó por carta certificada que fue ingresada a la oficina de Correos de Santiago Centro Oriente el 28 de agosto de 2019, según consta en el sobre en que fue remitida, por lo que, en aplicación del art. 46 inc. segundo de la Ley N° 19.880 -en adelante LBPA-, la notificación se entiende practicada el 31 de agosto de 2019, y a partir de esta fecha se computa el plazo de 30 días del art. 17 N° 8 de la LTA.

SEGUNDO. Respecto del fondo, los Reclamantes señalaron que, en el transcurso de la evaluación ambiental del Proyecto, hubo infracción a las normas contenidas en la Ley N° 19.300 -en adelante LBGMA- y en el Reglamento del SEIA, aprobado por D.S. N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, -en adelante "RSEIA"-, ya que fue calificado ambientalmente de forma favorable, sin que se hayan aportado los antecedentes necesarios para descartar efectos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables. Esto debido a que, según señalan a fs. 7, mediante el Of. Ord. N° 5, de 24 de enero de 2018, de Sernapesca, dicho organismo solicitó al SEA

incluir en el ICSARA la necesidad de efectuar un monitoreo estacional de mamíferos y aves marinas susceptibles de ser afectadas en el área de influencia del Proyecto (fs. 1009); sin embargo, en la Adenda, el proponente declaró que el proyecto no generará los efectos, características y circunstancias del art. 11 letra b) de la LBGMA, sin acompañar antecedentes específicos y objetivos sobre los ecosistemas que podrían ser afectados por el Proyecto. Según los Reclamantes, dicha falta de antecedentes debió bastar para rechazar el Proyecto, lo que no ocurrió. Puntualizan además que al descartar dicha alegación, en virtud de un análisis abstracto de la problemática efectuado por la Reclamada, la Resolución Reclamada ha consolidado ese vicio, pues la evaluación se limitó a una correcta modelación de dispersión de fecas y alimentos no consumidos, y en la interpretación de sus resultados por medio de valores mínimos y máximos descritos en literatura científica, pero el vicio que reprocha, que es la falta de caracterización del área de influencia del proyecto, en especial su biodiversidad, permanece sin ser abordado. A juicio de los Reclamantes, no se logró descartar los efectos del art. 11 letra b) de la LBGMA, por lo que el Proyecto debió rechazarse, correspondiendo su ingreso a través de un EIA. A lo anterior añadieron que, cuando el SEA tomó conocimiento de la falta de información acusada, debió declarar el término anticipado de la evaluación ambiental, como lo dispone el art. 18 bis de la LBGMA y el art. 48 del RSEIA.

TERCERO. Los Reclamantes también sostuvieron que se omitió la evaluación de todos los posibles impactos en un área protegida, ya que, si bien en la DIA se indicó que el Proyecto no se encuentra en, ni próximo a áreas puestas bajo la protección oficial del Estado, conforme a la misma DIA, éste estaría a 1600 metros de la Reserva Nacional Alacalufe, actualmente Parque Nacional Kawésqar. Añadieron que existe información de la Corporación Nacional Forestal -en adelante "CONAF"- relacionada con la descripción de la entonces Reserva Nacional Alacalufe en los ambientes marinos aledaños, que destaca la presencia de foca leopardo, ballena, delfín austral y delfín chileno, y a pesar de esto, la Resolución Reclamada sólo descarta el impacto visual y turístico, pero ignora los impactos a la

biodiversidad de la citada área protegida, añadiendo que, dada la extrema cercanía del proyecto a dicha área, se debe dar aplicación a lo dispuesto en el art. 11 letra d) de la LBGMA, ingresando obligatoriamente por EIA.

CUARTO. Por último, los Reclamantes indicaron que el proyecto no consideró la alteración significativa a los sistemas de vida de comunidades Kawésqar, lo que sería una causal de ingreso por EIA adicional, esto es, la del art. 11 letra c) de la LBGMA. En ese sentido, expresaron que la Resolución Reclamada determinó que sus alegaciones eran genéricas, que el Proyecto no restringe el acceso a puntos de extracción y buceo, no obstruye el paso de embarcaciones, ni se registró uso ancestral, costumbres o sitios con valor cultural dentro del área de influencia del Proyecto. Sin embargo, los Reclamantes sostuvieron que existe prueba del uso ancestral del Seno Taraba por los Kawésqar, ya que éstos son nómades y su territorio y maritorio va desde el Golfo de Penas hasta la Península Brecknock, dentro del cual el Seno Taraba tiene gran importancia y por eso se incorporó en una solicitud de Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios -en adelante "ECMPO"-; dicha importancia se sostiene en la carga espiritual e histórica del lugar, que además es un área de pesca de centolla, róbalo, pejerreyes, pulpo y congrio, y donde hay sitios de importancia arqueológica inconmensurable en toda la costa, con restos de actividad de canoeros como conchales, sitios funerarios, pinturas rupestres, corrales de pesca, etc. En ese sentido, sostuvieron que la solicitud de ECMPO demuestra que es un territorio ancestral, lo que además habría sido reconocido en el marco de la consulta indígena para la creación del Parque Nacional Kawésqar, donde se indicó que dicha consulta obedeció a que éste se emplaza en un territorio que tiene significancia cultural y simbólica para el pueblo Kawésqar, toda vez que corresponde a zonas de navegación ocupadas ancestralmente por este pueblo y que circundan el área de protección. Por último, agregaron que el pronunciamiento de Conadi regional los ubica como comunidades en tierra, obviando su especial condición de pueblo nómade del mar, lo que viola el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo -en adelante "Convenio 169"-, y que incluso llevó a la omisión de las reuniones establecidas en el art. 86 del

RSEIA, que habría podido dar cuenta de la afectación significativa a los sistemas de vida y costumbres de las comunidades. Siendo así, concluyeron que el Proyecto debió ingresar por EIA, y además debió haber consulta indígena. Por todo lo anterior, solicitaron se acoja su reclamación, procediendo a la invalidación de la resolución de calificación ambiental del proyecto.

QUINTO. En definitiva, postularon que la DIA no tiene la capacidad de evaluar adecuadamente los impactos del art. 11 que señala, pues no proporciona antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de los impactos del proyecto, ni describe las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos, de modo que no se asocian a ello medidas de mitigación, reparación o compensación necesarias, por lo tanto el proyecto fue indebidamente autorizado (fs. 12).

B) Argumentos de la Reclamada

SEXTO. La Reclamada, por su parte, solicitó primeramente que se declare la extemporaneidad de la reclamación de autos, porque no aplicaría la regla del art. 46 inc. segundo de la LBPA, ya que ella contiene una presunción simplemente legal que aplica cuando se desconoce la fecha de entrega de la carta certificada -según interpretación sostenida por la Excma. Corte Suprema en sentencia causa Rol 7359-2018, de 3 de junio de 2019- lo que no ocurre en autos, pues la información de seguimiento de envío de carta certificada da cuenta que ésta se entregó en el domicilio de los Reclamantes el 28 de agosto de 2019, por lo que la reclamación se presentó vencido el plazo para interponerla.

SÉPTIMO. En cuanto al fondo, la Reclamada indicó que el área de influencia del Proyecto se determinó correctamente, y que en base al área de dispersión de las emisiones y residuos, se estableció que estas no alcanzan el borde costero, por lo que se descartó afectación a la biodiversidad que se pueda encontrar en la orilla de playa y borde costero; todo ello en base a la correcta modelación en DEPOMOD y la comparación de sus resultados con el índice de impacto definido por Findlay y Watling (1997), de balance entre demanda y disponibilidad de

oxígeno. Además indicó que sí se solicitó la información adicional sobre biodiversidad marina en el ICSARA, lo que motivó el pronunciamiento conforme de Sernapesca. De acuerdo a la descripción del proyecto, este está sobre una zona cuya profundidad alcanza los 150 metros, por tanto, no afectará macroalgas pardas que crecen en profundidades de hasta 30 metros, éste no tendrá instalaciones en tierra, y no utilizará la franja de borde costero asociado al cordón de *Macrocystis*. Además, señaló que no basta con la sola localización del proyecto cerca de un área protegida para ingresar por EIA, sino que es necesaria la circunstancia o condición adicional de que dicha área sea susceptible de verse afectada en cuanto a sus objetivos de protección, lo que se descartó con las modelaciones. Agregó la Reclamada que la recategorización de la Reserva Forestal Alacalufes en Parque Nacional Kawésqar no impide el desarrollo de proyectos acuícolas, por el contrario, de acuerdo con la zonificación del borde costero de la Región de Magallanes, el Proyecto se emplaza en zona denominada "triple A", esto es, área apta para la acuicultura; adicionalmente la calidad del agua y los ecosistemas marinos no se verán afectados con el proyecto, tras haberse descartado que cause impactos significativos.

OCTAVO. Respecto de la afectación a pueblos Kawésqar, la Reclamada indicó que dicha afectación no se produce, pues la mera solicitud de ECMPO no es suficiente para acreditar afectación de comunidades indígenas en los términos del art. 11 letra c) de la LBGMA, toda vez que el mapa de usos socioculturales acompañado a la solicitud de ECMPO, que daría cuenta de posibles usos pesqueros, debe corroborarse con un informe de Conadi regional, cosa que no ha ocurrido. Agregó que en el Seno Taraba, aunque se afirma que hay pesca, no existirían bancos naturales; en tanto que respecto de los restos arqueológicos y usos culturales, no sólo no precisan su ubicación, sino que resulta imposible que cada canal, archipiélago o fiordo sea de interés para las comunidades. Sin perjuicio de esto, sostuvo que durante la evaluación ambiental se logró descartar presencia de población perteneciente al pueblo Kawésqar o a algún otro pueblo indígena que resida en el lugar o que desarrolle

actualmente actividades económicas, extractivas o de orden cultural, susceptible de verse afectada por el desarrollo del proyecto, circunstancia que fue corroborada por el informe de la Conadi regional.

NOVENO. Concluyó la Reclamada indicando que, al haberse descartado la presencia de impactos significativos, el proyecto no requiere ingresar por EIA, y no procede la consulta indígena, y, por otra parte, como el art. 86 del RSEIA aplica cuando el proyecto "se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas", en este caso no procedería. Afirmó además que no existió falta de información relevante y esencial para dar término anticipado a la evaluación, pero que, en caso de estimar que esta falta existiese, el vicio de ilegalidad no sería trascendente pues no hay perjuicio, y en nada cambiaría la decisión, es decir, con la información del procedimiento se pudo descartar todos los impactos del art. 11 de la LBGMA. Por tanto, solicitó el rechazo de la reclamación.

C) Argumentos del tercero coadyuvante de la Reclamada

DÉCIMO. El tercero coadyuvante de la reclamada y Titular del Proyecto, Trusal S.A., hizo presente algunas consideraciones sobre la reclamación, que en lo esencial coinciden con los del SEA, es decir, reiteró la alegación de extemporaneidad, recordando que dicha empresa ya había planteado incidente de inadmisibilidad a fs. 132, al que el Tribunal dio traslado y dejó para resolver en definitiva; también reiteró las alegaciones referidas al descarte de los efectos, características y circunstancias del art. 11 letras b), c) y d) de la LBGMA, así como las de la improcedencia de consulta indígena y de reuniones del art. 86 del RSEIA.

II. DEFINICIÓN DE CONTROVERSIAS

UNDÉCIMO. Expuesta la síntesis de las alegaciones contenidas en las presentaciones de las partes, el Tribunal estima que las controversias recaen sobre las siguientes materias:

1. Aspectos de forma, referidos a la extemporaneidad de la reclamación, sostenida por la Reclamada y su tercero coadyuvante.
2. Aspectos de fondo referidos al adecuado descarte de los efectos adversos significativos sobre:
 - a) Los recursos naturales, en términos de la biodiversidad y el ecosistema marino, en conformidad al art. 11 letra b) de la LBGMA.
 - b) Las áreas protegidas, en relación con lo dispuesto en el art. 11 letra d) de la LBGMA, particularmente en lo relacionado con la susceptibilidad de afectación de la Reserva Alacalufes.
 - c) Los pueblos indígenas, en relación con lo dispuesto en el art. 11 letras c) y d) de la LBGMA, particularmente en lo relacionado con la susceptibilidad de afectación a la etnia Kawésqar.

III. SOBRE LA EXTEMPORANEIDAD DE LA RECLAMACIÓN

DUODÉCIMO. En conformidad con lo dispuesto en el art. 23 de la LTA y lo resuelto por este Tribunal a fs. 148 de autos, se analizará primeramente la objeción de extemporaneidad deducida incidentalmente por el Tercero coadyuvante de la Reclamada a fs. 132 y ss. y alegada por la Reclamada a fs. 173 y ss.

DECIMOTERCERO. Sobre la fecha de interposición de la reclamación, al justificar su interposición dentro de plazo, los Reclamantes señalaron que la Resolución Reclamada llegó a la oficina de Correos de Santiago Centro el 28 de agosto de 2019, según consta en el sobre respectivo, sosteniendo que la notificación se debe computar desde el 31 de agosto de 2019 (fs. 5), basándose en el art. 46 de la LBPA, citando al efecto varios dictámenes de la Contraloría General de la República (N° 69.659/2009; N° 34.319/2007 y N° 81.033/2011) y la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, Rol N° 73-2015, que aplica el contenido de dichos dictámenes.

A partir de lo expuesto, concluyeron que la notificación por carta certificada se produce después de transcurridos tres días de su recepción en la oficina de correos del domicilio del notificado (fs. 4).

DECIMOCUARTO. Por su parte, el Tercero coadyuvante de la Reclamada, a fs. 132 y ss., como incidente de previo y especial pronunciamiento, solicitó declarar inadmisibile la reclamación de autos, en razón de haber sido interpuesta fuera del plazo legal contemplado en el art. 17 N° 8 de la LTA (f. 133), apoyándose en un fallo de la Excma. Corte Suprema, en el que se señaló que el art. 46 de la LBPA consagra una presunción simplemente legal respecto de la oportunidad en que debe entenderse efectuada la notificación (f. 133), "presunción que es posible desvirtuar demostrando que la carta certificada fue entregada en una fecha específica a una persona determinada" (Sentencia de 3 de junio de 2019, recaída en autos Rol N° 7359-2018).

Al efecto, señaló que la carta certificada fue recibida en la oficina de Correos correspondiente al domicilio del abogado de los Reclamantes el 28 de agosto de 2019, pero agregó que en el registro de entrega de la referida carta (que acompaña a fs. 139), consta que fue entregada en el domicilio de su destinatario el mismo día, a las 02:23 p.m. (fs. 133). De esta forma -sostiene el Tercero-, "no procede aplicar la presunción de notificación del artículo 46 de la ley 19.880, desde que existe evidencia de que la carta certificada fue entregada en una fecha específica -el mismo 28 de agosto de 2019- en el domicilio de su destinatario", concluyendo que "el plazo de 30 días hábiles administrativos para deducir la reclamación comenzó a correr el mismo 28 de agosto de 2019, y no 3 días después como afirman erróneamente los Reclamantes, habiendo expirado el día 14 de octubre de 2019, esto es, 2 días antes de la fecha de presentación del recurso" (fs. 133).

DECIMOQUINTO. Por su parte, al evacuar el traslado conferido a fs. 148, los Reclamantes solicitaron el rechazo del incidente, por carecer de fundamento legal, argumentando que el Tercero yerra en el supuesto de hecho que fundamenta el incidente, el que se sostiene en que la carta certificada fue entregada en la fecha y hora que señala, "*de manera que la notificación se efectuó indubitadamente de manera presencial*" (f. 150).

Al efecto incorporó una captura de pantalla de la sección

seguimiento en línea del sitio web de Correos de Chile, correspondiente a la bitácora de la carta N° 1004114477719, en la que no se indica nombre ni cédula de identidad de la persona que habría recibido la carta certificada, por lo que sostiene que el registro consignado por Correos de Chile *"no goza del mérito suficiente para otorgar plena fe de haberse efectuado dicha entrega, por lo que mal podría afirmarse tajantemente que la notificación vía carta certificada ha sido efectuada de manera material"* (fs. 151). Agregó que es precisamente ante la falta de certeza que en este caso se habría generado, que el ordenamiento jurídico contempla el remedio procesal contenido en el art. 46 inciso segundo de la LBPA y que el plazo corresponde a 30 días hábiles administrativos conforme al art. 17 N° 8 de la LTA y al Acta N° 35-2016, de este Tribunal (sic).

