

MATERIA: Recurso de Protección

Ingreso: 21.431-2022

EN LO PRINCIPAL: Evacúa informe **OTROSÍ:** Téngase Presente

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN

██████████, abogada, en representación del Servicio de Evaluación Ambiental, en autos sobre Recurso de Protección, caratulados ██████████

██████████ Rol N° **21.431-2022** (vista conjunta rol 20.754-2022), a SS.I., respetuosamente digo:

Que, en la representación que invisto, mediante el presente acto, vengo en evacuar informe, al tenor del presente recurso, solicitando se rechace la acción de cautela de derechos fundamentales, de acuerdo a los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que se expondrán a continuación:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

1. ANTECEDENTES GENERALES

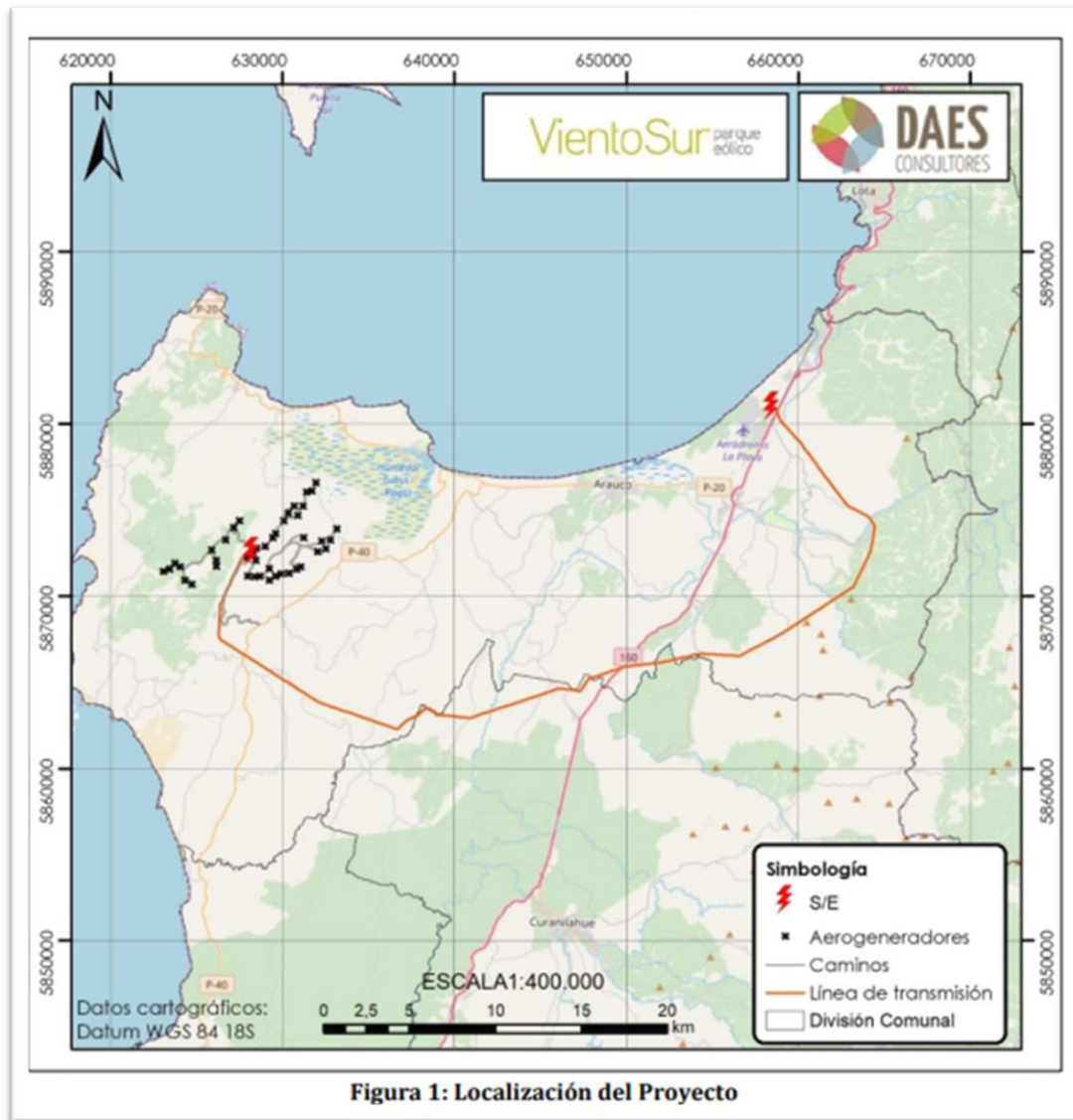
1.1. Del proyecto Parque Eólico Viento Sur

1. El proyecto se denomina “**Parque Eólico Viento Sur**” (en adelante, proyecto), del titular Arauco Bioenergía S.A.

2. En términos generales, el proyecto corresponde a la construcción y operación de un parque de generación de energía eólica compuesto por 43 aerogeneradores que en su conjunto permitirán contar con una potencia instalada del orden de 215 MW. La energía generada será derivada a una subestación eléctrica en alta tensión que forma parte del Proyecto (en adelante, subestación del PEVS), desde donde se conectará, a través de una Línea de Transmisión Eléctrica (en adelante, LTE) de una longitud aproximada de 60 km, con una tensión de 220 kV con una capacidad de transmisión del orden de 400 MVA, a la

Subestación de Planta Arauco para, finalmente, entregar la energía al Sistema Eléctrico Nacional (en adelante, SEN).

Lo anterior se ilustra en la siguiente figura. La cual ha sido extraída desde el Capítulo 1 del Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, EIA) del proyecto, y que corresponde a la figura 1. del referido capítulo.



A continuación, se presenta una descripción general de las fases del Proyecto:

- Fase de construcción: considera la corta, despeje y preparación de sitios, habilitación de frentes de trabajo, movimientos de tierra, construcción y mejoramiento de caminos, construcción y montaje de los aerogeneradores, de la LTE y de instalaciones de apoyo y puesta en servicio. Se considera que esta etapa tendrá una duración aproximada de 24 meses, considerando el trabajo simultáneo de la construcción de los aerogeneradores y la LTE.

- Fase de operación: contempla todas las actividades asociadas a la generación, transformación y transmisión de energía eléctrica, como también, las actividades de mantención de las obras, equipos e instalaciones. Esta etapa se considera como indefinida
- Fase de cierre y abandono: en el caso de un escenario de término, se procederá al cierre del Proyecto.

1.2. De la evaluación ambiental del proyecto

1. El proyecto ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA), a través de un EIA el que fue declarado admisible a través de la Resolución Exenta N° 060 de fecha 02 de abril de 2019.

2. El EIA fue derivado para su evaluación y revisión a 28 órganos del Estado con competencia ambiental, así como al Gobierno Regional y a la Ilustre Municipalidad de Coronel.

3. Los servicios que se excluyeron de participar en el proceso de evaluación correspondieron a Servicio Nacional de Pesca, Gobernación Marítima de Talcahuano, y Superintendencia de Electricidad y Combustibles Región del Biobío.

4. Con las observaciones formuladas por los OAECA, se elaboró por la Dirección Regional el SEA de la región del Biobío (en adelante, SEA Biobío), el Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones (en adelante, ICSARA), publicado en el expediente electrónico con el N° 90 de fecha 01 de julio de 2019.

5. Por su parte, el titular dio respuesta a dicho informe, a través de la Adenda, la cual fue publicada con fecha 27 de diciembre de 2019, siendo ella remitida para su revisión a todos los órganos del Estado que tuvieron observaciones a la DIA, como se indicó previamente.

6. Con fecha 07 de febrero de 2020, se emite con el N° 35 por el SEA Biobío, el ICSARA Complementario. Consecuentemente, el titular responde a dicho informe a través de la Adenda Complementaria publicada en el expediente electrónico del proyecto, con fecha 30 de junio de 2020. La citada Adenda, corresponde a la última instancia que tiene el titular de aclarar, rectificar y/o ampliar aspectos de la evaluación ambiental del proyecto.

7. Con fecha 03 de septiembre de 2020, se emite con el N° 145 por el SEA Biobío, el ICSARA excepcional. Consecuentemente, el titular responde a dicho informe a través de

la Adenda excepcional publicada en el expediente electrónico del proyecto, con fecha 30 de junio de 2021. La citada Adenda, corresponde a la última instancia que tiene el titular de aclarar, rectificar y/o ampliar aspectos de la evaluación ambiental del proyecto.

8. Posteriormente, con fecha 25 de febrero de 2022, el SEA región del Biobío, publica el Informe Consolidado de la evaluación (en adelante, ICE).

Por medio de su ICE el SEA, recomendó a la Comisión de Evaluación de la región del Biobío (en adelante, Comisión) , aprobar la DIA del Proyecto en atención a que éste: **i)** cumple con la normativa de carácter ambiental aplicable; **ii)** acredita el cumplimiento de los requisitos de carácter ambiental contenidos en los permisos ambientales sectoriales de otorgamiento de los Permisos Ambientales sectoriales de carácter mixto establecidos en los artículos 132, 138, 140, 142, 146, 148, 149, 156 y 160, todos del Reglamento del SEIA identificados en la sección 12 del referido documento; **iii)** ha propuesto medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas para hacerse cargo de los efectos, características o circunstancias generados por el proyecto, y **iv)** el Titular ha subsanado los errores, omisiones e inexactitudes planteados en cada uno de los ICSARA.

9. Finalmente la Comisión, resuelve aprobar el proyecto, según consta de la Resolución Exenta N° 202208101120 de fecha 10 de marzo de 2022 (en adelante, RCA del proyecto o acto recurrido, indistintamente).

2. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN DE AUTOS

Con fecha 27 de abril del presente, se interpone recurso de protección en contra del Servicio de Evaluación Ambiental, de la región del Biobío, por el abogado Horacio Morales Nancavil, a favor de la Comunidad Indígena Manuel Ignacio Ancán, comunidad representada por su presidente don David Huenteo Ancán, así como de cada uno de los asociados todos domiciliados en el Sector de Yani y en favor de la Comunidad Indígena Sucesión Quiñimil Pirul, representada por su presidente don José Gutiérrez Quiñimil, así como de cada uno de los asociados todos domiciliados en Sector Coilhue, sin número Comuna de Arauco.

Solicitan dejar sin efecto el acto recurrido, el cual corresponde a la Resolución Exenta N° 202208101120, de fecha 10 de marzo de 2022, que califica favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto, retrotraer el Proceso de Consulta Indígena (en adelante, PCPI) al estado de iniciarse uno nuevo, por emanar este de un procedimiento arbitrario e ilegal.

Indican que la resolución recurrida, correspondería al acto ilegal y arbitrario pues a su entender la consulta habría sido llevada a cabo sin dar cumplimiento a las exigencias elementales del derecho-deber de consulta indígena. Fundando su acción en los argumentos que, a continuación, se indican:

1. La Comunidad Indígena Sucesión Quiñimil Pirul, fue invitada a participar del PCPI, según consta de la Resolución Exenta N° 079/2019 del SEA (en adelante, RE N° 079/2019).
2. Respecto de la Comunidad indígena Manuela Ignacio Ancán, indican que en el Eltun Los Huapes, habría sido sepultada y tendría su descanso, una de sus fundadoras la Sra. Juana Ancán Canullanca, cuya descendencia integra la misma comunidad.
3. En este contexto, sostienen que al desarrollar el PCPI el SEA no habría realizado los esfuerzos necesarios y suficientes, con la finalidad de dar cumplimiento a la Buena Fe del proceso, y que resultarían ser apropiadas a las circunstancias, dados los efectos tanto de la pandemia como los estados de excepción que afectaron los derechos de movilidad y reunión en la provincia de Arauco.
4. Sostienen que de forma negligente la Comunidad Indígena MANUEL IGNACIO ANCAN y sus integrantes, habría sido excluida de participar en el proceso de consulta indígena (en adelante, PCPI).
5. Además, los recurrentes, cuestionan las medidas de Mitigación y Compensación propuestas en el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto, afirmando que estas no resultan apropiadas, por cuanto:
 - 5.1. Serían atentatorias al mapuche Kimün, o conocimiento mapuche, existiendo un antagonismo irreconciliable generado por la visión occidental.
 - 5.2. Agregan los recurrentes que las medidas propuestas y vinculadas con el Eltun Los Huapes, implicarían una transgresión al descanso de sus difuntos.
 - 5.3. Tampoco resulta apropiada la medida de relocalización de fauna y flora nativa, pues en los términos propuestos, se generaría una lesión irremediable con la naturaleza.
6. Finalmente, indican que no se habría dado cumplimiento a los requisitos de otorgamiento del Permiso Ambiental Sectorial (en adelante, PAS) contemplado en el artículo 131 del RSEIA.