DECIMOSEXTO. Por su parte, la Reclamada, al evacuar el informe solicitado a fs. 130, fundó la extemporaneidad de la reclamación, en que esta se habría presentado el 16 de octubre, siendo que, de acuerdo a la información de seguimiento del envío de la notificación de la Resolución Reclamada, *"este envío habría sido notificado en el domicilio del abogado de las comunidades reclamantes, el 28 de agosto de 2019"* (fs. 173), por lo que, de acuerdo al art. 17 N° 8 de la LTA, el plazo de 30 días *"para interponer la acción de reclamación se cumplía el 14 de octubre de 2018"* (fs. 174).

Fundamenta lo anterior, incorporando al efecto (fs. 174) la misma captura de pantalla presentada por los Reclamantes, agregando *"que de acuerdo al comprobante de correos, el mismo 28 de agosto de 2019 habría sido entregada la carta en el domicilio del envío, el cual de acuerdo a la guía de despacho correspondería a Mosquito 491, Santiago, el cual corresponde al domicilio del abogado representante de las comunidades reclamantes"* (fs. 174). Agregó, respecto del inciso segundo del art. 46 de la LBPA, apoyándose en la misma sentencia de la Excm. Corte Suprema (Rol N° 7.359-2018), referida a fs. 133 por el Tercero, que la norma corresponde a una presunción simplemente legal, es decir -sostiene, citando el fallo indicado- que *"se trata de una de aquellas que permiten 'probar la no existencia del hecho que legalmente se presume'". (...) la citada presunción*

*trata de las notificaciones efectuadas por medio de carta certificada **cuya fecha de entrega se desconoce**, motivo por el cual el legislador establece, de manera previa y explícita, un modo objetivo de establecer el día en que se efectuó la notificación de que se trata, proceder con el que se pretende eliminar la incertidumbre derivada de tal desconocimiento, otorgando de este modo a las partes una mínima seguridad en torno a la contabilización de los plazos dentro de los que pueden ejercer sus derechos.(...)"* (destacado en la presentación del Reclamado). Finalmente, señaló que, en el caso de autos, la fecha de entrega no se desconoce, pues esta ocurrió el 28 de agosto de 2019, por lo que el plazo comenzaría a correr el 29 de agosto y no el 31 como pretenden los Reclamantes (fs. 174 y 175).

DECIMOSÉPTIMO. De las presentaciones de las partes sobre la discutida extemporaneidad, este Tribunal tiene como hechos no controvertidos, los siguientes:

- 1) Que la reclamación fue presentada el día 16 de octubre de 2019, tal como consta en el estampado de este Tribunal, a fs. 1.
- 2) Que la notificación de la Resolución impugnada se efectuó mediante carta certificada, dirigida al domicilio del representante de los Reclamantes, lo que consta en el sobre acompañado a fs. 128 por los propios Reclamantes y que rola a fs. 129.
- 3) Que el día 28 de agosto de 2019, la carta certificada mediante la que se envió la Resolución Reclamada, fue receptionada en la oficina de correos de Santiago Centro Oriente, lo que consta en el estampado del sobre acompañado a 129, la que corresponde al domicilio del abogado de los Reclamantes, lo que no fue controvertido por este.
- 4) Que el mismo día 28 de agosto de 2019, la carta certificada que contiene copia de la Resolución Reclamada, fue entregada en el domicilio del representante de los Reclamantes, tal como consta en las capturas de pantalla acompañadas tanto por el Tercero (f. 139), por los Reclamantes (f. 151) y por la Reclamada (f. 174), las que son coincidentes en la información que contienen, la que consiste en que en dicha fecha, se efectuó la entrega del envío.
- 5) Se desconoce la identidad de la persona a la que le fue

entregada la carta certificada, pues en dicho documento, los espacios destinados a su identificación, se encuentran en blanco, es decir, no se individualiza quién recibió el documento.

DECIMOCTAVO. De lo expresado por las partes, se desprende que la discusión sobre la extemporaneidad está centrada en dos puntos, que este Tribunal debe resolver:

- 1) La fecha a partir de la cual se ha de comenzar a contar el plazo a que se refiere el art. 17 N° 8 para la interposición del reclamo de autos, por cuanto las partes asignan efectos jurídicos diversos a la entrega de la carta certificada en el domicilio del representante de los Reclamantes.
- 2) El efecto de no encontrarse identificada la persona a quién se habría hecho entrega de la carta, pues los Reclamantes no niegan que la carta certificada fue entregada en su domicilio el mismo día que se recibió, pero alegan que en el registro no consta individualización alguna respecto de a quién se habría efectuado dicha entrega, lo que no es controvertido por las partes.

DECIMONOVENO. Como se aprecia, la discusión se origina en el supuesto que el art. 46 constituye una norma de presunción simplemente legal, que puede ser derrotada probando que la carta certificada ha sido entregada en una fecha concreta; lo que, en el caso de autos, habría ocurrido el mismo día en que la carta fue recepcionada en la oficina de correos correspondiente al domicilio del notificado (28 de agosto de 2019), por lo que no tendría aplicación la presunción de haberse notificado al tercer día.

VIGÉSIMO. Sin embargo, de acuerdo a lo que se dirá, el Tribunal no comparte la naturaleza jurídica indicada, sino que estima que la referida disposición constituye una ficción jurídica, cuya finalidad es dar certeza y seguridad a determinadas actuaciones del procedimiento administrativo. Por tanto, habiendo operado la notificación mediante carta certificada, por aplicación del inciso segundo del art. 46 LBPA, el plazo de 30 días contemplado en el art. 17 N° 8 LTA, empezó a contarse el 31 de agosto, venciendo, en consecuencia, el 16 de octubre, a la media noche.

Lo anterior, por cuanto, la disposición en referencia emplea

la expresión "se entenderán", que es la que, en concepto de este Tribunal, corresponde dilucidar en su sentido y alcance, a efectos de resolver la controversia entre las partes.

VIGÉSIMO PRIMERO. La expresión "se entenderán", empleada por el legislador en el art. 46 de la LBPA, es utilizada también en el art. 508 del Código del Trabajo, con el mismo sentido, así como en otras normas del ordenamiento jurídico, lo que permite, en concepto de este Tribunal, intentar una interpretación armónica de la expresión, a efectos de determinar su alcance en el caso concreto.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Así, dicha expresión es empleada, entre otras normas, en el art. 131 inciso final del Estatuto Administrativo, respecto de ciertas notificaciones que pueden ser realizadas por carta certificada, disponiendo que *"el funcionario se entenderá notificado cumplidos tres días desde que la carta haya sido despachada"*. Igualmente, dicha expresión es empleada, con un sentido bastante claro, en el art. 7° del CC, referido a la fecha desde la que la ley *"se entenderá conocida de todos y será obligatoria"*.

VIGÉSIMO TERCERO. En el mismo sentido, en el Código de Procedimiento Civil -en adelante CPC-, se emplea la misma expresión, entre otros, en su art. 50, referido a la regla general en materia de notificación de resoluciones, las que *"se entenderán notificadas a las partes desde que se incluyan en un estado que deberá formarse electrónicamente..."*; o en sus arts. 69 y 174, referidos, respectivamente, a lo que "se entiende" cada vez que se ordena o autoriza una diligencia con citación o al momento en que "se entenderá" firme o ejecutoriada una resolución.

VIGÉSIMO CUARTO. Como se aprecia, todos los ejemplos citados del Estatuto Administrativo, del CC y del CPC, en los que el legislador emplea la misma expresión ("se entenderá") usada en el art. 46 de la LBPA, difícilmente pueden ser tenidos como una presunción de las que el art. 47 del CC señala que admiten prueba en contrario.

VIGÉSIMO QUINTO. En efecto, de acuerdo al art. 47 del CC, la estructura de las presunciones tiene tres elementos. Estos son: dos hechos, uno conocido y uno supuesto, unidos por el tercer elemento que es un nexo lógico, que en las presunciones

legales lo efectúa el propio legislador. Esto se desprende del tenor del art. 47 del CC, que señala: "*Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas*".

Al respecto, la estructura del art. 46 de la LBPA contiene solo dos de los elementos propios de las presunciones, esto es: a) la descripción de un hecho cierto -la fecha de recepción de la carta certificada en la oficina respectiva-; y b) la de un hecho supuesto -la fecha en que se entiende practicada la notificación-, cuya determinación permite claridad respecto del momento a partir del cual se comienzan a producir los efectos propios de la notificación.

Sin embargo, en ello se agota la correspondencia del citado artículo con la estructura de una presunción, pues en esta norma el hecho que la ley supone es establecido de manera objetiva a partir del primero, mediante el simple arbitrio consistente en establecer un número determinado de días, que en este caso son 3, pero en otro fueron 6 días (art. 508 CT citado), lo que demuestra que no responde a un proceso lógico de deducción, como ocurre con las presunciones, sino a una simple decisión legislativa.

Por lo tanto, falla el tercer elemento de las presunciones: aquí no hay nexo lógico deductivo alguno, sino que lo que existe es una orden o imperativo legal, establecido por razones de seguridad jurídica y que otorga -precisamente- certeza respecto del momento en que se comienzan a producir los efectos propios de las notificaciones, pero que no puede ser identificado con una deducción lógica.

VIGÉSIMO SEXTO. Por otro lado, ahondando en la naturaleza del art. 46 de la LBPA, se debe tener presente que, mientras la presunción da por cierto un hecho más o menos probable, pero posible; en la ficción existe una disparidad entre la realidad y la suposición que hace la ley, de modo que la ficción no supone algo que puede ser o no probable, sino que lo que hace es crear una realidad (Gascón, M. 2010. *Los hechos en el Derecho*. Madrid, Marcial Pons, p. 134).

En otros términos, mientras en la presunción hay un hecho conocido con plena seguridad, pero que tiene cierta relación con otro sobre el que no existe esa misma certeza, es decir,

que es incierto pero sospechado, y que se busca conocer de manera indirecta (Blanquer, D. *Hechos, Ficciones, Pruebas y Presunciones en el Derecho Administrativo* 'Taking facts seriously', Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 212); en la ficción, en cambio, lo que se busca es la protección de ciertos bienes jurídicos (Blanquer, Op. Cit., p. 164), partiendo de un hecho real, la ficción se inventa para proteger un valor jurídico digno de tutela (Blanquer, Op. Cit., p. 165).

VIGÉSIMO SÉPTIMO. De esta forma, la presunción se ubica en un espacio cognitivo, esto es, en el ámbito del acceso al conocimiento de algo que no se conoce, pero que teniendo un nexo lógico con la realidad, puede ser efectivo o no; en cambio, la ficción, no pretende conocer una realidad, sino que imperarla, mediante la creación o invención de supuestos que no pueden ser discutidos.

VIGÉSIMO OCTAVO. En este contexto, como se dijo, el art. 46 de la LBPA establece dos hechos unidos por la expresión "se entenderá". Estos hechos son: a) Un hecho cierto: la recepción de la carta en un lugar y fecha determinados; y b) Un hecho supuesto: la fecha de la notificación, a partir de la que se producen los efectos propios de esta; y que es establecida de manera objetiva, mediante la determinación de una cantidad de días que se cuentan a partir de aquella, aunque haya sido antes.

Es decir, a partir de un hecho acreditado o acreditable, el que es conocido y susceptible de probar fehacientemente, la norma supone o considera una situación jurídica -la fecha de la notificación- a partir de la cual se producen los efectos jurídicos propios de toda notificación.

VIGÉSIMO NOVENO. Entonces, para asumir que se está frente a una presunción, habría que coincidir en que la situación entendida o supuesta por la norma -la fecha en que se produjo la notificación- es un hecho que puede coincidir o no con la realidad, pero que es probable que coincida.

TRIGÉSIMO. Sin embargo, si se atiende a la situación que se da por entendida -la fecha específica en que se practicó la notificación-, se aprecia que más que responder a la búsqueda de un hecho desconocido probable, lo que se hace es determinar

imperativamente el momento exacto a partir del cual se comienzan a producir los efectos que de ordinario provoca la comunicación de un acto administrativo, por lo que se estaría frente a una ficción.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Considerando que, a partir de una fecha conocida, lo que la norma entiende o establece es otra "fecha" específica desconocida (y no el hecho de la notificación o el conocimiento, propiamente), la que, en sí, tiene por efecto dar certeza y eficacia al acto, abriendo sus posibilidades de impugnación; es posible concluir que la norma responde a una ficción, ya que derechamente es una creación jurídica en función de la certeza.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. En otras palabras, a partir de la fecha conocida (recepción de la carta en la oficina respectiva), es claro que en algún momento posterior se ha de producir la entrega real de la carta a su destinatario y con ello la notificación, pero ello puede ocurrir en cualquier momento posterior a la primera fecha, y es probable que aquello (la entrega al destinatario) se produzca; sin embargo, que ello ocurra de manera precisa en el día que indica la norma, no es algo que se encuentre dentro de una probabilidad racional. De hecho, en otro caso similar (art. 508 CT, citado), la ley establece la fecha de la notificación en el sexto día.

Por tanto, el hecho que la notificación se haya practicado al tercer día, como señala el art. 46 de la LBPA, no responde a la deducción de un hecho incierto pero posible (propio de las presunciones), sino a un supuesto creado por el legislador con la finalidad de dar eficacia a la actuación administrativa y certeza respecto del inicio de la producción de los efectos del acto, que no admite prueba en contrario, lo que se condice con la certeza y seguridad jurídica buscada por la norma.

TRIGÉSIMO TERCERO. Por lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal estima que el art. 46 inciso segundo de la LBPA, contiene una ficción jurídica que operará ante la notificación por carta certificada, independientemente de que la recepción efectiva del documento haya sido anterior al plazo de tres días siguientes a su recepción en la oficina de Correos que corresponda.

TRIGÉSIMO CUARTO. Finalmente y a mayor abundamiento, aun si

se siguiera la tesis que sostienen la Reclamada y el Tercero coadyuvante, que sería posible desvirtuar "*demostrando que la carta certificada fue entregada en una fecha específica a una persona determinada*" (fs. 133), en el caso de autos falla el segundo supuesto contenido en la sentencia invocada para sostener la extemporaneidad del reclamo.

En efecto, si bien se acreditó que la carta certificada fue entregada en una fecha y domicilio determinados, no existe información respecto de la persona que habría recibido el envío o si este fue recibido o no por alguna persona, pues es efectivo -como indicaron y acreditaron los Reclamantes- que el comprobante de Correos de Chile, que da cuenta de las circunstancias de la entrega, en el espacio destinado a consignar la individualización de la persona que habría recibido el envío, nada señala; por lo tanto, tampoco existiría prueba en contrario que sea suficiente para desvirtuar la presunción.

Por todo lo razonado precedentemente, no se hará lugar a la alegación de extemporaneidad sostenida por la Reclamada y el Tercero.

IV. SOBRE EL INADECUADO DESCARTE DE LOS EFECTOS ADVERSOS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES (Art. 11 letra b) de la LBGMA)

TRIGÉSIMO QUINTO. Respecto a la falta de antecedentes necesarios para descartar los efectos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, los Reclamantes señalaron que, en el procedimiento de evaluación, mediante el Ord. N° 5/2018, de SERNAPESCA regional, se solicitó al Titular "*realizar un monitoreo estacional de mamíferos y aves marinas susceptibles de ser afectadas por la actividad productiva en el área de influencia del proyecto*". Agregó que el objetivo del plan de monitoreo solicitado era "*levantar información en terreno sobre diversidad, densidad, distribución y estado de conservación de especies de fauna objeto del estudio durante la primavera*" (fs. 7). Sin embargo -sostuvieron-, en respuesta a dicho oficio, el Titular solo habría declarado que el Proyecto no genera los efectos, características y circunstancias del art. 11 letra b) LBGMA, sin presentar

antecedentes específicos y objetivos sobre ecosistemas, comunidades, valor ambiental del territorio y otros aspectos ecológicos de las especies asociadas al área de emplazamiento o de influencia del proyecto, que podrían ser afectadas por la descarga de contaminantes, fecas y alimento no consumido o por la emisión de ruidos de embarcaciones (fs. 7 y 8). Agregaron que la autoridad sectorial solicitó al Titular el levantamiento de información específica sobre: a) mamíferos y aves marinas que han sido clasificadas con problemas de conservación en el Reglamento de Clasificación de Especies y sobre unidades ecológicas que otorgan valor ambiental al territorio; y b) sobre algas pardas que considere cobertura y diversidad de especies de flora y fauna (fs. 8). Según los Reclamantes, estos requerimientos no fueron abordados por el Titular, siendo su respuesta imprecisa y equivocada, refiriéndose sólo al Plan de Seguimiento, al Plan de Conservación y Biodiversidad, a la instalación de un letrero de conservación de biodiversidad y la mantención de un registro de incidentes y mortalidad de aves y mamíferos, agregando los Reclamantes que con ello no se aportó información alguna que permita evaluar si se producen o no los efectos, omitiendo también toda referencia respecto del levantamiento de información del alga parda (fs. 8).