II

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. ARGUMENTOS DE FORMA POR LOS CUALES EL RECURSO DE PROTECCIÓN DE AUTOS DEBE SER RECHAZADO

1.1.El Recurso de Protección no es la vía idónea para resolver las materias planteadas en el recurso

Lo primero que se debe tener en consideración es que los recurrentes pretenden que en virtud de este recurso de protección se conozca de una materia de índole técnico, ya que cuestionan la resolución que calificó ambientalmente favorable el Proyecto, su evaluación y PCPI llevado a cabo. Ello es relevante, pues todas ellas son materias cuya naturaleza no puede ser conocida mediante esta acción de naturaleza cautelar.

Por lo anterior, y en consideración a lo que se dirá a continuación, es que esta parte sostiene desde ya, que **la acción presentada debe ser rechazada**, dada la naturaleza cautelar del recurso de protección, éste no es el medio idóneo para debatir contenciosos administrativos de carácter ambiental, en atención a su contenido de carácter técnico y discrecional, por lo cual, tales asuntos exigen un procedimiento de lato conocimiento ajeno a la naturaleza del recurso de protección y al carácter breve procedimental que lo rige.

En efecto, de la lectura del texto del recurso, es posible establecer que las supuestas omisiones alegadas por los Recurrentes dicen relación con cuestiones eminentemente técnicas, vinculadas a la evaluación y calificación ambiental del Proyecto, así como respecto de la idoneidad de las medidas propuestas para hacerse cargo de los impactos que el proyecto generara, aspectos respecto de los cuales ya se han pronunciado los órganos sectoriales legalmente competentes, de conformidad a la legislación vigente en materia ambiental.

Así, es de la mayor relevancia resaltar que los Recurrentes buscan que, por medio de una acción de naturaleza cautelar, y que tiene una finalidad específica y concreta, esta Ilustrísima Corte de Apelaciones realice consideraciones técnicas y legales sobre cuestiones que, por cierto, han sido ya, abordadas adecuadamente en el procedimiento administrativo reglado que el legislador ha contemplado para la evaluación de impacto ambiental de proyectos.

Así, se refieren, por ejemplo, a que el “(...) *Proceso de Consulta Indígena (...)no ha cumplido con las exigencias más elementales del derecho-deber de consulta indígena*”. Cuestionan las medidas propuestas indicando que estas no son adecuadas para hacerse

cargo de los efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11 de la Ley N° 19.300.

En este contexto, es necesario hacer presente desde ya que la evaluación de estas materias y la revisión de una RCA está entregada únicamente a la autoridad administrativa especializada, existiendo medios de impugnación *ad-hoc*, desde el punto de vista administrativo y judicial.

A mayor abundamiento, en lo que respecta a la competencia de los tribunales de justicia en estas materias, esta se ha entregado específicamente a los Tribunales Ambientales el ámbito recursivo como control a la decisión administrativa, a través de la dictación de la Ley N°20.600, que crea los Tribunales Ambientales (en adelante la Ley N° 20.600).

Lo anterior, tiene sustento en la historia fidedigna de la Ley N° 20.600, donde la presidenta de las Comisiones Unidas de ambas Cámaras, Senadora Soledad ALVEAR, indicó que:

“(...) una de las dificultades que presenta el recurso de protección es que un mismo tribunal, con formación general, resuelve una gran variedad de materias. En cambio, agregó, si se crean tribunales ambientales—como es el propósito— se obtendrá que un grupo significativo de jueces y profesionales se irán especializando y podrían, por lo tanto, contar con mejores instrumentos sobre estas materias, de forma que las decisiones que vayan adoptando van a ser mejor fundamentadas e, incluso, podrían alcanzarse soluciones técnicamente mejor encaminadas que las alcanzadas a través del recurso de protección. Entonces, prosiguió, tanto desde el punto de vista del acceso a la justicia como desde la perspectiva de la especialización del tribunal, señalo que es más probable que el tribunal ambiental atienda de mejor forma los conflictos que se presenten en el ámbito medioambiental” (énfasis agregado).

Por su parte, la Excma. Corte Suprema, por medio de su reiterada jurisprudencia, ha establecido que la cautela de protección, en relación con la jurisdicción ambiental especializada, posee un carácter excepcional y, por lo tanto, la tutela de los derechos de los recurrentes en estas materias debe buscarse por la vía idónea establecida en la ley. Por tanto, todas las impugnaciones de legalidad contra actos administrativos de carácter ambiental deben presentarse en la sede que corresponde, es decir, ante los Ilustres Tribunales Ambientales.

En este orden de ideas, a continuación, durante la última década la jurisprudencia sostenida de la Corte Suprema confirma lo expuesto, respecto de acciones de protección que se interponen en contra de Resoluciones de Calificación Ambiental que autorizan el

funcionamiento proyectos o actividades, señalando que dicha acción no es la vía idónea de impugnación y que su contenido es de índole técnico. En este sentido, se han resuelto los casos (i) “Proyecto Inmobiliario Costa Laguna”, Rol Ingreso N°2.892-2014, en sentencia de fecha 29 de abril de 2014; (ii) “Proyecto Obras de Protección de Cauce CMCC”, Rol Ingreso N°22.461-2014, en sentencia de fecha 30 de octubre de 2014; (iii) “Proyecto Parque Eólico Tchamma”, Rol de ingreso N°1246-2014 acumulado con Ingreso N°1274-2014, sentencia de fecha de 10 de noviembre de 2014; (iv) “Proyecto Tramo Ferrocarril Santiago-Rancagua Express” Rol de Ingreso N°26198-2014, sentencia de fecha 29 de diciembre de 2014; (v) “Proyecto Pulpa Textil”, Rol de ingreso N° 10.640- 2015 sentencia de fecha 10 de noviembre de 2015; (vi) “Proyecto Centro Experimental de los Alimentos FTU Pargua”, Rol de Ingreso N° 44.037-2016 en sentencia de fecha 29 de noviembre de 2016; (vii) “Proyecto Terminal Cerros de Valparaíso TCVAl” Rol de ingreso N° 23.237-2019, sentencia de fecha 17 de diciembre de 2018; (viii) “Nuevas Líneas 2x220 Kv entre Parinacota y Cóndores”, Rol de Ingreso N°15053-2020 en sentencia de fecha 20 de febrero de 2020; (ix) “Sector de engorda de cerdos La Estrella N°1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8”, Rol de ingreso N° 29.992-2019 en sentencia de fecha 31 de julio de 2020; (x) “Proyecto de Urbanización y Loteo Lomas de Montemar 11B y 14 a 17”, Rol de ingreso N° 2980-2020 en sentencia de fecha 6 de agosto de 2020; (xi) “Proyecto Blanco”, Rol de ingreso N° 127.202-2020 de fecha 29 de junio de 2021; (xii) “Proyecto Subestación Metrenco 220/kk kV”, Rol de ingreso N° 18957-2021 en sentencia de fecha 15 de octubre de 2021 y (xiii) “Nuevo depósito de residuos industriales sólidos no peligrosos planta Constitución-Viñales”, Rol de ingreso N° 45145-2021.