TRIGÉSIMO SEXTO. De esta forma, los Reclamantes señalaron que la información biológica presentada es insuficiente para descartar la inexistencia de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA, lo que fue sostenido por la Subsecretaría de Pesca (Subpesca) y también por la SEREMI del Medio Ambiente, en el Ord. N° 53, de 12 de febrero de 2018 (fs. 8), ya que el Titular no incorporó información suficiente que caracterizara la biodiversidad existente en el área de influencia, lo que fue advertido por el organismo sectorial respectivo, pero no fue incorporado en el ICSARA (fs. 9).

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. En definitiva, los Reclamantes cuestionaron la legalidad de la actuación de la autoridad Reclamada, pues esta, al calificar favorablemente el proyecto y luego al rechazar la invalidación, habría ratificado los vicios del procedimiento de evaluación. Esto, pues aquella efectuó un análisis en abstracto de la problemática reclamada, estableciendo una solución extraída de una situación general respecto

a posibles impactos de la actividad salmonera (fs. 9). Indicaron que la autoridad no analizó la infracción en que incurriría la RCA, ni ponderó ni analizó el hecho que el titular no cumplió con los requerimientos específicos de caracterización de la biodiversidad solicitados durante la evaluación, resultando reprochable que el procedimiento haya continuado hasta la obtención de una calificación favorable (fs. 9). Precisaron este cuestionamiento en el hecho que la Reclamada descartó todo impacto significativo por afectación a la cadena trófica, enfocándose solo en un análisis estandarizado, basado en mínimos y máximos, sosteniendo al respecto que ello no caracteriza debidamente el área de influencia del proyecto, particularmente la biodiversidad existente en la zona (fs. 10), en circunstancias que en la evaluación se solicitó una caracterización plena del componente biodiversidad, y no solo de la cantidad de fecas que emite el proyecto (fs. 10). De acuerdo a todo ello, los Reclamantes afirmaron que el proyecto no logró descartar los impactos establecidos en la letra b) del art. 11 de la LBGMA.

TRIGÉSIMO OCTAVO. Por su parte, la Reclamada sostuvo que el Proyecto no genera los impactos significativos de la letra b) del art. 11 de la LBGMA, ya que el área de impacto del proyecto, en el peor escenario, utilizando datos de corriente de cuadratura y sin resuspensión de partículas, la máxima depositación alcanzaría una concentración de $1390 \text{ gC/m}^2/\text{año}$, y su dispersión presenta un desplazamiento hacia el Suroeste de la concesión. Al efecto, presentó la figura N° 3 contenida en la pág. 33 de la DIA (que rola a fs. 404), concluyendo que las emisiones del proyecto se dispersan en sentido contrario a la costa más cercana a la concesión, con concentraciones de carbono inferior a los $3,29 \text{ gC/m}^2/\text{día}$ o $1200 \text{ gC/m}^2/\text{año}$ (sic), lo que le permite descartar impactos significativos sobre bentos y biota asociada al borde costero (fs. 178).

TRIGÉSIMO NOVENO. La Reclamada señaló también que el promedio aproximado de la profundidad en la concesión acuícola es de 150 m, lo que permite un adecuado nivel de dispersión de las fecas y alimento no consumido (ANC), de acuerdo al informe de modelación DEPOMOD acompañado en el anexo 4.1 de la DIA (fs. 599). De esta forma, sostuvo que la profundidad media de la concesión (de 151 m), la velocidad promedio de la corriente de

fondo (de 15,13 cm/s aproximadamente), y la forma del relieve marino, incidieron favorablemente en la dispersión de partículas.

CUADRAGÉSIMO. Agregó que el Titular analizó la demanda y disponibilidad de oxígeno, mediante un Índice de Impacto, de acuerdo al modelo de Findlay y Watling (1997), que permite calcular la demanda de oxígeno del sedimento considerando el carbono orgánico total que se depositaría y la disponibilidad del medio receptor. De esta forma, durante la evaluación se reportó que la disponibilidad de oxígeno es de 1529,67 mmol/m²/día y la demanda es de 306,97 mmol/m²/día, lo que implicaría, en el peor escenario, un Índice de Impacto de 4,98. Esto significa, en concreto, que la demanda de oxígeno sería inferior a la disponibilidad, por lo que el proyecto no generaría condiciones de anoxia (fs. 179).

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Frente a la alegación sobre la omisión en el ICSARA de las exigencias del Ord N° 5/2018 de SERNAPESCA y, por tanto, de que el Titular no se habría hecho cargo de estas, la Reclamada señaló que esta preocupación sí fue incorporada, ya que se requirió, en la pregunta IV.2 del ICSARA, "complementar el informe de Biodiversidad respecto de comunidades presentes en el área de influencia del proyecto, hábitats frágiles o singulares, corredores biológicos y justificar la no generación de los efectos características y circunstancias señaladas en el literal b) del Artículo 11 de la LBGMA", y que, dado que el Titular en Adenda complementó el análisis de la biodiversidad del sector de emplazamiento, incorporando además un programa de monitoreo o seguimiento, se obtuvo el pronunciamiento conforme respecto de la Adenda por parte de SERNAPESCA, mediante Ord. N° 108 de 06 de noviembre de 2018 (fs. 180). En relación al informe de biodiversidad, destacó la Reclamada que se realizó un análisis específico y detallado de la especie huillín (en categoría de conservación) y que "el proyecto no generará impactos sobre esta especie ni afectará sus hábitos ni hábitat" (fs. 181). Fundamentando esta afirmación, indicó que, en relación a la potencial presencia del huillín, el Titular señaló en la Adenda (respuesta 4.2) que "se estima que la presencia del centro no afectaría los

hábitos y el hábitat del Huillín en particular, dada la distancia a la que se encuentra la concesión de la línea de costa, por lo que eventualmente el ruido de embarcaciones vinculadas al centro no afectaría sus costumbres" (fs. 182). Agregó que, aun cuando no existen antecedentes que definan patrones de comportamiento trófico para el Huillín, los Chungungos utilizan una franja litoral de 150 metros en el agua (Castilla, 1982) y la zona de mayor utilización marina estaría entre 20 y 50 metros de la franja costera; y que el Chungungo presenta un comportamiento de hábitos de alimentación que dependen de su vista para ubicar sus presas bajo el agua, por lo que sus periodos de alimentación se relacionan con la luminosidad y penetración de la luz, "por lo que existe la posibilidad de que los hábitos de uso de la franja costera y de alimentación de Huillín sean similares a la del Chungungo" (fs. 182).

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. En ese sentido, agregó la Reclamada que ni el borde costero ni el cordón de algas pardas ni el hábitat potencial del huillín se verían afectados por la principal emisión del proyecto, por encontrarse fuera del área de dispersión de las fecas y del ANC y, por tanto, fuera del área de influencia del proyecto (fs. 180). Citó al efecto la letra b) b.1. del art. 19 del RSEIA, referido a la descripción general del área de influencia del proyecto, la que, en el caso, no cubre el cordón de macroalgas descrito (fs. 180). Señaló que estas algas crecen solo hasta donde penetra la luz, lo que en la Región de Magallanes alcanza solo hasta los 30 m y que la concesión se ubica en profundidades de más de 150 m (fs. 181), puntualizando que el proyecto no presenta instalaciones en tierra ni utiliza la franja costera asociada al cordón de *Macrocystis* (fs. 181).

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Por tanto, sobre este aspecto en discusión, indicó que no es efectivo que se realizó un análisis estandarizado basado en valores mínimos y máximos para descartar, sin antes caracterizar debidamente el AI del proyecto respecto de la biodiversidad existente en la zona, ya que, por las características de emplazamiento del proyecto "fue posible descartar del área de influencia el borde costero frente a la concesión, y por tanto los impactos a la biodiversidad de dicho entorno, el cual no se verá afectado por el proyecto, ya que

como se ha explicado las emisiones se dispersan hacia el sentido contrario del borde costero más cercano al proyecto" (fs. 181).

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Todo lo anterior lleva a la Reclamada a concluir que en la evaluación fue *"posible descartar los efectos, características o circunstancias del artículo 11 letra b) de la Ley 19.300."* (fs. 182).

CUADRAGÉSIMO QUINTO. El Tercero coadyuvante de la Reclamada señaló, respecto a la omisión de antecedentes para evaluar los impactos significativos del proyecto sobre la biodiversidad, que los Reclamantes obviaron que, para la aprobación ambiental del Proyecto, la autoridad analizó la información relevante y oportuna presentada en la DIA y en la Adenda, conformada por (i) el Informe Técnico N°478 de caracterización de la biodiversidad en el sector de emplazamiento del Proyecto -en adelante, "Informe de Caracterización de Biodiversidad"; y, (ii) un Plan de Seguimiento de Biodiversidad, antecedentes que le permitieron descartar impactos significativos sobre el entorno del Proyecto y calificarlo favorablemente, y a la Comisión de Evaluación rechazar la solicitud de invalidación (fs. 1022).

CUADRAGÉSIMO SEXTO. Preciso también que el Informe de Caracterización de Biodiversidad, incluido en el Anexo 4.2 de la DIA, consiste en un levantamiento detallado del área de influencia del Proyecto en el período de máxima expresión de la biodiversidad (primavera), sobre vegetación, mamíferos, aves y otras especies como macroalgas, crustáceos y moluscos, que fueron clasificados según su categoría de conservación en el Reglamento de Clasificación de Especies, según la Lista Roja de Especies Amenazadas de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (fs. 1022), refiriéndose a la metodología utilizada en el Informe para la determinación del área de influencia y levantamiento de información, especificando (i) la forma de reconocimiento del área de muestreo; (ii) la forma de recopilación de información en terreno; (iii) las fuentes consultadas para la clasificación de especies; y, (iv) el resumen de los puntos geográficos, por tramos, de las transectas recorridas para efectos del levantamiento de información sobre la biodiversidad presente en el área de influencia del Proyecto.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. El Tercero se refirió además a los resultados obtenidos en el citado informe respecto de la vegetación terrestre, señalando que se identificaron 22 especies vegetacionales, de las que una se encontraría en categoría de "Vulnerable", una en categoría de "Casi Amenazado" y una en categoría de "Preocupación Menor", de acuerdo a la Lista de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza; y solo el Helecho Pimpinela se encontraría en categoría de "Preocupación Menor" en el Reglamento de Clasificación de Especies. Agregó que el Informe concluyó que las actividades del Proyecto no se relacionan directamente con el uso o manejo de especies vegetales en ninguna de sus fases productivas, por lo que se descarta cualquier efecto adverso sobre la vegetación (fs. 1023).

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Por otro lado, respecto de la avifauna, señaló que el Informe identificó 9 especies en la zona de emplazamiento del Proyecto, de las que solo una (Caranca) está en la categoría "Vulnerable" y dos en la categoría "Casi Amenazada" (Quetro y Albatros Oscuro); y que incluso el Cóndor, que en la Lista de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza se encuentran en la categoría "Casi Amenazada", en el Reglamento de Clasificación de Especies se encuentra "Fuera de Peligro" para la Región. Agregó que, el amplio rango de distribución geográfica de esas especies en el territorio nacional, las características del Proyecto y su reducida área de influencia (20 hectáreas), permitió descartar los efectos adversos significativos sobre la permanencia, capacidad de regeneración o renovación de las condiciones que hacen posible la presencia y desarrollo de avifauna en el ecosistema (fs. 1023). Sobre los mamíferos, indicó que el Informe identificó al delfín austral en la categoría "Vulnerable" para la Región, según Reglamento de Clasificación de Especies, concluyendo que, dado su amplio rango geográfico de distribución en Chile y Latinoamérica, la zona de emplazamiento del Proyecto no es crítica o exclusiva para esta especie (fs. 1023).

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Concluyó precisando que el Informe detectó que "[n]o existen hábitats circundantes críticos o que

sean de vital importancia para la supervivencia de algún componente de la biodiversidad en el área de emplazamiento de la concesión solicitada en Seno Taraba de acuerdo con el texto "Libro Rojo de los Sitios Prioritarios para la Conservación de la Diversidad Biológica en Chile" (fs. 1024), y que el proyecto considera una serie de acciones relacionadas con la conservación de la biodiversidad.

QUINCUAGÉSIMO. De la revisión de los antecedentes de la causa, lo controvertido radica en la aptitud del proyecto para excluir los efectos adversos sobre los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire y su significancia en relación con el área de influencia del proyecto, en virtud de lo dispuesto en el art. 11 letra b) de la LBGMA.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. A efectos de clarificar la legalidad o ilegalidad de la Resolución reclamada, se analizarán los antecedentes presentados en la DIA y en el procedimiento de evaluación, a la luz de lo dispuesto en los arts. 12 bis de la LBGMA, 19 letra b.1), 18 letra d) y 2° letra a), del RSEIA, que permiten determinar el contenido mínimo de una DIA en relación con los elementos del medio ambiente que podrían ser afectados en el área de influencia de un proyecto o actividad.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. El art. 12 bis de la LBGMA, establece, de manera inicial, el contenido mínimo que debe estar presente en una DIA y circunstancias del art. 11, disponiendo que estas deben contener "*(l)os antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que puedan dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental*"; lo que es reiterado en el art. 19, letra b.1) del RSEIA, que agrega al efecto, que serán parte de estos antecedentes: "*La determinación y justificación del área de influencia del proyecto o actividad, incluyendo una descripción general de la misma, conforme a lo señalado en el artículo 18 letra d) de este Reglamento.*". Por otra parte, el art. 18 letra d), a que se refiere la norma anterior, agrega que "*(...) El área de influencia se definirá y justificará para cada elemento afectado del medio ambiente, tomando en consideración los impactos ambientales potencialmente significativos sobre ellos, así como el espacio geográfico en el cual se emplazan las partes, obras*

y/o acciones del proyecto o actividad."

QUINCUAGÉSIMO TERCERO. La interpretación conjunta de estas disposiciones da cuenta de que, en el caso de una DIA, la evaluación debe permitir, entonces, descartar los efectos adversos significativos en el área de influencia del proyecto, para los componentes ambientales que corresponda. En este sentido, la Guía para la Descripción del Área de Influencia en el SEIA (documento elaborado por el SEA, sobre la base de las normas transcritas, entre otras referencias, y cuya vigencia y observancia fue dispuesta mediante su Res. Ex. N° 423, de 26 de abril de 2017), dispone que, aun cuando el capítulo de predicción y evaluación de impactos no es parte del contenido mínimo de una DIA, el **ejercicio de predicción y evaluación** de impactos, también se debe realizar en estas, con el fin de obtener los fundamentos que justifiquen la inexistencia de los efectos, características y circunstancias del art. 11 de la LBGMA. La definición previa de un área de influencia permite acotar el ámbito territorial en el que deben realizarse dichas predicciones y evaluaciones.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO. En el caso concreto, respecto del descarte de los efectos adversos sobre los recursos naturales, particularmente sobre la biodiversidad, consta en el expediente que Sernapesca, en su evaluación de la DIA, manifestó observaciones al proyecto; tanto sobre la descripción del mismo como sobre el descarte de los efectos adversos del art. 11, letra b) de la LBGMA. En su pronunciamiento expresó, respecto de esto último, que no se entregaron antecedentes específicos y objetivos sobre una serie de componentes ambientales, solicitando en consecuencia el "*levantamiento de información en el período de máxima expresión de la biodiversidad, para el área de emplazamiento y de influencia del proyecto sobre mamíferos y aves marinas que han sido clasificadas con problemas de conservación en el Reglamento de Clasificación de Especies, y sobre aquellas unidades ecológicas que otorgan valor ambiental al territorio, que permita reconocer el ámbito de hogar, el uso reproductivo, de crianza o de alimentación, así como corredores biológicos de las especies en categoría de conservación, además de las especies claves y estructuradoras, mamíferos y aves marinas, y comunidades asociadas a algas pardas del área de emplazamiento*

*o de influencia del proyecto **que podrían ser impactados por la descarga de contaminantes (fecas y alimento no consumido), en el fondo marino y su disolución en la columna de agua, o por la emisión de ruido de la operación de embarcaciones***" (fs. 1009) (el destacado es del Tribunal).

QUINCUGÉSIMO QUINTO. En el ICSARA correspondiente, la observación de Sernapesca sobre el descarte de los efectos adversos sobre los recursos naturales no fue representada de la misma manera en que fue formulada por el Servicio. Efectivamente, la solicitud específica de realización de un levantamiento de información expresada en el Considerando anterior fue modificada, de modo que sí se representó al titular la necesidad de presentar antecedentes sobre ecosistemas, comunidades y especies, pero sin precisar la solicitud expresa de un levantamiento de información y restringiendo los impactos sobre estos componentes al ruido producto de la operación y tránsito de embarcaciones, requiriendo además información respecto de la presencia de *"nutrias con problemas de conservación"* (fs. 808). De esta forma, el argumento de la Reclamada en torno a que la observación de Sernapesca sí habría sido considerada no es correcto, ya que el ICSARA no representó elementos relevantes de dicha observación, relacionados con la necesidad de levantar información para descartar impactos en el área de influencia debido a los contaminantes presentes en la columna de agua.

QUINCUGÉSIMO SEXTO. En esta etapa de la evaluación se produjo una fuerte restricción a la observación formulada por Sernapesca, la cual, claramente apuntaba a la necesidad de diagnosticar la biodiversidad en el área de influencia del proyecto, más allá del efecto en el ecosistema bentónico, el cual estaba abordado en la DIA a través de las modelaciones de la dispersión de biosólidos, ya que el área de influencia del proyecto, si bien está delimitada espacialmente por la dispersión de fecas y alimento no consumido, es un espacio marítimo que involucra el sustrato y la columna de agua; y así lo expresa claramente la observación de Sernapesca.

QUINCUGÉSIMO SÉPTIMO. Sin embargo, a juicio de la Reclamada, la información aportada por el titular en la Adenda sería suficiente para descartar la generación de efectos adversos sobre la biota marina, ya que la información presentada en la

DIA fue debidamente complementada, siendo prueba de ello, el pronunciamiento conforme de Sernapesca que rola a fs. 918. No obstante, el Tribunal advierte que este oficio, aun cuando manifiesta la conformidad con la Adenda, también expresa que *"El Plan de Seguimiento de biodiversidad presentado por la titular, deberá dar cuenta de que, efectivamente no generará los efectos, características y circunstancias señalados en el literal b) del Artículo 11 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Haciéndose cargo dicho Plan de Seguimiento de biodiversidad, de los antecedentes específicos y objetivos sobre ecosistemas, comunidades, valor ambiental del territorio, hábitats frágiles o singulares, corredores biológicos, **especies claves y estructuradoras**, mamíferos y aves marinas, y comunidades asociadas a algas pardas **del área de emplazamiento o de influencia del proyecto** que podrían ser impactados por la descarga de contaminantes (fecas y alimento no consumido), en el fondo marino **y su disolución en la columna de agua**, o por la emisión de ruido de la operación de embarcaciones producto de la actividad"* (el destacado es del Tribunal).

QUINCUGÉSIMO OCTAVO. Lo anterior, si bien podría ser considerado como una forma de acreditar que, en el tiempo se mantendrá la predicción de impactos sobre la biota marina producto de la evaluación del proyecto, al referirse el Servicio, en forma expresa a las especies claves y estructuradoras del área de influencia del Proyecto, así como también a la disolución de contaminantes en la columna de agua; lo que dicho pronunciamiento expresa es que la forma de evaluar si el proyecto generará -o no- efectos sobre estos componentes, será a través de un Plan de Seguimiento que se realizará con posterioridad a la calificación ambiental, lo que, como ya se razonó, debe hacerse durante la evaluación de la DIA, sin perjuicio de la existencia de eventuales monitoreos posteriores.

QUINCUGÉSIMO NOVENO. Si bien estas circunstancias podrían parecer suficientes para acoger la reclamación, tras haberse confirmado que no todas las solicitudes de aclaraciones, rectificaciones y ampliaciones de Sernapesca fueron abordadas completamente, lo que traería como consecuencia una evaluación deficiente del proyecto, es necesario revisar si, tal como postularon la Reclamada y su coadyuvante, se aportó información

suficiente para el descarte de efectos adversos significativos sobre la biota marina y su biodiversidad.

SEXAGÉSIMO. Ahora bien, respecto del descarte de los efectos adversos sobre la biota, el ICE, en los acápite 5.4 (fs. 939-940) y 6.2 (fs. 940-941) señala que *"El estudio de biodiversidad realizado, identificaron la presencia de 9 especies de aves, albatros oscuro, Caranca, Chorlo chileno, cormorán de las rocas Gaviota dominicana, Pilpilén, Quetro y Traro. Respecto de mamíferos marino (sic) identifican la presencia de delfín austral. Dentro de las especies de aves consultadas en la página web de la IUCN Lista Roja de Especies Amenazadas, Albatros Oscuro y Cóndor se encuentran en categoría "Casi Amenazada"; y el resto de las especies, se encuentran en categoría "Preocupación Menor". De acuerdo al Reglamento de Clasificación de Especies, Caranca se encuentra en categoría "Vulnerable" para toda su distribución, Quetro se encuentra en categoría "Casi Amenazada" para toda su distribución y el Cóndor se encuentra en categoría "Fuera de Peligro" sólo para la Región de Aysén y Magallanes; el resto de las especies se encuentran sin categoría de conservación. Para el caso de Delfín Austral se encuentra en categoría "Datos Insuficientes", según IUCN y en categoría "Vulnerable" para la Región de Magallanes. Este mamífero tiene un rango geográfico de distribución más amplio en Chile. Por lo tanto, la zona de emplazamiento de la concesión solicitada en Seno Taraba no es crítico o exclusivo para este mamífero marino, ya que presentan una amplia distribución a lo largo del mar chileno. En la categoría de Otras Especies, solo se observaron organismos pertenecientes al ambiente marino (Macroalgas, Crustáceos y Moluscos), los cuales se asocian a la costa rocosa intermareal, además no presentan categoría de [SIC]. El proyecto desarrollará un plan de seguimiento a la biodiversidad, durante los tres primeros años de operación del proyecto". Lo mismo expresa la respectiva RCA en su punto 5.2 (fs. 987-988).*

SEXAGÉSIMO PRIMERO. Posteriormente, ante la solicitud de invalidación, la Reclamada expresó que el Titular realizó una caracterización de la biodiversidad en el sector de emplazamiento del proyecto, mediante observaciones directas de la biota, durante la primavera del año 2017 (fs.211), reiterando que las

especies en categoría de conservación que fueron detectadas no son exclusivas de la zona, que el sector no es crítico para su supervivencia o tienen un rango amplio de distribución y que para el caso de las algas pardas y otras especies que no están en categoría de conservación se hizo un levantamiento de información en el período de máxima biodiversidad y en el área de influencia del proyecto (fs. 212).

SEXAGÉSIMO SEGUNDO. Estos antecedentes, a juicio del Tribunal, dan cuenta de que, para el caso de las aves y mamíferos marinos en categoría de conservación, dichos efectos se descartan dado que se trata de especies con una amplia distribución (es decir que no están restringidas al área de influencia del Proyecto), sin que la zona de emplazamiento sea un hábitat crítico para ninguna de ellas. Para el caso de los organismos bentónicos en el área de influencia, el descarte de los efectos se realizó en base a la modelación de acumulación de materia orgánica en la zona de depositación de fecas y alimento no consumido, y para los organismos relevantes presentes en el borde costero, se deduce que, al estar fuera del área de influencia del proyecto, no se verán afectados. Sin embargo, toda la información recolectada sobre biodiversidad acuática corresponde a organismos detectados fuera del área de influencia, a excepción de las aves y mamíferos marinos. De esta forma, no es posible entender que se hayan aportado antecedentes suficientes sobre los ecosistemas, comunidades y especies claves y estructuradoras que permita descartar efectos sobre la biota **en el área de influencia del proyecto**, que fue, precisamente, lo requerido en el correspondiente ICSARA, aun cuando dicho informe haya omitido la preocupación en torno a la dilución de contaminantes en la columna de agua. A este respecto, cabe tener presente que las especies claves de un ecosistema (*keystone species*) son aquellas cuya actividad biológica ejerce un control significativo del ecosistema, desproporcionado a su abundancia (Townsend, D. 2012. *Oceanography and Marine Biology*. Sunderland, Massachusetts: Sinauer Associates Inc., pp G-9), en tanto que las especies estructuradoras son aquellas que supeditan la presencia de otras especies o, como postulan Piraino et al., son elementos que sostienen construcciones ecosistémicas complejas. Estos autores reconocen además la importancia de los

ciclos de vida de la biota marina, por su relevancia en la arquitectura y composición de los ecosistemas, y el riesgo de obviar los estadios larvales debido a su pequeña biomasa, a pesar de su inmensa relevancia en la determinación de la abundancia de los adultos (Piraino, S., Fanelli, G., Boero, F. 2002. Variability of Species roles in marine communities: change of paradigms for conservation priorities, *Marine Biology* 140, 1067-1074). De esta forma, los efectos del Proyecto sobre el ecosistema marino no podrían diagnosticarse sólo desde la perspectiva del impacto más conspicuo, sino que debieron ser analizados desde la complejidad propia de estos ecosistemas y la de los ciclos de vida de los organismos que los componen.

SEXAGÉSIMO TERCERO. Al analizar la información aportada en la evaluación tras haber sido requerida por el SEA, se verifica que el monitoreo que complementó la información contenida en la DIA, y que según la Reclamada sería suficiente para descartar efectos adversos sobre la biota, se realizó en su totalidad fuera del área de influencia del proyecto determinada para este componente (ver figura 1), al igual que el plan de seguimiento comprometido en la adenda, e incorporado en la RCA.

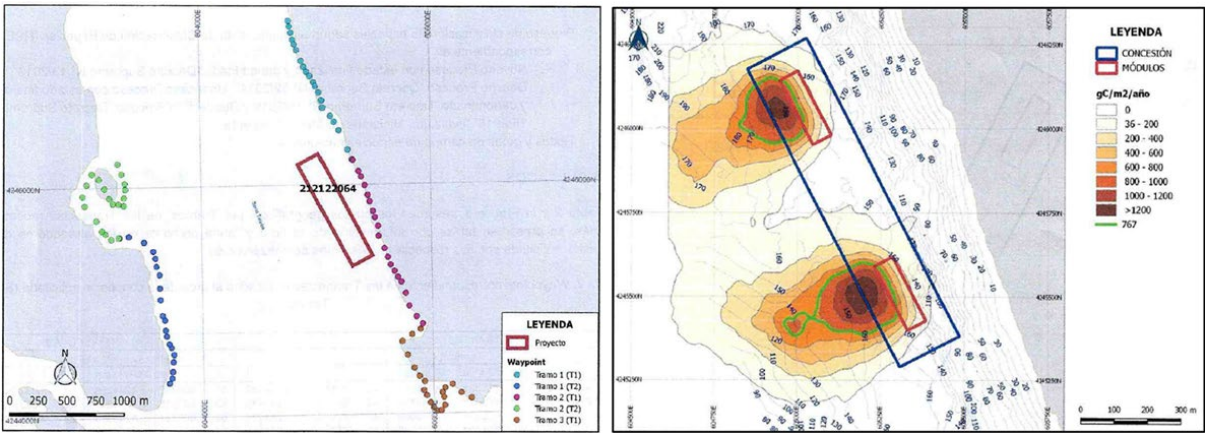


Figura 1: Contraste entre el monitoreo de biota marina presentado en la Adenda a fs. 619 (a la izquierda) y el área de influencia según la dispersión de biosólidos de fs. 404 (a la derecha), donde se aprecia que el monitoreo no se efectuó dentro del área de influencia del proyecto para este componente.

SEXAGÉSIMO CUARTO. De esta forma, se verifica que, tal como postularon los Reclamantes, el levantamiento de datos para descartar los efectos adversos significativos sobre los recursos naturales, particularmente sobre la biota marina presente en la columna de agua, en el área de influencia del proyecto, es insuficiente. Esto debido, en primer lugar, a que el SEA no

requirió al titular la totalidad de la información solicitada por Sernapesca, quien manifestó la necesidad de evaluar impactos sobre la biota derivados de la descarga de contaminantes (fecas y alimento no consumido) en el fondo marino y su disolución en la columna de agua. En segundo lugar, la información levantada sobre la biota marina se realizó fuera del área de influencia del proyecto, sin que existiera fundamentación alguna respecto a las razones para diagnosticar un ecosistema que no sería impactado por el Proyecto. En consecuencia, durante el procedimiento de evaluación ambiental y también durante el procedimiento de invalidación, la Reclamada decidió en base a información sobre la biodiversidad que no correspondería a la biota presente en el área de influencia. Esta conclusión no se ve afectada por lo planteado en autos por el Tercero coadyuvante. Consecuentemente, el Tribunal acogerá la reclamación en este aspecto.

SEXAGÉSIMO QUINTO. Adicionalmente, en relación al argumento de la Reclamada, respecto a que en los proyectos de cultivo intensivo de salmones es posible descartar los efectos significativos sobre bentos y biota asociada al borde costero considerando únicamente la depositación de biosólidos, cabe señalar que, si bien este fenómeno es uno de los principales forzantes de efectos en el ecosistema, la producción intensiva de peces puede producir numerosos impactos en el medio marino, tal como lo informa el propio titular en su DIA, impactos que se explican y diagraman claramente a fs. 615 y 616. De esta forma, para este Tribunal resulta inconsistente que, tras haberse señalado en la evaluación que *"La acuicultura de jaulas suspendidas en el mar tiene potencial para alterar el medio ambiente de varias maneras: a corto plazo (aumento de olor, contaminación por ruido y visual) o por alteraciones permanentes (cambios biológicos y físicos) al medio circundante"*, la Resolución Reclamada plantee que el descarte de los efectos producidos por la depositación de biosólidos en el sustrato sea argumento suficiente para descartar también todos los potenciales efectos sobre la biota marina. La figura presentada por el Titular, y que rola a fs. 616, muestra que la sedimentación de materia orgánica es sólo uno de los efectos de la acuicultura en los ecosistemas marinos, como expresan también

Buschmann et al. en la página 245 de su publicación, citada también en la DIA (Buschmann, A. H., Cabello, F., Young, K., Carvajal, J., Varela, D.A., Henríquez, L. 2009. Salmon aquaculture and coastal ecosystem health in Chile: Analysis of regulations, environmental and bioremediation systems, *Ocean & Coastal Management*, 52(5), 243-249). Por este motivo, el descarte de los efectos adversos significativos sobre los recursos naturales, particularmente sobre la biota acuática, no puede considerarse completo y acabado, ya que no se abordaron todos los impactos potenciales, descartándose aspectos tan relevantes como los efectos derivados de los nutrientes que se disuelven en la columna de agua (observado por Sernapesca); los que podrían haber sido abordados cabalmente, de haberse accedido a la solicitud de Sernapesca.

SEXAGÉSIMO SEXTO. Por último, y sólo a mayor abundamiento, cabe precisar que, respecto de la delimitación de área de influencia en base a la dispersión de biosólidos mediante el modelo DEPOMOD (Anexo 4.1 de la DIA, a fs. 599 y ss.), el Tribunal advierte una serie de inconsistencias, por lo que las afirmaciones de la Reclamada en torno a la suficiencia de esta herramienta para determinar el área de influencia y para descartar efectos adversos se ven cuestionadas.