En particular, cabe destacar las últimas sentencias de la Excma. Corte Suprema en esta materia, en causa Rol N°28861-2019, cuya sentencia de fecha 10 de agosto de 2020, en relación al proyecto “Loteo Antupirén 10.001”, confirma lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N°52900-2019), en cuanto dicha Corte señala que “se está frente a cuestiones contencioso administrativas de naturaleza ambiental que naturalmente exigen un procedimiento de lato conocimiento para su resolución, que escapa entonces de la naturaleza cautelar del presente recurso de protección, puesto que se requiere conocer de aspectos técnicos y legales cuya competencia para su evaluación se encuentra entregada por ley a la autoridad administrativa y que, además, su control jurisdiccional fue encomendado por el legislador a los tribunales ambientales creados por la Ley N°20.600” (considerando séptimo).

De esta manera, se evidencia que el criterio en torno a que el Recurso de Protección no es la vía idónea para impugnar actos administrativos de carácter ambiental ha sido aplicado de forma reiterada y sistemática por nuestro más alto tribunal de justicia.

Este criterio también se encuentra asentado en diversos fallos de las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones a lo largo del país, rechazando de Recursos Protección presentados en contra de actos administrativos relacionados a la evaluación ambiental de proyectos, donde precisamente se consigna que la acción cautelar no es la vía idónea para su impugnación. En efecto, las Ilustres Cortes de Apelaciones de nuestro país, han resuelto en este sentido en -al menos- los siguientes casos: (i) “Proyecto Terminal Marítimo GNL Talcahuano” resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol de ingreso N° 6170-2017 en sentencia de fecha 5 de septiembre de 2017; (ii) “Proyecto Galpón de Encalado de Lodos Cabrero” resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol de ingreso N° 9315-2017 en sentencia de fecha 27 de diciembre de 2017; (iii) “Proyecto Ampliación de 8 planteles destete-venta de cerdos y modificación de sistema de tratamiento sector La Estrella” resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol de ingreso N° 5802-2019 sentencia de fecha 11 de octubre de 2019; (iv) “Pequeña Central Hidroeléctrica Llancahuelo” resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol de ingreso N°6749-2019, sentencia de fecha 6 de marzo de 2020; (v) “Modificación Piscicultura Curarrehue, Aumento de Biomasa” resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Temuco, Roles de ingreso N°48-2020 y N°19-2020, sentencia de fecha 29 de julio de 2020; (vi) “Proyecto Inmobiliario Paihuén” resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Temuco, en fallo de fecha 11 de septiembre de 2020; (vii) Proyecto “Central Termoeléctrica Nueva Ventanas” resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol ingreso N°25834-2019 sentencia de fecha 18 de marzo de 2021; (viii) “Pincheira con Servicio de Evaluación Ambiental” resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol de ingreso N° 1103-2020, sentencia de fecha 16 de abril de 2021 (ix) “Nuevo Depósito de Residuos Industriales Sólidos No Peligrosos Planta Constitución-Viñales” resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Talca, Rol de ingreso 3684-2020, en sentencia de fecha 23 de junio de 2021; (x) “Parque Fotovoltaico Meli” resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol de ingreso 11472-2021 de fecha 25 de agosto de 2021; (xi) “Construcción Nuevo Puente Ferroviario Biobío”, resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol de ingreso 487-2021, de fecha 30 de agosto de 2021 y (xii) “Central Termoeléctrica Angamos”, resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol de ingreso 6930-2021, con fecha 31 de agosto de 2021; (xiii) “Condominio Santa Úrsula”, resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 93.199-2020 y Rol N° 93340-2020, con fecha 15 de septiembre de 2021; (xiv) "Agrupación Nelson Manríquez, Todos Juntos por Taltal",

resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°8495-2021, con fecha 21 de septiembre de 2021; (xv) “Solución Transitoria para la provisión de los servicios de Tratamiento y Disposición de Aguas Servidas para un sector de la Concesión Parcela 7-Lote B, Quilicura”, resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2426-2021, de fecha 18 de octubre de 2021; (xvi) “Producción de Sales Maricunga”, resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N°90.043-2020, de fecha 22 de octubre de 2021; “Extracción de Áridos Camino Viejo Pitrufquén K de fecha 15 de noviembre de 2021M 2”, Corte de Apelaciones de Temuco, causa Rol N°8897-2021; (xvii) “Planta de Proceso de Hidrolizados”, de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, causa Rol 1072-2021, de fecha 23 de noviembre de 2021; (xviii) “Proyecto Dominga”, Corte de Apelaciones de La Serena Rol 1.825-2021, de fecha 10 de diciembre de 2021; y (xix) “Sondajes Mineros de Prefactibilidad Las Tejas”, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°42824-202, de fecha 20 de diciembre 2021.

En particular, los últimos casos resueltos por esta I. Corte de Apelaciones han señalado lo siguiente:

- (i) La Sentencia de la Excma. Corte Suprema, por resolución de fecha 9 de enero de 2018, Rol Ingreso N°39.982-2017, que confirmó la decisión de la Sentencia de esta Ilustrísima Corte, de fecha 5 de septiembre de 2017, Rol N°6170-2017, la cual, declaró la inadmisibilidad del Recurso de Protección presentado en contra de la resolución de calificación ambiental del “Proyecto Terminal Marítimo GNL Talcahuano”, debido a que *“la presentación de los reclamantes, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad en materia ambiental, esto es, por los Tribunales Ambientales, tanto si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento de un derecho que haya de restablecerse mediante la acción de protección intentada”* (Considerando segundo).
- (ii) Igualmente, por sentencia de fecha 30 de agosto de 2021 de esta Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°487-2021, rechazó el recurso de protección, interpuesto en contra de la autorización ambiental que calificó ambientalmente favorable el proyecto “Construcción Nuevo Puente Ferroviario Biobío”. En esta sentencia, esta Ilma. Corte señaló que la *“acción constitucional no resulta ser la vía idónea para impugnar actos administrativos relativos a materias de carácter ambiental, atendido su contenido técnico y discrecional, como sucede en la especie, pues estos asuntos contencioso administrativos de naturaleza ambiental requieren de un proceso idóneo para*

solucionar pretensiones como la de la recurrente a fin de determinar si se generan los efectos adversos denunciados en el libelo del recurso, cuya competencia le corresponde a la autoridad administrativa, habiéndose encomendado su control jurisdiccional a los Tribunales Ambientales creados por la Ley N 20.600” (considerando séptimo).

Lo anterior cobra mayor relevancia en el caso de autos, **donde lo objetado es un supuesto acto ilegal, de modo que el asunto discutido no puede ser conocido por la vía cautelar del recurso de protección dado que su impugnación exige un procedimiento de lato conocimiento**, que contenga medios probatorios, de forma tal que permita probar que la decisión de la autoridad no es correcta, **como resulta ser el contencioso administrativo especial creado a través de la Ley N°20.600.**

Ahora bien, se debe hacer presente que lo planteado respecto a que el recurso de protección no sería la vía idónea no quiere decir que con ello se vulnere el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, solamente se pretende aclarar que la vía idónea de los recurrentes para reclamar sus pretensiones en materia ambiental, cuando aquello implica conocer materias de contenido discrecional, como en la especie, no se condice con el ejercicio de la presente acción de protección, debiendo utilizarse las vías especialmente establecidas para aquello. En definitiva, la jurisdicción común debe ser deferente hacia las decisiones de la jurisdicción especializada, en el entendido que allí se resguarda por vías jurisdiccionales idóneas y especiales las posibles vulneraciones de derechos de los ciudadanos.

De este análisis se colige que el recurso de protección no es el medio idóneo para debatir materias contenciosas administrativas de carácter ambiental, atendido el carácter técnico de estas últimas, por lo cual, de acuerdo a su competencia, tales asuntos deben ser conocidos por la judicatura creada especialmente para tal efecto, esto es, los Tribunales Ambientales, en un procedimiento de lato conocimiento, y por cierto, ajenos a la naturaleza cautelar del recurso de protección y al carácter breve y sumario del procedimiento que lo rige.

En razón de lo expuesto, se debe reiterar que materias como la de la especie no pueden ser discutidas en sede de protección, si consideramos la naturaleza cautelar de la misma, pues con ella se pretende que SS.I. establezca de la idoneidad del procedimiento llevado a cabo por el SEA, con la interposición de la acción constitucional los recurrentes buscan valerse incorrectamente de la vía más rápida a su juicio, para anular o dejar sin efecto el procedimiento de evaluación ambiental. Lo anterior, y conforme lo expuesto en nuestra jurisprudencia, atendido su contenido de carácter técnico y discrecional, por lo cual, tales

asuntos exigen un procedimiento de lato conocimiento ajeno a la naturaleza cautelar del recurso de protección y al carácter breve del procedimiento que lo rige, y que supone la existencia de derechos indubitados.

Es indudable, que las materias discutidas no son de naturaleza cautelar, no existiendo, en consecuencia, derechos conculcados, por tanto, el recurso debe ser rechazado.

1.2. Origen y naturaleza jurídica del recurso de protección

Todo lo previamente señalado, cobra mayor sentido al comprender la naturaleza jurídica del recurso de protección, de la cual se desprende que ésta no fue creada con el objeto de conocer derechos cuestionados, ni mucho menos materias de complejidad técnica, lo cual se analizará a continuación.

Como bien conoce SS. Ilustrísima, la acción constitucional presente en el artículo 20 de la Constitución Política de la Republica del año 1980, dispone que:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°,12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada” (énfasis agregado).

Esta acción constitucional ha sido entendida “como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que pueden experimentar como

*consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares*¹ (énfasis agregado).

Es mediante la mencionada acción cautelar que se buscó introducir a nuestra Carta Fundamental, un procedimiento judicial y de emergencia mediante el cual se proteja el legítimo ejercicio de un derecho constitucional determinado, **sin que se emita un pronunciamiento sobre el fondo del derecho ni su titularidad**, toda vez que, parte de la base de ser una instancia de protección de derechos indubitados.

En este orden de ideas cabe preguntarse si el recurso de protección es el medio idóneo para debatir contenciosos administrativos de carácter ambiental. Ante tal interrogante, es necesario considerar la naturaleza de urgencia cautelar que presenta el recurso de protección, en la cual difícilmente es posible conocer materias de contenido técnico, las cuales muchas veces conllevan la inexistencia de derechos indubitados, por lo cual, tales asuntos exigen un procedimiento de lato conocimiento ajenos a la naturaleza cautelar del recurso de protección, y al carácter breve y sumario del procedimiento que lo rige.

Lo señalado, concuerda con los supuestos de procedencia de la acción cautelar, que requieren la existencia de una afectación a cualquier sujeto activo de alguno de los derechos fundamentales protegidos por el recurso de protección, por medio de actos u omisiones, arbitrarios o ilegales, y que, como consecuencia de esta conducta ilegal o arbitraria, el sujeto activo se vea afectado sufriendo una perturbación o amenaza en su legítimo ejercicio de los derechos y garantías que enumera el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

En efecto, de los requisitos de procedencia de la acción cautelar, se vislumbra la necesidad **de estar ante una afectación de derechos indubitados, más no ante derechos cuestionados**, toda vez que éstos últimos requieren, como primer aspecto, un análisis de lato conocimiento sobre la existencia o no de tal derecho.