En primer lugar, se detectó que el modelo presenta restricciones para el tamaño real del pellet a entregar en el centro de cultivo. Consta a fs. 601 que más del 60% del alimento a suministrar es de un calibre mayor a los 10 mm, que es el límite del software de modelación. Para salvar esta dificultad, se habría mantenido la velocidad de sedimentación del pellet de mayor calibre disponible en el modelo (a pesar de que el 60% es de mayor tamaño), en virtud de las recomendaciones del trabajo de Chen et al. (Chen, Y-S., Beveridge, M. C. M. , Telfer, T.C. 1999. Settling rate characteristics and nutrient content of the faeces of Atlantic salmon, *Salmo salar* L., and the implications for modelling solid waste dispersion. *Aquaculture research*, 10, 395-398), quienes señalan que la relevancia de la velocidad de sedimentación es mayor que la del tamaño de la partícula. Sin embargo, estas recomendaciones son aplicables a la sedimentación de fecas y no a la sedimentación de alimento no consumido.

En segundo lugar, respecto a la estimación del consumo de oxígeno producto de la depositación teórica de carbono mediante las fórmulas propuestas por Findlay & Watling (Findlay, R. H. & Watling, L. 1997. Prediction of Benthic Impact for Salmon Net-Pens Based on the Balance of Benthic Oxygen Supply and Demand. *Marine Ecology Progress Series*, 155, 147-157), se detectó que, en el caso concreto, se habría sobreestimado la concentración de oxígeno epibentónico disponible, ya que las condiciones en la zona de emplazamiento del proyecto difieren considerablemente de aquellas usadas en la citada investigación, aspecto que es abordado en las recomendaciones del trabajo citado, respecto a la necesidad de adecuar las tasas requeridas para los cálculos a realizar, a las condiciones presentes en el sitio bajo análisis. Los autores citados consideran un escenario en que la temperatura del agua es de 15°C, la concentración inicial de oxígeno epibentónico es de 9,6 mg/l y las profundidades son de 11,9 m, 11,4 m y 14,3 m; mientras que el área de emplazamiento del proyecto tiene una menor temperatura del agua (alrededor de 8,9 °C), una menor concentración de oxígeno epibentónico (alrededor de 5,3 mg/l) y una mayor profundidad (150 m en promedio), sin que se exprese por qué estas condiciones tan disímiles son equiparables.

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO. En síntesis, tras la revisión de los datos aportados por las partes, el Tribunal arriba a la conclusión que, para el caso en concreto, no se consideraron elementos suficientes y adecuados para el debido descarte de los efectos adversos sobre la biota marina en el área de influencia del proyecto, particularmente sobre los organismos presentes en la columna de agua, razón por la cual, en este aspecto, la reclamación será acogida.

V. SOBRE EL ADECUADO DESCARTE DE LOS EFECTOS ADVERSOS SOBRE LAS ÁREAS PROTEGIDAS (Art. 11 letra d) de la LBGMA)

SEXAGÉSIMO OCTAVO. A juicio de los Reclamantes, en el procedimiento de evaluación no se descartaron los impactos del proyecto en zonas protegidas, por su cercanía al Parque Nacional Kawésqar -que entonces correspondía a la Reserva Forestal Alacalufes- ubicada a unos 1600 metros de éste, en particular a

su borde costero, pues en los ambientes marinos aledaños se destacó por CONAF la presencia de foca leopardo, ballena, delfín austral y delfín chileno. Indicaron además que, en la resolución reclamada, el análisis de impacto sobre dichas áreas se reduce al que se produciría visualmente, lo que es un análisis parcial e incompleto, pues de dicho descarte no se sigue que no existe afectación de otros componentes ambientales, dado que dicha área considera un inmenso valor ecosistémico complejo que está protegido, como la protección en ambientes marinos de ciertos mamíferos, por lo que la afectación al borde costero de la reserva Alacalufe debió ser evaluada. Añadieron que, en ese sentido, se reproduce la problemática principal abordada en la alegación anterior, porque la autoridad ambiental no argumenta sobre la afectación de la biodiversidad del área, materia objeto de la solicitud de invalidación, y además ignora que de acuerdo al art. 11 letra d) de la LBGMA, el proyecto debe ingresar por EIA, al encontrarse próximo a una zona protegida, normativa que resulta aplicable por el estatuto especial de dichas áreas, tanto por su biodiversidad como por su vulnerabilidad frente a contingencias del proyecto, como las fugas de salmones que generarían una grave afectación ecosistémica (fs. 14). Lo anterior es de toda lógica, postularon, si se considera que, de acuerdo a la Convención de Washington, el objetivo de dichas áreas es dar especial atención a la conservación de la flora y fauna del lugar y a sus recursos en particular, por lo que la mejor forma de procurarlo, es exigiendo un EIA (fs. 15).

SEXAGÉSIMO NOVENO. Por su parte, el SEA y el Tercero sostuvieron que, no basta con la sola localización del proyecto cerca de un área protegida para ingresar por EIA, sino que es necesaria la circunstancia o condición adicional de que dicha AP sea susceptible de verse afectada, lo que se descartó con las modelaciones (fs. 185). Además, señaló que la recategorización de la Reserva Forestal en Parque Nacional no impide el desarrollo de proyectos acuícolas, por el contrario, de acuerdo con la zonificación del borde costero de la Región de Magallanes, los proyectos se emplazan en zonas denominadas "triple A", esto es zonas aptas para la acuicultura, y en este caso, el objeto de protección es el valor natural de sus aguas y

ecosistemas marinos, que no se ve afectado con el proyecto porque no causa impactos significativos.

SEPTUAGÉSIMO. Para resolver la discusión promovida por las partes, se debe señalar que, efectivamente, tal como indica la Reclamada y su tercero coadyuvante, la localización del proyecto en o cerca de un área protegida no requiere obligatoriamente de ingreso por EIA. En ese sentido, el art. 8 del RSEIA establece que el titular deberá presentar un EIA *"si su proyecto o actividad se localiza en o próxima a (...) recursos y áreas protegidas (...) susceptibles de ser afectados"*, y que (i) *"se entenderá que el proyecto o actividad se localiza en o próxima a población, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o a un territorio con valor ambiental, cuando éstas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad"*, y que (ii) a objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar recursos y áreas protegidas *"se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención de sus partes, obras o acciones, así como de los impactos generados por el proyecto o actividad, teniendo en especial consideración los objetos de protección que se pretenden resguardar"*.

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO. En ese sentido, es necesario tener presente que durante toda la evaluación del proyecto, sólo existió legalmente la Reserva Forestal Alacalufes, ya que el Parque Nacional Kawésqar fue establecido por el Decreto Supremo N° 6, de 26 de enero de 2018, del Ministerio de Bienes Nacionales, pero publicado en el Diario Oficial de 30 de enero de 2019, y la calificación ambiental favorable del proyecto se otorgó por Res. Ex. N° 127, de 17 de octubre de 2018. De esta forma, no resulta exigible la evaluación de los efectos sobre un área protegida que no estaba decretada oficialmente al momento de la evaluación del Proyecto.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO. Respecto de la eventual afectación de la Reserva Forestal Alacalufes, cabe destacar que, de acuerdo al Decreto Supremo N° 263, de 22 de julio de 1969, del Ministerio de Agricultura, esta se creó por tratarse de *"una zona de extraordinaria belleza e interés científico-botánico y económico, que es necesario proteger y conservar"*. De lo anterior se sigue que, el objetivo de protección vigente durante la

evaluación ambiental del proyecto no consideraba el hábitat marino, lo que basta para rechazar la alegación de los Reclamantes.

SEPTUAGÉSIMO TERCERO. Sin perjuicio de esto, como se ha indicado en el considerando 70°, para el caso de los mamíferos marinos en categoría de conservación, dichos efectos se descartan dado que se trata de especies con una amplia distribución (es decir que no están restringidas al área de influencia del Proyecto), sin que la zona de emplazamiento sea un hábitat crítico para ninguna de ellas. En ese sentido, como la alegación de los Reclamantes está referida a que el Parque Nacional Kawésqar considera como objetivo de protección los ambientes marinos con presencia de mamíferos (foca leopardo, ballena, delfín austral y delfín chileno), incluso si hubiese estado vigente dicha categoría de protección, su alegación en este aspecto será rechazada.

SEPTUAGÉSIMO CUARTO. No obstante, tras el análisis de las alegaciones vertidas en autos, resultan necesarias ciertas precisiones. Llama la atención del Tribunal que el SEA y el Tercero Coadyuvante hayan sostenido que el Proyecto se encuentra a 1,6 Km de la reserva forestal (fs. 186 y fs. 422), en circunstancias que todo el borde costero del Seno Taraba es parte de la Reserva, por lo que el centro de cultivo se encuentra rodeado por sus límites. De esta forma, la afirmación sostenida en la evaluación es parcialmente cierta, ya que, respecto del límite Oeste, la reserva sí se encontraría a 1,6 Km de distancia del Proyecto; pero en el límite Este, que es el más próximo a la concesión, dicha reserva está a unos escasos 140 m, aproximadamente (Figura 2).

SEPTUAGÉSIMO QUINTO. En ese sentido, también resulta cuestionable el argumento de la Reclamada cuando sostiene que no se afecta el objetivo de protección de la Reserva Forestal, en relación con el componente paisajístico, señalando que *"las partes, obras o acciones del proyecto no obstruirán en ningún momento la visibilidad, dada (sic) sus dimensiones, la que resultan mínimas comparadas con la cuenca visual de acuerdo al informe de paisaje acompañado en el anexo IV la DIA"* (fs. 184). Lo anterior evidencia una forma restrictiva de enfrentar y

justificar el área de influencia del Proyecto, ya que al abordar el uso del territorio, el impacto paisajístico fue descartado al no haber “uso del suelo

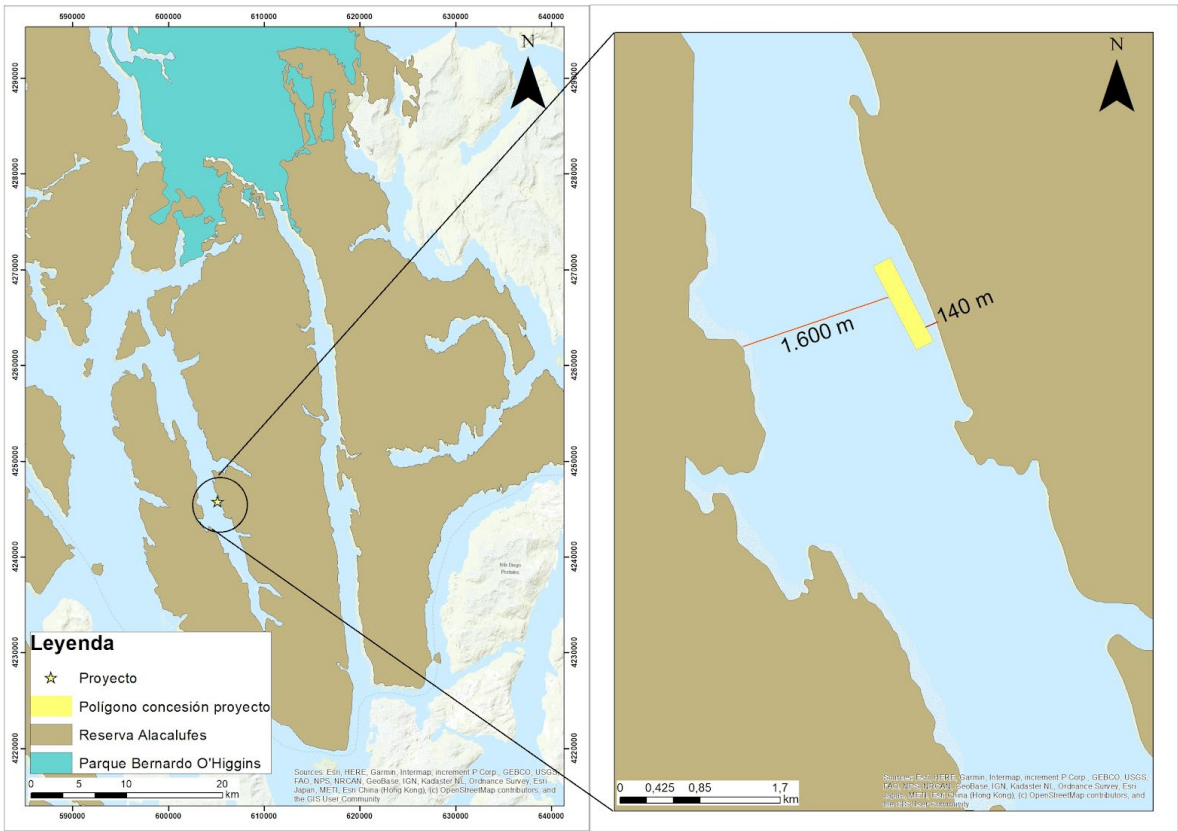


Figura N°2: Ubicación de la concesión del proyecto en relación a la Reserva Alacalufes, en general (figura de la izquierda) y en detalle (figura de la derecha). Elaborado por el Tribunal, en base a coordenadas disponibles en la tabla N°2, de fs. 380.

SEPTUAGÉSIMO SEXTO. En base a este descarte, que a juicio del Tribunal es erróneo, se determinó que el área de influencia corresponde en un 100% a la porción de agua, agregando que esta comprende: a) el área de concesión donde se instalarán las estructuras necesarias para el cultivo, b) el área de dispersión de fecas y ANC y c) el límite de percepción visual, que estima en 2000 m. (fs. 403); destacando que no existe proyección al borde costero, pues las emisiones (fecas y ANC) no llegarán a la costa, ni aun en el peor escenario (fs. 403 a 404).

SEPTUAGÉSIMO SÉPTIMO. Respecto de lo indicado en la letra c) anterior, resulta prácticamente imposible justificar el motivo por el que se descartan los efectos paisajísticos sobre la Reserva Forestal, pues el límite del área de influencia de percepción visual evidentemente se superpone a ésta, sin que se hayan entregado argumentos que permitan descartar por qué

los efectos visuales quedaron restringidos únicamente al espacio marítimo, en circunstancias que éstos, a diferencia de los efectos de los contaminantes que produce el proyecto, no se aprecian sólo desde del agua. Lo anterior, representa una insuficiencia y contradictoriedad en la determinación del área de influencia del Proyecto para la componente visual, en relación a la Reserva Forestal.

SEPTUAGÉSIMO OCTAVO. Sin embargo, como ya se indicó, los Reclamantes no formularon alegación específica alguna sobre la posible afectación al valor paisajístico como objetivo de protección de la antigua Reserva Forestal, ni al actual Parque Nacional. Por tanto, se rechazarán las alegaciones de los Reclamantes en este capítulo.

VI. SOBRE EL INADECUADO DESCARTE DE LOS EFECTOS ADVERSOS SOBRE LAS COMUNIDADES KAWÉSQAR (Art. 11 letras c) y d) LBGMA)

SEPTUAGÉSIMO NOVENO. A juicio de los Reclamantes, el proyecto no consideró la afectación de las comunidades Kawésqar y la Resolución Reclamada legitimó la aprobación de un proyecto que carece de información relevante y esencial, que debió ingresar por EIA porque afecta los sistemas de vida de los Reclamantes (fs. 15). Indicaron que la Resolución Reclamada determinó equivocadamente que sus alegaciones eran genéricas, que no hay restricción a puntos de extracción y buceo, que no se obstruye el paso de embarcaciones, que no hay antecedentes de que usen ese sector en la solicitud de ECMPO, ni que haya usos, costumbres o sitios con valor cultural dentro del AI. En lugar de ello, los Reclamantes afirmaron que existe uso ancestral del Seno Taraba, pues los Kawésqar son nómades y su territorio va desde el Golfo de Penas hasta la Península Brecknock, dentro del cual el Seno Taraba tiene gran importancia y por eso se incorporó en la solicitud de ECMPO (fs. 18). Agregaron que este tiene una carga espiritual histórica (fs. 21) y es un área de pesca de centolla, róbalo, pejerreyes, pulpo y congrio (fs. 21), que en él hay sitios de importancia arqueológica incommensurables, ubicados en toda la costa, con restos de actividad de canoeros como conchales, sitios funerarios, pinturas rupestres, corrales de pesca, etc. Añadieron que la

solicitud de ECMPO demuestra que es un territorio ancestral, así como su cercanía con el Parque Nacional Kawésqar, pues así se afirmó en el DS que declara dicha AP, al señalar que corresponde a zonas de navegación ocupadas ancestralmente por el pueblo Kawésqar (fs. 25). Cuestionaron, finalmente, el pronunciamiento de Conadi regional en el procedimiento, basado en un análisis formal de los domicilios de las comunidades, el que los ubica como comunidades en tierra, obviando su especial condición de pueblo canoero, sus comportamientos y su relación con el territorio (fs. 25-26).