En este mismo sentido la doctrina nacional, entre ellos el profesor Emilio Pfeffer nos dice, a este respecto, que: “dada la naturaleza no contradictoria o bilateral y sumaria de este recurso, el ámbito de su aplicación se limita a aquellas actuaciones que deban repararse con prontitud, en las que simplemente se trate de mantener el statu quo vigente. En otras palabras, impedir que las partes se hagan justicia por sí mismas a través de conductas de

¹ NOGUEIRA, H., PFEFFER, E. y VERDUGO, M., Op. Cit. P. 338

facto que alteren el orden jurídico establecido. **De allí que se haya afirmado que la infracción debe ser patente, manifiesta, grave y palmariamente antijurídica**² (énfasis agregado).

Nuestra jurisprudencia ha estimado, en diversas materias, que el recurso de protección no es una instancia mediante la cual se busque debatir sobre la procedencia o no de un derecho, sino más bien busca cautelares derechos indubitados. En este sentido la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo unánime, en la causa Rol N° 97232-2015 (confirmada por la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol N° 47899 – 2016) resolvió que:

“La actuación de la SEREMI ha sido obligatoria pues fue legalmente requerida para emitir pronunciamiento, respecto de una cuestión que se encuentra dentro del marco de su competencia, pronunciamiento que además ha sido debidamente fundado, y para apreciar esto último basta con leer los oficios ordinarios reprochados, que entrega las razones de su parecer. Y al actuar, se reitera, lo hizo dentro del ámbito de sus legítimas atribuciones, de donde deviene su carencia de ilegalidad. La Dirección de Obras recurrida, por su parte, ha estado obligada a obedecer las instrucciones impartidas por la SEREMI, de tal modo que no tiene legitimación pasiva en la materia, y más aun conociendo su parecer favorable a quien recurre. Además, la materia que aborda el recurso, por su propia naturaleza, no puede ser debatida en el marco de la precariedad probatoria del procedimiento cautelar de protección, sino en un proceso de lato conocimiento. Además, y como se ha dicho, las recurrentes carecen de un derecho indubitado, pues el que enarbolan está en discusión, de lo que es prueba precisa la existencia de este recurso. Finalmente, no se ha afectado ninguna de las garantías constitucionales que invoca la recurrente, pues no se ha vulnerado la igualdad ante la ley, pues la SEREMI y la Dirección de Obras tienen facultades para actuar como lo hicieron, no han excedido el ámbito de la competencia que les entrega la ley, que son los puntos en que se funda la transgresión de esta garantía” (énfasis agregado).

² Pfeffer Urquiaga, Emilio (2000). “Naturaleza, Características Y Fines Del Recurso De Protección”. En: Acciones Constitucionales De Amparo Y Protección: Realidad Y Prospectiva En Chile Y América Latina Nogueira Alcalá, Humberto (Ed.), Talca: Editorial Universidad De Talca, P. 148.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha dispuesto, en sentencia de 9 de septiembre de 2014, Rol N° 2538-2014, que respecto al Recurso de Protección:

“[...] su naturaleza jurídica es la de una acción cautelar, para la defensa de derechos subjetivos concretos, que no es idónea para declarar derechos controvertidos, sino tan solo para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, en presencia de una acción u omisión arbitraria o ilegal, que amerita una solución urgente” (énfasis agregado).

A mayor abundamiento, todo lo dispuesto se ve reforzado al observar el Auto Acordado N° 94, del año 2015, que trata sobre la tramitación y fallo del recurso de protección, el cual no contempla un periodo de discusión ni de prueba, toda vez que, **se entiende que mediante esta acción cautelar no se discutirá sobre la existencia o no de un derecho.**

De lo señalado se desprende la naturaleza jurídica del recurso de protección, la cual responde a una acción cautelar que busca tutelar ciertos derechos fundamentales evidentemente transgredidos mediante un procedimiento de urgencia, teniendo aplicación ante los evidentes casos de vulneración de las garantías constitucionales conculcadas, más no busca determinar derechos cuestionados, los cuales deben ser analizados en un procedimiento de lato conocimiento.

En definitiva, no queda sino concluir que el recurso de protección no es una instancia de lato conocimiento mediante la cual pueda ser analizada la procedencia o improcedencia de un derecho, sino que tan sólo reviste la finalidad de cautelar un derecho indubitado, por lo cual las pretensiones de autos - no pueden ser conocida mediante un recurso de protección el cual es una instancia cautelar de urgencia que no contempla en su procedimiento la posibilidad de determinar la existencia de un derecho.

1.3. Las acciones establecidas en la Ley N° 20.600 proporcionan a los recurrentes tutela judicial efectiva

El hecho que el recurso de protección no sea la vía idónea para plantear asuntos como el suscitado en autos, no implica, aun cuando sean ellos terceros absolutos al procedimiento, vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, como además ellos lo pretender hacer valer. Para dar cuenta de aquello, se debe hacer presente a SS.I. que la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional implícito, constituido por un conjunto de garantías establecidas a favor de los sujetos, cuyo ámbito se extiende más allá del simple acceso a los tribunales de justicia, sino que dice relación con la posibilidad de ejercer la vía pertinente conforme a la normativa vigente.

Dicha garantía, se encuentra reconocida especialmente respecto de la Administración del Estado, en el artículo 38 de la CPR, el cual señala en su inciso segundo:

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, **podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley**, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”

En este orden de ideas, es preciso señalar que tal como nos recuerda el profesor Humberto Nogueira, el derecho a la tutela judicial efectiva, *“el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto ejercitable en todo caso, sino que dicho derecho debe ejercerse dentro del procedimiento legalmente establecido”* (énfasis agregado).³ De esta forma, el derecho a la tutela judicial efectiva, implica que los titulares de la referida garantía, ejerciten su acción de conformidad a la configuración que a su respecto le ha dado el legislador. En efecto, del precepto constitucional anteriormente citado, se observa que el Constituyente entregó al legislador un papel fundamental en el desarrollo, contenido y ámbito de aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva. Es al legislador a quien le corresponde, establecer legalmente los Tribunales (artículo 19 N° 3 inciso 4° y artículo 76 ambos de la CRP), determinando su organización y atribuciones que fueran necesarias para la pronta y efectiva administración de justicia (artículo 76 de la CPR). Este razonamiento, además, es coherente con lo sostenido la doctrina mayoritaria, siendo especialmente ilustrativo el trabajo del académico Andrés Bordalí, quien ha señala que:

“El derecho a la tutela judicial es un derecho de tipo prestacional que necesita de configuración legal [...]. No es por tanto el derecho a la tutela judicial un derecho absoluto que signifique siempre y en todo lugar la obligación de abrir las puertas de la jurisdicción al que reclama su intervención, tramitar el proceso y dictar sentencia definitiva sobre la pretensión deducida. La ley puede relativizar o condicionar el

³ Nogueira, Humberto (2009): “El Derecho De Acceso A La Jurisdicción Y Al Debido Proceso En El Bloque Constitucional De Derechos En Chile”, En: Nogueira, Humberto (Coord.), La Ciencia Del Derecho Procesal Constitucional, Instituto De Investigaciones Jurídicas De La Unam, Centro De Estudios Constitucionales De Chile, Universidad De Talca, P. 243.

*ejercicio del derecho a la tutela judicial en la medida que pueda predicarse razonabilidad o proporcionalidad en todo ello*⁴ (énfasis agregado).

En consecuencia, y dando cumplimiento a aquel mandato constitucional, el legislador dispuso, en el marco del Derecho Ambiental, un sistema especial de impugnación que tiene por finalidad garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva. Ello, por lo demás, se advierte del Mensaje Presidencial de la Ley N° 20.600, en el cual se señaló lo siguiente:

*“El Ejecutivo ha accedido a la creación de un Tribunal Ambiental, pero en el contexto de un acceso a una tutela judicial efectiva por parte de los ciudadanos en estas materias, de modo de no restringir su competencia sólo al control de las decisiones de la Superintendencia, sino que también ampliarlo a todo el contencioso de la Ley N° 19.300, permitiendo de ese modo, el igual acceso a la jurisdicción a todos los ciudadanos”*⁵ (énfasis agregado).

En una misma línea la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, en su fallo de fecha 12 de junio de 2014, Rol N° 124-2014, en su considerando 17° (confirmada por la Excelentísima Corte Suprema en la Causa Rol N° 16.603-2014, señaló lo siguiente:

“[...] dentro del contexto de la nueva institucionalidad ambiental, el recurso de protección reviste una acción de ‘ultima ratio’, por cuanto el legislador implementó una serie de acciones administrativas y judiciales, con medidas cautelares incluidas, para evaluar técnicamente las resoluciones de las Comisiones Regionales de Evaluación y para sancionar la implementación posterior de los proyectos. En efecto, para la primera evaluación de mérito técnico de las RCA se otorgó a todos los que hayan participado del periodo de evaluación el recurso de reclamación ante el Comité de Ministros con su correspondiente recurso al Tribunal Medio Ambiental correspondiente, y para los posibles riesgos o daños efectivos, se permite la denuncia la Superintendencia, la que incluye medidas cautelares desde el inicio del procedimiento de sanción” (énfasis añadido).

⁴ Bordalí, Andrés (2011), “Análisis Crítico De La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Sobre El Derecho A La Tutela Judicial”, En: Revista Chilena De Derecho, Vol. 38, N° 2, Pp. 329-330. En El Mismo Sentido, Cea, José Luis (2012), Derecho Constitucional Chileno, Tomo Ii, 2da Edición, Ediciones Universidad Católica De Chile, P. 171; Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio Y Nogueira, Humberto (1994), Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica De Chile, P. 222; Y García, Gonzalo Y Contreras, Pablo (2013), Op. Cit. Pp. 240-241,

⁵ Historia De La Ley N° 20.600, P. 10.

En definitiva, la Ley N° 20.600 establece un régimen completo de acciones judiciales en su artículo 17 y de medidas cautelares en su artículo 24 las que permiten tanto a los titulares de los proyectos evaluados, como a personas naturales o jurídicas que han sido parte de procesos de participación ciudadana, o a terceros absolutos, hacer valer pretensiones como las que se ventilan en el procedimiento de autos, ante una judicatura especializada a fin de que aquellas sean resueltas conforme a derecho, mediante resoluciones judiciales ejecutables en virtud de las facultades de imperio de que están dotados dichos tribunales.

Como señala el actual Contralor General de la República, dichas acciones procesales “(...) tienen como elemento en común que se trata de acciones impugnación o de revisión de actos de normas y actos administrativos, por lo que la competencia del tribunal es de naturaleza contencioso administrativo, la que solo se refiere a la facultad de examinar la legalidad de una norma o de un acto administrativo”.⁶

Asentado lo anterior, cabe señalar que la comunidad Indígena Manuel Ignacio Ancán, presento en contra de la RCA del Proyecto con fecha 11 de mayo una solicitud de Invaldación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N°19.880, cuyas pretensiones versan sobre las mismas materias planteadas en esta sede jurisdiccional.

Por lo tanto, se debió ejercer la vía de invaldación como vía idónea, lo cierto es que las materias objeto de este recurso serán conocidas y resultas por la Comisión, en el marco del procedimiento de Invaldación y, eventualmente, por el tercer Tribunal Ambiental en el caso de deducirse un recurso de reclamación judicial de conformidad a lo dispuesto en el artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600, con lo cual, de conocer SS.I. el fondo del asunto se podría dar que se dicte una sentencia que difiera de la que eventualmente dicte el Tribunal Ambiental al conocer de la reclamación judicial. Con lo anterior, se tendría que en el marco de un procedimiento de urgencia y de naturaleza cautelar se resuelva en un determinado sentido y en un procedimiento de lato conocimiento el órgano jurisdiccional especializado en la materia, para lo cual se integra de forma especial (dos abogados y un científico), resuelva en un sentido distinto, encontrándonos así con la existencia de vías paralelas y la dictación de sentencias contradictorias respecto de un mismo Proyecto y de iguales materias.

⁶ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos De Derecho Ambiental, Euv, Segunda Edición, 2014, Pág. 526.

Por lo tanto, a la luz de todo lo señalado, no queda sino concluir que con la interposición de la acción constitucional los recurrentes buscan valerse de una vía que no es la idónea para decidir medidas provisionales como las solicitadas, cuyos elementos de juicio y convicción para ser otorgadas, poseen un alto contenido técnico.

Sin perjuicio de lo anterior, posteriormente se demostrará que tanto la evaluación de impacto ambiental del proyecto, como el plan de medidas presentado en tal contexto, se hace cargo de forma apropiada de los efectos, características y circunstancias que el Proyecto generará, y, asimismo, que el PCPI llevado a cabo dio estricto cumplimiento a la normativa que le resulta aplicable.