En definitiva, sostuvieron que como habría afectación significativa a sus sistemas de vida y costumbres y debió ingresar por EIA, debió haber consulta indígena, lo que no ocurrió y tampoco se cumplió con el mínimo de realizar las reuniones con grupos humanos indígenas (fs. 30), conforme el Convenio 169 y el art. 86 RSEIA.

OCTOGÉSIMO. Respecto de este punto, tanto la Reclamada como el Tercero, son coincidentes en sostener que no hay afectación a pueblos Kawésqar, pues la mera solicitud de ECMPO no es suficiente para acreditar afectación de comunidades indígenas en los términos del art. 11 letra c) LBGMA, agregando la Reclamada que el mapa de usos socioculturales acompañado a la solicitud de ECMPO debe corroborarse con un informe de Conadi regional, y que en el Seno Taraba, aunque se afirma que hay pesca, no existen bancos naturales. Respecto de la existencia de restos arqueológicos y usos, la Reclamada indicó que no sólo no se precisan, sino que resulta inverosímil que cada canal, archipiélago o fiordo sea de interés para las comunidades; y que el proyecto, en lugar de alejar la centolla, la atraería por ser esta una especie carroñera (fs. 192). En síntesis, la Reclamada señaló que como no hay impactos significativos no procede el ingreso por la vía del EIA ni corresponde realizar consulta indígena; y la aplicación del art. 86 citado no es procedente pues es para casos en que el proyecto "se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas". Además, señaló que aún frente a una RCA favorable, la solicitud de ECMPO suspende la tramitación de la concesión marítima, y si eventualmente se otorga la ECMPO, no puede ejecutarse el

proyecto por falta de concesión marítima, así es que los eventuales derechos ancestrales se encontrarían a salvo (fs. 194). En definitiva, indicó que no hubo falta de información relevante y esencial en la evaluación del Proyecto y aun cuando se estime que existen deficiencias en la información, el vicio de ilegalidad no sería trascendente pues no hay perjuicio, ya que en nada cambiaría la decisión, es decir, el área de influencia del proyecto no alcanza los lugares de asentamiento de las comunidades ni la costa (fs. 198).

OCTOGÉSIMO PRIMERO. Respecto del punto en discusión, el art. 7 del RSEIA, referido a reasentamiento de comunidades humanas o alteración de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos y pueblos originarios, desarrollando lo dispuesto en la letra c) del art. 11 LBGMA, establece, en lo pertinente, que se deberá efectuar un EIA si el proyecto o actividad genera alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, entendiendo por comunidades o grupos humanos a todo conjunto de personas que comparte un territorio, en el que interactúan permanentemente, originando un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales y que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo. Luego, agrega que a efectos de evaluar la alteración significativa, se deberá considerar la generación de efectos adversos significativos sobre la calidad de vida de los grupos humanos, en consideración a la duración o magnitud de: a) la intervención, uso o restricción al acceso a recursos utilizados como sustento económico u otro uso tradicional; b) la obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o aumento significativo en los tiempos de desplazamiento; c) la alteración al acceso o a la calidad de bienes, equipamiento, servicios o infraestructura básica; d) la dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que pueden afectar sentimientos de arraigo o cohesión social del grupo; y, e) tratándose de un pueblo indígena, la alteración de sus formas de organización social.

OCTOGÉSIMO SEGUNDO. Luego, el art. 8 del RSEIA, respecto de la localización y valor ambiental del proyecto, desarrollando lo dispuesto en la letra d) del art. 11 LBGMA, dispone, en lo

pertinente, que el proyecto o actividad se entiende localizado en o próximo a población, cuando éstas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad. Agregando, entre otros conceptos, qué debe entenderse por poblaciones, señalando que estas corresponden a los pueblos indígenas, independiente de su forma de organización.

OCTOGÉSIMO TERCERO. Por su parte, el art. 6 del RSEIA, vincula los dos artículos anteriores con la letra b) del art. 11 LBGMA, al disponer que *"(e)n caso que el proyecto o actividad genere o presente efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, en lugares con presencia de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente Reglamento y deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en la letra a) del artículo 7."*

OCTOGÉSIMO CUARTO. Adicionalmente, los arts. 85 y 86 del RSEIA, regulan los casos en los que procede consulta o reuniones con pueblos indígenas, estableciendo al efecto, el art. 85, que la consulta procede *"en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas"*; mientras que, por su parte, el art. 86, dispone la realización de reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, cuando, tratándose de una DIA, el proyecto o actividad sometido a evaluación *"se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas"*.

OCTOGÉSIMO QUINTO. En relación con los aspectos discutidos y lo dispuesto en los art. 7 y 8 citados, la DIA contiene una descripción de la demografía y una descripción geográfica, señalando que no existe población en el área de influencia del proyecto, la cual identificó con el área de concesión. Más específicamente, y ya en el ámbito del art. 8, en relación con la dimensión antropológica, indicó que *"en donde se emplazará*

el proyecto no existen comunidades ni grupos humanos protegidos por leyes especiales, ni tampoco se desarrollan ceremonias religiosas y otras manifestaciones propias de la cultura o del folklore" (fs 416). Respecto al pueblo Kawésqar, la DIA reconoció la existencia de puntos especiales para ellos, los cuales serían: faro en Isla San Pedro, Puerto Edén, Isla Kalauto, Itsmo y faro Fairway; ninguno de los cuales se emplaza en el área de influencia del proyecto (fs. 417). Luego, la DIA abordó diversos eventos que han causado la pérdida de esta cultura, indicando que las actividades económicas de este pueblo son la extracción de madera, pesca artesanal, producción de cholga seca ahumada y en forma complementaria la extracción de centolla y recolección de luce. En función de esto, la DIA concluyó que el proyecto no incidiría de manera alguna con los sistemas de vida y costumbres del pueblo Kawésqar (fs. 417); expresando que dará libre tránsito a la comunidad Kawésqar hacia lugares donde efectúen faenas de pesca y buceo (fs. 419), e indicó que estará en permanente diálogo con dicha comunidad (fs. 420).

OCTOGÉSIMO SEXTO. Por otro lado, respecto de la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de comunidades humanas, la DIA indicó que, si bien no se registra presencia de grupos humanos pertenecientes a grupos indígenas en el área de influencia del proyecto, identificó que el pueblo Kawésqar es conocido como nómades del mar y que tiene una conexión con el territorio, y que el centro se encuentra ubicado en el mar, que es donde se desarrolla la actividad de la Comunidad Kawésqar, reconociendo la pesca artesanal, la producción de cholga seca ahumada y en forma complementaria la extracción de centolla y recolección de luce como actividades propias de dicha etnia (fs. 417 y 421), así como también la existencia de zonas cercanas con vestigios que dan cuenta de ocupación ancestral (fs. 433). Sin embargo, puntualizó que no hay áreas de desarrollo indígena en las cercanías, conforme al art. 26 de la ley N° 19.253, que no hay comunidades indígenas cercanas al proyecto, art. 9 de la ley 19.523 (sic), que no hay Asociaciones Indígenas cercanas al proyecto, art. 36 de la ley 19.523 (sic), sin registro de la existencia de grupos humanos indígenas y que no se registraron solicitudes o determinación de Espacios Costeros Marítimos de Pueblos Originarios

(fs. 419). De esta forma, concluyó que el proyecto no genera los efectos del art. 11 LBGMA; en particular, no genera alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (fs. 419), sin afectar al pueblo Kawésqar.

OCTOGÉSIMO SÉPTIMO. Por otra parte, consta en el expediente que Conadi regional estimó que no existían materias de su competencia sobre las cuales pronunciarse, validando formalmente lo afirmado por el Titular, al señalar que *"Contrastada la ubicación del Proyecto con la información de carácter territorial indígena a disposición de esta Corporación, se puede señalar que las áreas a intervenir se ubican a una distancia aproximada de 387 km del ADI Cabo de Hornos, a 70 km de la Comunidad Indígena más cercana, que se emplaza en la ciudad de Puerto Natales. En virtud de lo anterior, y considerando que el proyecto se encuentra alejado de zonas pobladas, se concluye que no se identifican sitios con valor antropológico y/o arqueológico, Tierras o Grupos humanos Pertenecientes a los Pueblos Indígenas en la zona de afectación, que pudiesen ser afectados por la ejecución de dicho proyecto."* (fs. 789).

OCTOGÉSIMO OCTAVO. Al respecto, en el procedimiento de invalidación administrativa, los Reclamantes indicaron que el mismo Titular reconoció la presencia de la cultura Kawésqar, cuando indicó que *"(e)l titular permitirá el acceso de embarcaciones de pescadores artesanales en general y en especial atención a la comunidad Kawésqar, para el libre tránsito a lugares donde se efectúen faenas de pesca y buceo"*. Luego, tras hacer referencia a diversos artículos del convenio 169 de la OIT, justificando su ocupación ancestral de las rutas de navegación del territorio, señaló que los OECA tenían conocimiento de que la zona correspondía a una zona utilizada por la cultura Kawésqar, indicando lo siguiente: *"(p)or otro lado, fue precisamente impulsado desde el Estado la realización de consulta indígena por el cambio de figura de protección de la reserva nacional alacalufe a la de parque nacional Kawésqar, en efecto la Resolución Exenta N.º 1322 del Ministerio de Bienes Nacionales que dispone la realización de un proceso de consulta al pueblo indígena Kawésqar señala entre sus motivos: "Que, la zona de protección y conservación propuesta para la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes a Parque*

Nacional, se emplaza en un territorio que tiene significancia cultural y simbólica para el pueblo Kawésqar, toda vez que corresponde a zonas de navegación ocupadas ancestralmente por este pueblo y que circundan el área de protección, por lo que se ha previsto una posible afectación a dicho pueblo indígena." (fs. 350).

OCTOGÉSIMO NOVENO. Tras lo anterior, la autoridad administrativa a cargo de resolver el procedimiento de invalidación, solicitó al órgano sectorial que había intervenido en la materia en el procedimiento de evaluación, la Conadi regional, que se pronuncie respecto de un posible uso consuetudinario del territorio. Al respecto, -dicho organismo-, indicó que en la zona cercana al proyecto no se han detectado circunstancias de uso (ancestral o actual) o de ocupación en el sector, explicando que se tuvo en cuenta que el área de emplazamiento del proyecto se encuentra alejada de áreas pobladas, que la Comunidad Indígena Kawésqar Grupos Familiares Nómades del Mar, se encuentra emplazada en primer domicilio en Puerto Natales a 70 km del proyecto, y en segundo domicilio en Punta Arenas a 225,3 km del proyecto; que la Comunidad Indígena Kawésqar Residente Río Primero, se encuentra a 79,6 km en la ciudad de Puerto Natales y que la Comunidad Indígena ATAP se encuentra en Punta Arenas, a 227 km. Además, agregó que el predio más cercano adquirido por el subsidio de tierras se encuentra a una distancia de 68,5 km; y que no existe registro en el área de influencia, respecto de usos ancestrales, medicinales, lugares ceremoniales o sitios arqueológicos; y que el punto más cercano se encuentra a 68 km, por la existencia de junquillo. (fs. 228 y ss.)

NONAGÉSIMO. Tras lo anterior, el SEA resolvió la invalidación administrativa a fs. 206 y ss., indicando, respecto a la afectación de la cultura Kawésqar, entre otros puntos, que "los solicitantes de la invalidación no presentan ningún antecedente en torno al uso del espacio marino que realizarían dentro del área de influencia del proyecto, que permita visualizar algún error en la evaluación, ya que la sola solicitud de un ECMPO no establece derechos a favor de la comunidad, sino solo hasta finalizar el procedimiento, ni tampoco demuestra la existencia de usos, costumbre o sitios con valor cultural para la etnia

Kawésqar que se desarrollen o emplacen dentro del área de influencia del proyecto calificado." En definitiva, rechazó también en este punto la petición de invalidación, basado, principalmente, en que los Reclamantes no explicitaron de manera concreta de qué forma se produciría afectación a sus usos y costumbres, en que no existirían restricciones de acceso o de circulación en materia de navegación y en que Conadi regional no detectó evidencia de uso ancestral ni comunidades cercanas. Luego, considerando que no se está frente a comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas, rechazó tanto la aplicación de la consulta indígena del art. 85 RSEIA, como de las reuniones a que se refiere el art. 86.

NONAGÉSIMO PRIMERO. Respecto de la consulta indígena, fundamentó su decisión en jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema como de Cortes de Apelaciones, en las que se concluye que para la procedencia de la consulta, los interesados deben explicitar cómo les afectaría el proyecto (C.S., Rol N° 1602-2012 y Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 150-2011) y que la afectación se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (C.S., Rol N° 817-2016, citando C.S., Rol N° 16.817-2013). Aspectos que estimó no concurrían en la especie, así como tampoco se habría acreditado la "susceptibilidad" de afectación directa, en los términos del Convenio 169 invocado por los Reclamantes (fs. 220-222).

NONAGÉSIMO SEGUNDO. Por otro lado, respecto de las reuniones a que se refiere el art. 86, indicó que no se verificó la falta de información relevante o esencial que permitiera anticipar el término del procedimiento de evaluación y que no existe afectación a ninguna de las comunidades del pueblo Kawésqar y que las comunidades solicitantes, al fundamentar esta infracción invocan la sola utilización de una porción del mar, sin presentar antecedentes que permitan establecer las hipótesis de procedencia de las reuniones del art. 86. (fs. 220).

NONAGÉSIMO TERCERO. De lo anterior se desprende que las partes están de acuerdo en cuanto a la aplicación e interpretación de

las normas que regulan la procedencia de la consulta o reuniones de los arts. 85 y 86. De hecho, los Reclamantes citan uno de los mismos fallos de la Excma. C.S., invocados por la Reclamada en su resolución (C.S., Rol N° 16.817-2013), en términos de exigirse para la procedencia de la consulta la susceptibilidad de afectación directa, de acuerdo al Convenio 169 y las normas internas que lo desarrollan (DS N° 66 y RSEIA). Asimismo, están de acuerdo en que existe afectación de un pueblo, tal como lo ha señalado la Excma. Corte Suprema en el fallo citado por ambas partes (fs. 28 y 196, respectivamente), *"cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural"* (C.S., Rol N° 16.817-2013).

En lo que no están de acuerdo, es en la concurrencia o no de los requisitos normativos de hecho para la realización de la consulta o de las reuniones; pues, en definitiva, durante la evaluación ambiental del Proyecto, la Reclamada desestimó que existieran antecedentes sobre la afectación a las comunidades, sosteniendo que ni el Titular ni Conadi regional registraron la presencia de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas en el área de influencia del Proyecto (fs. 189-190); ni los Reclamantes acreditaron de manera concreta de qué forma podrían ser afectados por la realización del Proyecto. Por su parte, estas últimas, fundaron su postura en el hecho de ser un pueblo canoero, en virtud de lo cual no se puede descartar su presencia en el medio marino, por tener registrados sus domicilios en tierra (fs. 25-26).

NONAGÉSIMO CUARTO. Sin perjuicio que el carácter nómade del mar de la etnia Kawésqar no se encuentra controvertido por la Reclamada y el Titular (fs. 190 y 417, respectivamente), existen fuentes normativas que permiten su caracterización, reconociendo y dando cuenta de su relación con el mar, como por ejemplo, el art. 72 de la Ley N° 19.253, en el cual se señala que *"son indígenas de los canales australes los yámanas o yaganes, kawaskhar o alacalufes u otras etnias que habiten en el extremo sur de Chile y los indígenas provenientes de ellas"*. Por otro lado, hay antecedentes en el expediente de reclamación

que dan cuenta del reconocimiento oficial de la relación ancestral del pueblo Kawésqar con la zona correspondiente a la Reserva Alacalufes, a través de la navegación ancestral, que sustentarían el uso del espacio marítimo, en particular del Seno Taraba, por parte de la etnia Kawésqar.

En este sentido, consta la existencia de la consulta indígena, llevada a cabo con ocasión de la reclasificación y ampliación de la Reserva Forestal Alacalufes a Parque Nacional Kawésqar (mencionada a fs. 24-25) y motivada por una posible afectación a dicho pueblo indígena. Así en la Res. Ex. N° 1322/2017, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicada en el Diario Oficial de 11 de julio de 2017, se señaló “[q]ue, la zona de protección y conservación propuesta para la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes a Parque Nacional, se emplaza en un territorio que tiene significancia cultural y simbólica para el pueblo Kawésqar, toda vez que corresponde a zonas de navegación ocupadas ancestralmente por este pueblo y que circundan el área de protección, por lo que se ha previsto una posible afectación a dicho pueblo indígena”.

A continuación, la Resolución citada agrega que “en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en las normas legales citadas, se ha adoptado la decisión de iniciar un proceso de consulta indígena en la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, con ocasión de la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes a Parque Nacional, dirigido a las comunidades indígenas Kawésqar presentes en el área (...)”. En virtud de ello, dispuso “[l]a realización de un proceso de consulta indígena sobre la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes a Parque Nacional, ubicado en las Comunas de Natales, Río Verde y Punta Arenas, en las Provincias de Última Esperanza y Magallanes, Región de Magallanes y de la Antártica Chilena”.

Lo anterior evidencia que los Reclamantes, que son comunidades domiciliadas en Punta Arenas (fs. 32) y Natales (fs. 38), debieron formar parte de dicha consulta por estimar que, por su vinculación ancestral con los canales de la zona, como navegantes, podrían verse afectadas.

En el mismo sentido, el D.S. N° 6/2018, del Ministerio de Bienes Nacionales, que concreta la desafectación de la Reserva

Alacalufes y la creación del Parque y Reserva Nacional Kawésqar (citado por los Reclamantes a fs. 25), señala "[q]ue la recategorización de las aguas marinas a Reserva Nacional "Kawésqar", permitirá dar cumplimiento a las demandas fundamentales del pueblo Kawésqar, expresadas en el proceso de cultura (sic) indígena, esto es, la protección de sus aguas, la compatibilidad de ejercer actividades productivas en dicho espacio marítimo, y, el reconocimiento al pueblo Kawésqar, a través del cambio de nombre de las nuevas áreas protegidas".

Este antecedente corrobora que las comunidades Kawésqar, manifestaron sus vínculos culturales con el espacio marítimo donde se encuentra el proyecto, antes de la presentación de la DIA, es decir en el proceso de consulta indígena a que se viene haciendo referencia, finalizado el 2 de noviembre de 2017, mediante Res. Ex. N° 2.110/2017, del Ministerio de Bienes Nacionales, que aprobó el informe final de la consulta indígena, según consta en el D.S. N° 6/2018 del mismo Ministerio.

Lo relevante, a los efectos tratados, es que dicho proceso de consulta, se dirigió a las comunidades presentes en el área, entre las que se encuentran las tres comunidades Reclamantes en autos, en consideración a que se estimó que la recalificación de la antigua Reserva Forestal Alacalufes, era una medida administrativa susceptible de afectarles, producto del establecimiento de un área protegida y las restricciones propias de estos instrumentos de protección.

NONAGÉSIMO QUINTO. No obstante, respecto de todos los antecedentes a que se ha hecho referencia, este Tribunal estima que ellos no se circunscriben de manera concreta al espacio marítimo en el que ubica el proyecto, sino que corresponden a un espacio geográfico mucho mayor, en el que es atendible la susceptibilidad de afectación por parte de una medida que aumenta la protección del espacio marítimo, lo que no se observa, de manera concreta y determinada respecto del espacio de mar en el que se proyectan las instalaciones y área de influencia del Proyecto, por lo tanto, dichos antecedentes no son suficientes para expresar de qué manera la instalación del Proyecto podría afectar la vida y costumbre de las comunidades Reclamantes.

NONAGÉSIMO SEXTO. A lo anterior, se agrega la discusión sobre

la solicitud de ECMPO, la que recae sobre su virtud para acreditar la susceptibilidad de afectación derivada del uso ancestral del Seno Taraba por las comunidades Reclamantes, pues, de un lado, ellas invocaron dicha solicitud para acreditar uso del territorio marítimo y, en consecuencia, la susceptibilidad de afectación que da lugar a la consulta o reuniones de los arts. 85 y 86 del RSEIA, que reclama; mientras que, de otro lado, la Reclamada, insistió en que las Reclamantes no presentaron ningún antecedente en torno al uso del espacio marino que realizarían dentro del área de influencia del proyecto, dado que la sola solicitud de ECMPO no establece derechos a favor de las comunidades.

NONAGÉSIMO SÉPTIMO. En efecto, no es discutido por las partes que dicha solicitud, mientras no sea aprobada por la autoridad respectiva, constituye una mera expectativa para las comunidades, lo que es compartido por este Tribunal. Tampoco es discutido que dicha solicitud fue presentada a tramitación con posterioridad a la presentación de la DIA y a la fecha se encuentra aún tramitándose, por lo que no se ahondará en este punto, sino solo en su contenido en relación con la acreditación de una eventual afectación de la comunidad por el uso ancestral del Seno Taraba, que es lo controvertido.

NONAGÉSIMO OCTAVO. En este sentido, en concepto de este Tribunal, lo único que la solicitud acredita es el interés de las comunidades en el territorio marítimo que comprende la solicitud, el que corresponde a un territorio mayor, que podría abarcar otros usos de las comunidades, lo que no modifica lo ya razonado. Sin embargo, no aporta mayores antecedentes respecto de la forma concreta en que las comunidades podrían ser susceptibles de ser afectadas por el emplazamiento del proyecto y su área de influencia en la zona.

NONAGÉSIMO NOVENO. En este contexto, y siguiendo la jurisprudencia invocada por las partes (entre otros, C.S., Rol N° 817-2016 y Rol 16.817-2013), para dilucidar la controversia de autos, lo relevante es determinar si, a través del análisis del expediente judicial o administrativo, es posible verificar la susceptibilidad de la afectación que pueden sufrir las comunidades Reclamantes derivada del emplazamiento del proyecto en la zona específica que este ha definido.

CENTÉSIMO. Al respecto, los únicos antecedentes ciertos que obran en el expediente administrativo de invalidación y en aquel que dio lugar a la RCA, son que: no obstante residir o estar domiciliados en ciudades como Punta Arenas y Puerto Natales, efectivamente las comunidades Kawésqar han sido reconocidas como pueblos nómades marítimos, vinculados ancestralmente con el uso y navegación de los canales, fiordos e islas de la región de Magallanes y la Antártica Chilena, entre el Golfo de Penas y la Península Brecknock; sin embargo, no existen antecedentes referidos a afectaciones concretas, en el área donde se emplazará el proyecto o en su área de influencia, en términos de verse modificadas, a consecuencia de este, sus vidas, creencias, instituciones o bienestar espiritual, ni tocado su desarrollo económico, social o cultural. Esto, por cuanto, si bien se reconoce que desarrollan algún tipo de actividad económica vinculada a la navegación y pesca artesanal y que podría existir algún tipo de yacimiento de valor arqueológico o cultural en el territorio marítimo cercano al Proyecto, no existen en autos antecedentes o datos precisos que den cuenta de una efectiva actividad pesquera en la zona del proyecto, es decir no se indica la ubicación de corrales ni caladeros o zonas de pesca, ni de sitio ancestral, tabú o arqueológico concreto ubicado en la zona del Proyecto, que pudieran verse afectados. Más aún, en el Proyecto se establece que el Titular se compromete a no obstaculizar la libre navegación para actividades pesqueras y a respetar las normas legales y reglamentarias que regulan y protegen el patrimonio cultural y arqueológico, en el caso de llegar a descubrirse un sitio de dichas características.

CENTÉSIMO PRIMERO. En definitiva, este Tribunal estima que no se ha acreditado de manera concreta de qué forma las comunidades podrían ser afectadas, por lo que no se dará lugar al reclamo en este punto, referido tanto al ingreso en la forma de un EIA como a la realización de la consulta indígena.

CENTÉSIMO SEGUNDO. Ahora bien, respecto de las reuniones a que se refiere el art. 86 inciso segundo, del RSEIA, la norma solo exige la concurrencia de dos elementos o supuestos de hecho para dar lugar a dichas reuniones, aplicables al caso de autos, esto es: a) que el proyecto esté sometido a evaluación

mediante un EIA o una DIA; y, en este segundo caso, b) que el proyecto se emplace en tierras o áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas; sin exigir, a diferencia del art. 85, la susceptibilidad de afectación.

CENTÉSIMO TERCERO. Por otro lado, como ha señalado este Tribunal, las reuniones que prescribe el art. 86 citado, tienen la finalidad específica de *"recabar la opinión de estos grupos acerca del proyecto y analizarlas, para efectos de decidir la procedencia de un término anticipado de la evaluación por falta de información relevante o esencial, en aplicación del art. 48 del Reglamento del SEIA. Para lograr ese propósito, se requiere constatar en terreno si la información acerca de las costumbres y sistemas de vida de los grupos humanos emplazados en el área en que se desarrollará el proyecto, ha sido adecuadamente abordada en la DIA"* (Sentencia 3TA R-78-2018 Considerando Quincuagésimo Octavo). Es decir, para determinar la procedencia del término anticipado del procedimiento por carecer la DIA de información relevante o esencial para su evaluación, que no pudiera ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones.

De esta forma, en los casos en los que así lo exige la normativa, las reuniones del art. 86 constituyen un trámite esencial en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental, pues *"se trata de una norma especial para los proyectos que se emplazan en las cercanías de pueblos indígenas, inspirada en el principio colaborativo, preventivo y en la protección de los grupos humanos sensibles que puedan verse afectados por el proyecto. Su correcta ejecución resulta trascendental para el ejercicio de la potestad de poner término anticipado al proyecto (...). De esta manera, si no se da cumplimiento adecuado a esta obligación, entonces la decisión de continuar con la evaluación ambiental resulta ilegal o arbitraria, por haberse ejercido la potestad en una forma diferente a la establecida en el reglamento, habiéndose prescindido de la más fiable de las informaciones, esto es, la recopilada en terreno con los grupos humanos indígenas."* (Sentencia 3TA, R-78-2018 Considerando Sexagésimo Séptimo).

CENTÉSIMO CUARTO. En el caso de autos, se está frente a un

procedimiento de evaluación iniciado mediante una DIA; por tanto, en el contexto de lo precedentemente señalado y de lo discutido por las partes, lo que corresponde es determinar si se está o no frente al segundo requisito que exige la norma, esto es, si el proyecto o sus actividades se encuentra o no emplazado *en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.*

En concepto de este Tribunal, es un hecho que el proyecto no se emplaza en tierras ni en áreas de desarrollo indígenas, pues así se acreditó en el procedimiento de evaluación con la respectiva certificación de Conadi; por lo que, lo que corresponde dilucidar es si se está o no frente a la hipótesis normativa de cercanía respecto de las comunidades reclamantes, considerando que estas pertenecen a un pueblo al que se le reconoce la calidad o condición de canoero, con un vínculo cultural ancestral con la zona de los canales australes ya referida, pero que registran sus domicilios en medios urbanos distantes en varios kilómetros (el más próximo a 70 km.) al área de emplazamiento del proyecto.

En este contexto, y teniendo en consideración que, a diferencia de otros pueblos, que viven y se desarrollan en espacios terrestres, donde es posible establecer distancias de referencia de la ubicación y/o domicilio de las comunidades para determinar la cercanía o proximidad en relación con la ubicación de un proyecto; en el caso de grupos humanos pertenecientes al pueblo Kawésqar, que encuentra su ámbito de desarrollo y arraigo en el mar, no puede aplicarse de la misma forma el criterio de cercanía o proximidad que se aplica para grupos étnicos arraigados a la tierra; por tanto, en opinión de este Tribunal, el concepto de "cercanías", empleado en la norma, responde a una circunstancia dinámica, que debe establecerse en cada caso, teniendo en consideración si en el área de emplazamiento de un proyecto, en su área de influencia o espacios próximos, existe algún tipo de ocupación o uso efectivos por grupos humanos o personas pertenecientes a dichos pueblos.

CENTÉSIMO QUINTO. De esta forma, en el caso del pueblo Kawésqar, la interpretación restrictiva seguida por la Reclamada no es suficiente para analizar la cercanía, ya que se basa

sólo en la determinación de los domicilios de las comunidades o de las personas pertenecientes a la etnia reclamante, lo que no se condice con las especiales características culturales ya descritas de dicho pueblo. Al mismo tiempo, la interpretación extensiva seguida por la Reclamante, basada en la sola presencia u ocupación ancestral y en el interés de la etnia Kawésqar en el vasto espacio marítimo comprendido entre el Golfo de Penas y la península de Brencknock -dentro del cual se encuentra el Seno Taraba-, sin considerar la ocupación o uso efectivos del territorio, tampoco es suficiente para determinar el verdadero sentido y alcance de la norma al establecer el requisito de hecho que impone la obligación de efectuar reuniones con grupos humanos pertenecientes a dichos pueblos indígenas, ya que dicha interpretación, por su amplitud y abstracción, incluiría casos o supuestos de hecho que difícilmente podrían entenderse incorporados en el alcance de la norma, puesto que obligaría a efectuar estas reuniones con todas las comunidades pertenecientes a una determinada etnia, aun cuando no presenten vínculos efectivos con el territorio en el que se emplaza un proyecto o con su área de influencia, lo que no es coherente con la finalidad de la norma.

CENTÉSIMO SEXTO. Establecido lo anterior, se aprecia que en el caso de autos, durante el procedimiento de evaluación no había ningún indicio de actividad o uso concreto y efectivo por parte de las comunidades reclamantes, asociado al lugar de emplazamiento del proyecto y sus actividades o sus cercanías o proximidades, por lo que no correspondía dar aplicación a las reuniones del art. 86 citado, por faltar el elemento cercanía exigido por la norma. No obstante, si bien esto fue cuestionado por las comunidades reclamantes, tanto en el procedimiento de invalidación como en autos, estos cuestionamientos no tienen la virtud para modificar lo expresado, en la medida que se limitaron a centrar su alegación en la existencia genérica e imprecisa de sitios de significación cultural o arqueológica, de pesca o de navegación, asociadas a su presencia ancestral en la referida zona de los canales australes. Es decir, no se indicó ni acreditó actividad económica, cultural o ceremonial alguna, ejercida de manera efectiva en la zona del proyecto o

en sus proximidades, por lo que esta alegación no podrá prosperar y será rechazada.

CENTÉSIMO SÉPTIMO. En definitiva, en este punto, no se acogerá lo alegado por las Reclamantes para solicitar la ilegalidad de la Resolución Reclamada, por estimar, este Tribunal, que no se acreditó el requisito de cercanía que exige la normativa para dar lugar a las reuniones con los pueblos indígenas a que se refiere el art. 86 del RSEIA; por lo tanto, no advirtiéndose un vicio invalidante en la referida omisión, no se emitirá pronunciamiento respecto de la alegación de la Reclamada referida a la falta de perjuicio requerido por el art. 13 LBPA para dar lugar a la invalidez del acto final, por innecesario, al no tener aplicación esta norma.

CENTÉSIMO OCTAVO. En consecuencia y en virtud de todo lo anterior, habiéndose acreditado la omisión o incumplimiento de requisitos esenciales del acto resultante del procedimiento de evaluación, consistente en la falta de información esencial para determinar la inexistencia de los efectos a que se refiere la letra b) del art. 11 de la LBGMA; este Tribunal concluye que la Resol. Ex. N° 127/2018, que calificó favorablemente el proyecto es ilegal, en la medida que esta debió rechazar la DIA, en conformidad a lo dispuesto en el art. 19, inciso tercero, de la LBGMA; por tanto, la Resolución Reclamada debió acoger la solicitud de invalidación presentada por las Reclamantes. En consecuencia, esta es inválida, al igual que la Resol. Ex. N° 127/2018, que calificó favorablemente el proyecto; y así se declarará en lo resolutivo.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los arts. 17 N° 8, 18 N° 7, 27 y ss. de la Ley N° 20.600; 18 bis y 19 de la ley N° 19.300; 53 de la ley N° 19.880; 23 y 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y en las demás disposiciones pertinentes.

SE RESUELVE:

- I.** Acoger la reclamación de fs. 1 y ss., en contra de la Res. Ex. N° 103, de 16 de agosto de 2019, de la Comisión de

Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, en consecuencia se la deja sin efecto y se invalida la Res. Ex. N° 127, de 17 de octubre de 2019, que calificó favorablemente el proyecto "Centro de Cultivo de Salmónidos Seno Taraba, Bahía Sin Nombre, Península Benson, N° de Solicitud 212122064", solo por los motivos expresados en la presente sentencia.

- II.** No condenar en costas a la Reclamante, por no haber sido vencida.

Acordado con la prevención del ministro Iván Hunter Ampuero quien estuvo por acoger la reclamación, prescindiendo de la última parte del considerando 62°, desde la expresión "estos autores" hasta el final, y de los considerandos 74° a 78°, por las siguientes razones:

- 1) Que, respecto de la última parte del considerando 62°, estima que el modo en que el titular y la autoridad administrativa descartan los efectos, características y circunstancias del art. 11 de la Ley N° 19.300, forma parte de la discrecionalidad técnica, por lo que no corresponde al Tribunal emitir pronunciamiento a menos que, precisamente, lo debatido consista en la razonabilidad de la técnica utilizada por la Administración. En otras palabras, no estando en discusión el ejercicio de la discrecionalidad técnica no resulta procedente emitir pronunciamiento en tal sentido, siendo suficiente la falta de información acerca del descarte del efecto sobre la biota en el área de influencia del proyecto.
- 2) Que, respecto de los considerandos 74° a 78° relativos al descarte de los impactos sobre el valor paisajístico, tal como lo reconoce el fallo en el considerando 78°, los Reclamantes no formularon alegación específica sobre la posible afectación al valor paisajístico como objetivo de protección de la antigua Reserva Forestal, ni al actual Parque Nacional. Aquello no fue objeto de la Reclamación y, por ende, no ha sido sometido a contradicción, por lo

que no resulta procedente que el Tribunal emita pronunciamiento sobre la misma.

Acordado con la prevención del Ministro Sr. Retamal, quien concurre a lo resuelto, sin compartir lo razonado en los considerandos Nonagésimo Quinto, Nonagésimo Octavo, Centésimo, Centésimo Primero, Centésimo Cuarto, Centésimo Quinto, Centésimo Sexto y Centésimo Séptimo, por los siguientes motivos:

- 1) Que el art. 86 inc. 3° del RSEIA dispone la obligación del SEA de realizar reuniones con Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas -en adelante «GHPPI»- en caso que un proyecto o actividad se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.
- 2) Que, como se expresó en el Considerando Octagésimo Sexto, el titular indicó en la DIA *«(...) que no hay comunidades indígenas cercanas al proyecto (...) sin registro de la existencia de grupos humanos indígenas»* (fs. 419). Luego, en el Considerando Octagésimo Séptimo, Conadi aseguró que: *«(...) contrastada la ubicación del Proyecto con la información de carácter territorial indígena a disposición de esta Corporación, se puede señalar que las áreas a intervenir se ubican a una distancia aproximada de (...) 70 km de la Comunidad Indígena más cercana, que se emplaza en la ciudad de Puerto Natales. En sede de invalidación administrativa, precisó «(...) que la Comunidad Indígena Kawésqar Grupos Familiares Nómades del Mar, se encuentra emplazada en primer domicilio en Puerto Natales a 70 km del proyecto, y en segundo domicilio en Punta Arenas a 225,3 km del proyecto; que la Comunidad Indígena Kawésqar Residente Río Primero, se encuentra a 79,6 km en la ciudad de Puerto Natales y que la Comunidad Indígena ATAP se encuentra en Punta Arenas, a 227 km»* (fs. 228 y ss.). Estos informes fueron acogidos por el SEA en la Resolución Reclamada (Considerando 14.1, fs. 219), resolviendo que las comunidades no presentaron *«(...) antecedentes que permitan establecer las hipótesis de procedencia del artículo 86, las cuales no se configuran(...)»* (fs. 220).
- 3) Que en relación a lo que se acuerda por el voto de mayoría en el considerando Nonagésimo Quinto, no se comparte por este Ministro la apreciación que "...de todos los antecedentes a

que se ha hecho referencia, este Tribunal estima que ellos no se circunscriben de manera concreta al espacio marítimo en el que ubica el proyecto, sino que corresponden a un espacio geográfico mucho mayor, en el que es atendible la susceptibilidad de afectación por parte de una medida que aumenta la protección del espacio marítimo, lo que no se observa, de manera concreta y determinada respecto del espacio de mar en el que se proyectan las instalaciones y área de influencia del Proyecto...". Sea que se trate de la totalidad del espacio marítimo o una porción de él, existe la posibilidad de que el mismo sea afectado, y existiendo tal indicio consecuentemente nació la obligación de llevar a cabo las reuniones con GHPPI para dilucidar mediante tal actividad la realidad o falsedad de tales aseveraciones, máxime cuando tales reuniones deben llevarse a cabo en una etapa primaria del proceso, que a su vez corre en forma paralela a la evaluación ambiental de un proyecto.

- 4) Contra lo que el voto de mayoría sostiene -en concordancia con el criterio de la ausencia de susceptibilidad de afectación que amerite la realización de reuniones con GHPPI-, en el considerando Nonagésimo Octavo, el interés de las comunidades por el espacio marítimo que se trasunta en la solicitud de un espacio costero marítimo de pueblos originarios ya presentada y aún en trámite, es suficiente razón para efectuar tales reuniones. No puede pretenderse que en una fase tan indiciaria se acompañen documentos o antecedentes más concretos, atendido al carácter exploratorio que tienen estas reuniones, y precisamente del resultado de las mismas hubieran podido obtenerse los elementos o antecedentes para sustentar la susceptibilidad de afectación que las partes tuvieron que hacer sentir por la vía de reclamación administrativa y judicial. Al privárseles de ejercer su derecho a manifestarse en las reuniones que no fueron llevadas a cabo, -trámite esencial- se generó un vicio que por sí solo anula todos los actos administrativos cuyos efectos alcance. La prevención de este Ministro sobre este punto dice relación con lo que el voto de mayoría concluyó en el considerando Centésimo Sexto del presente fallo, cuando refiere que *"se aprecia que en el caso de autos, durante el procedimiento de evaluación no había ningún indicio de actividad o uso concreto y efectivo por parte de las comunidades reclamantes, asociado al lugar de emplazamiento del proyecto y sus actividades o sus cercanías o proximidades, por lo que no correspondía dar aplicación a las reuniones del art. 86 citado,*

por faltar el elemento cercanía exigido por la norma (...) estos cuestionamientos no tienen la virtud para modificar lo expresado, en la medida que se limitaron a centrar su alegación en la existencia genérica e imprecisa de sitios de significación cultural o arqueológica, de pesca o de navegación, asociadas a su presencia ancestral en la referida zona de los canales australes. Es decir, no se indicó ni acreditó actividad económica, cultural o ceremonial alguna, ejercida de manera efectiva en la zona del proyecto o en sus proximidades...". La sola falta de acreditación efectiva, existiendo indicios -como el reconocimiento en un acto oficial del territorio Kawésqar para efectos de crear un área silvestre protegida del SNASPE- no era razón suficiente para la no celebración de las referidas reuniones. De hecho, como ya se ha dicho, existiendo tales indicios, estas reuniones deben realizarse en los albores del proceso de evaluación, y era imposible haberlas soslayado por razones de falta de acreditación de las actividades por parte de las comunidades. Precisamente, producto de tales reuniones pudo haberse obtenido información valiosa para el proceso de evaluación, que los mismos grupos humanos hubieran proporcionado, y que hubieran permitido, ya con mayor tranquilidad, presumiblemente haber descartado los efectos adversos del art. 11 letras c), d), e), o f) de la ley 19.300 o confirmado tal susceptibilidad de afectación. Por tal motivo, no era obstáculo para el proceso de evaluación, el haber llevado a cabo tales reuniones, máxime si se daban los requisitos para realizarlas, transformando estas reuniones en un trámite esencial, como fue este caso.

- 5) Que en efecto, y tal como indica el fallo al que este Ministro concurre, consta que de los antecedentes aportados, inclusive por el propio titular en la DIA, que existe uso ancestral del territorio. Además, consta que dicho uso fue pretéritamente establecido por la propia Conadi para la elaboración de instrumentos vinculados a su protección. Así, por ejemplo, consta en la información referida por el titular en la DIA, cuando parafraseó el Ord. N° 715 de 2012 de Conadi (fs. 421) o el Plan de Manejo de la Reserva Nacional Alacalufes -hoy Reserva Nacional Kawésqar- en que, a instancias de Conadi, se agregó una zona definida como «territorio ancestral», que «(...) corresponde a espacios de tierra y mar, donde habita ancestralmente el Pueblo Kawésqar, que incorpora espacios de residencia, caza, pesca, ganadería, bosques, cementerios, etc. (...) Desde Golfo

de Penas hasta Isla Madre de Dios, desplazándose llegaban hasta Puerto Williams, isla Wellington, hasta seno Almirantazgo, Ríos Verde, entre otros» (Plan de Manejo Reserva Nacional Alacalufes, Conaf, p. 54, consultado el 9 de diciembre de 2020, disponible en el Sistema Nacional de Información Ambiental, link: <http://bdrnap.mma.gob.cl/recursos/SINIA/PlandeManejo/Plan%20de%20Manejo%20Alacalufes.pdf>). Sin embargo, es la propia Conadi quien, durante la evaluación ambiental del proyecto de autos desconoció esta circunstancia, al informar al SEA en sede administrativa que no se realizan actividades económicas, extractivas o de orden cultural susceptibles de verse afectada por el proyecto. Por último, fue el propio titular quien comprometió medidas como el acceso de embarcaciones artesanales, en especial atención a la comunidad Kawésqar (fs. 418).

- 6) Que a mayor abundamiento, se desatendió la particularidad de que el pueblo Kawésqar se ha identificado ancestralmente como nómades del mar, por lo que las argumentaciones que se han esgrimido no son suficientes para desestimar la realización de reuniones con GHPPI. En efecto, el art. 86 RSEIA impone una obligación temprana al SEA en orden a que, en un plazo no superior a 20 días, debe realizar reuniones con GHPPI con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, eventualmente, aplicar el término anticipado del procedimiento regulado en el art. 48 RSEIA. Las hipótesis son, como se dijo, que el proyecto ingresado por DIA se emplace: i) en tierras indígenas; ii) en áreas de desarrollo indígena; 3) en las cercanías a GHPPI. Tratándose de esta última hipótesis, el concepto de cercanía se puede asimilar a un criterio de proximidad, que no se agota en el área de influencia directa del proyecto, sino que, especialmente tratándose de pueblos indígenas, exige atender a factores que inclusive indirectamente puedan afectarlos, no siendo atendible, por tanto, para desestimarlas, la mayor o menor proporción de un área mayor cuya existencia ya se ha aceptado por el Estado, quien en un proceso diverso, ha reconocido la posibilidad de que haya susceptibilidad de afectación a alguno de estos grupos.
- 7) Que, sin perjuicio que las DIA no se encuentran sometidas al procedimiento de Consulta Indígena, por así disponerlo el art. 85 RSEIA, sí resultan aplicables a su respecto las disposiciones relativas a GHPPI, especialmente el art. 86 RSEIA, siendo los antecedentes de hecho esgrimidos por el SEA insuficientes

a efectos de determinar su improcedencia, por los motivos indicados en el presente voto.

- 8) Que en este sentido, este Ministro tampoco comparte lo que ha señalado el voto de mayoría en el considerando Centésimo Quinto, cuando expresa que *"...Al mismo tiempo, la interpretación extensiva seguida por la Reclamante, basada en la sola presencia u ocupación ancestral y en el interés de la etnia Kawésqar en el vasto espacio marítimo comprendido entre el Golfo de Penas y la península de Brencknock -dentro del cual se encuentra el Seno Taraba-, sin considerar la ocupación o uso efectivos del territorio, tampoco es suficiente para determinar el verdadero sentido y alcance de la norma al establecer el requisito de hecho que impone la obligación de efectuar reuniones con grupos humanos pertenecientes a dichos pueblos indígenas, ya que dicha interpretación, por su amplitud y abstracción, incluiría casos o supuestos de hecho que difícilmente podrían entenderse incorporados en el alcance de la norma, puesto que obligaría a efectuar estas reuniones con todas las comunidades pertenecientes a una determinada etnia, aun cuando no presenten vínculos efectivos con el territorio en el que se emplaza un proyecto o con su área de influencia, lo que no es coherente con la finalidad de la norma..."*. La sola concepción de pertenencia del pueblo Kawésqar al maritorio que el Estado de Chile ha reconocido y que se indica claramente, tal cual se ha citado, obligaba a realizar estas reuniones con grupos humanos. La extensión del argumento al extremo que se pretende en el considerando citado, para contrarrestar lo que válidamente se afirmó por las comunidades reclamantes, no se comparte por este Ministro, toda vez que esta cosmovisión y pertenencia a un maritorio claramente acotado, en donde se encuentra inserto el seno Taraba, en parecer del redactor de esta prevención obliga a la realización de estas reuniones; criterio que deberá ponderarse para cada caso en particular, respecto de proyectos y territorios o maritorios diversos al que se refiere este fallo; puesto que cada situación en que se analice la necesidad de llevar a cabo estas reuniones, tendrá sus propias particularidades, no siendo procedente su descarte en base a un razonamiento como el que se esgrime por el voto de mayoría.
- 9) Que adicionalmente, y a diferencia de lo sostenido por el voto de mayoría, el haber omitido la celebración de reuniones con GHPPI, en concepto de este Ministro resulta ser -como ya se

adelantó- un vicio esencial de la evaluación ambiental del proyecto reclamado, que alcanzó a la Resolución Reclamada y generó perjuicio a las comunidades Reclamantes. Dicho perjuicio no puede únicamente interpretarse a la luz de la clasificación del tipo de acto administrativo y el régimen recursivo que de él deriva, sino que requiere que se interprete tomando en consideración la forma en que las comunidades reclamantes fueron afectadas por la comisión del referido vicio, durante la evaluación del proyecto. En efecto, estas fueron privadas del ejercicio oportuno de su derecho a opinión sobre el uso ancestral del referido territorio en un procedimiento especial dirigido a pueblos indígenas, manifestación por antonomasia del principio participativo que debe inspirar la acción estatal en la evaluación ambiental de proyectos, especialmente respecto de dicha población; en virtud de las disposiciones legales referidas en el Considerando cuarto de esta prevención. Tampoco pudieron emitir pronunciamiento sobre la medida propuesta inicialmente por el titular en la DIA, dirigida directamente a la comunidad Kawésqar.

- 10) Que, el haber sido privadas las comunidades reclamantes de este derecho, en concepto de este Ministro, resulta suficiente argumento para tener por configurado el perjuicio a que alude el art. 13 LBPA y, consecuentemente, la ilegalidad de la Resolución Reclamada. Dicho de otro modo, existiendo cercanía con el proyecto en los términos que sostiene quien redacta esta prevención, hacía nacer la obligación de llevar a cabo las reuniones con GHPPI. No llevarlas a cabo cumpliéndose los requisitos se constituyó en un vicio esencial que alcanza todo el resto del procedimiento; vicio que además anula todo el actuar, al haber causado un perjuicio a los derechos de las reclamantes. En efecto, sin tales reuniones, se les privó del derecho a manifestar tempranamente sus aprensiones, conforme a lo que dispone el Art. 86 del RSEIA. La obligación establecida en el art. 86 del RSEIA debe cumplirse en la oportunidad y para los fines previstos en el *iter* de la evaluación de impacto ambiental, si se verifican los requisitos para ello, como fue en este caso, en opinión de quien ha redactado esta prevención

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia la Ministra Sra. Sibel Villalobos Volpi, y las prevenciones, sus autores.

Rol N° 20-2019

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

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Francisco Pinilla Rodríguez.

En Valdivia, a veintisiete de enero de dos mil veintiuno, se anunció por el estado diario.