2. ARGUMENTOS DE FONDO POR LOS CUALES EL RECURSO DE PROTECCIÓN DE AUTOS DEBE SER RECHAZADO

Sin perjuicio de la causal de improcedencia antes señalada y de lo que se indicará más adelante, es necesario destacar que en la evaluación ambiental del proyecto **Parque Eólico Viento Sur**, se dio cumplimiento a todas y cada una de las normas aplicables. Ello permitió al SEA Biobío, a la luz de lo dispuesto en el artículo 9 bis de la Ley N° 19.300 y 44 del RSEIA, recomendar la aprobación del proyecto a la Comisión de Evaluación de la región del Biobío.

En tal contexto, la Comisión de Evaluación respectiva a calificar ambientalmente favorable el proyecto, así mismo al momento de emitir el acto impugnado se consideraron todos los antecedentes existentes en el expediente de evaluación del proyecto.

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política, en su artículo 20°, el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos taxativamente en dicha disposición, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Consecuentemente, se ha resuelto que el recurso de protección requiere de los siguientes presupuestos o requisitos copulativos para darle lugar:

- (i) Una acción u omisión ilegal o arbitraria.

- (ii) Una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental de aquellos enumerados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.
- (iii) Relación de causa a efecto entre la acción u omisión ilegal o arbitraria y el agravio al derecho fundamental, en forma que dicha conculcación pueda considerarse como la consecuencia o resultado de aquel comportamiento antijurídico.

Es decir, ante la falta de cualquiera de los requisitos anteriormente indicados, SS.I. no debe dar lugar al recurso deducido. En consecuencia, ante la sola ilegalidad o arbitrariedad de una acción u omisión, o bien, la sola afectación de una garantía fundamental no procede acoger la acción de autos, pues los requisitos anteriormente indicados deben concurrir de forma copulativa y no disyuntivamente.

En efecto, en el caso de autos, los recurrentes fundan la acción de protección en las supuestas ilegales y arbitrariedades en que se habría incurrido al dictar la RCA del proyecto, producto de que, a su juicio: **a)** No se habría realizado un PCPI de buena fe, pues no se habría adecuado a las condiciones imperantes en dicho momento emergencia sanitaria por CODID-19. Adicionalmente, se arguye que se habría excluido a la Comunidad Indígena Manuel Ignacio Ancán del PCPI; **b)** Se sostiene que las medidas propuestas sobre relocalización de fauna de baja movilidad en categoría de conservación, así como aquellas asociadas al Eltun Los Huape, son impertinentes desde el punto de vista cultural; y, **c)** no se habrían presentado los requisitos del PAS 131 del Decreto Supremo N° 40/2012 (en adelante, RSEIA). Ahora bien –y según se desarrollará en lo sucesivo– no solo se demostrará que la evaluación ambiental del Proyecto se realizó conforme a lo establecido en la Ley N°19.300 y el RSEIA, sino que las alegaciones dan cuenta de un desconocimiento del SEIA y cómo debe llevarse a cabo el PCPI en el marco del SEIA, de las facultades del SEA y de circunstancias que no se ajustan a la realidad.

2.1. No existe actuar ilegal o arbitrario

El primero de los presupuestos para conceder la acción de protección, es que exista un acto u omisión contra el cual se recurre. En este caso, y según señala el libelo de los recurrentes, la protección se deduce en contra de la RCA del proyecto, toda vez que se habrían incurrido en su dictación en los vicios e ilegalidades señalados, convirtiéndolo por ello en uno de carácter arbitrario e ilegal.

En ese sentido, las recurrentes señalan que el PCPI desarrollado por el SEA, no ha cumplido con las exigencias más elementales del derecho-deber de Consulta Indígena, sostienen que

las medidas propuestas de mitigación y compensación resultan invasivas y poco atingentes con las personas, familias y su territorio, por cuanto son atentatorias al mapuche kimün, o conocimiento mapuche y, finalmente señalan que existiría un incumplimiento en la entrega de antecedentes del Permiso Ambiental Sectorial contenido en el Artículo N° 131 D.S. N° 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente

Como un primer aspecto, cabe tener presente qué es lo que se ha entendido por una acción u omisión ilegal o arbitraria. En efecto, como señala el destacado constitucionalista, HUMBERTO NOGUEIRA, “*La ilegalidad supone algo contrario a los preceptos legales, por tanto, ilícito. El acto o hecho jurídico para ser ilícito requiere una actividad y su concreción, aun cuando puede surgir también de una amenaza inminente de agresión al derecho. La ilegalidad autoriza la defensa del orden constitucional para restablecer el imperio del derecho, ya que la ilegalidad implica algo contrario a derecho*”⁷ En este contexto, la aplicación del criterio ilegalidad resulta bastante literal, **se requiere un actuar contrario a una norma jurídica**, como ha dicho nuestra jurisprudencia a propósito del recurso de protección: “*la existencia de ilegalidad conjuga tanto la idea de lo contrario a derecho, o, más técnicamente, el no respetarse o infringirse una norma jurídica*”⁸.

A su vez, el profesor CEA EGAÑA ha señalado que “al referirse a la conducta ilegal, el texto constitucional alude a lo que es contrario al derecho en sentido estricto o positivo, al ordenamiento jurídico oficial y vigente”.⁹

Por su parte, **la arbitrariedad implica una falta de racionalidad**, en palabras del autor anteriormente citado, Humberto Nogueira “*El acto u omisión debe ser arbitrario o ilegal,*

⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “*La Acción Constitucional De Protección En Chile Y La Acción Constitucional De Amparo En México*”. Ius Et Praxis[Online]. 2010, Vol.16, N.1 [Citado 2018-10-10], Pp. 219-286, Acápites Vii, Número 2. Disponible En: <https://Scielo.Conicyt.Cl/Scielo.Php?Script=Sci_Arttext&Pid=S0718-00122010000100009&Lng=Es&Nrm=Iso>.

⁸ Corte De Apelaciones De Coyhaique, Rol N° 28 -2006, De Fecha 21 De Febrero De 2007, Considerando 4°.

⁹ Cea Egaña, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo Ii; Página 669.

lo que significa que el acto u omisión debe ser contrario al ordenamiento jurídico o carecer de fundamento racional.”¹⁰

Luego, el destacado académico indica que “La arbitrariedad está dada por la falta de fundamento racional de un acto, cuando el acto se desarrolla por mero capricho, cuando hay falta de proporcionalidad entre el fin y los medios que se utilizan, cuando hay falta de hechos que justifiquen un proceder. También es arbitrario aquello que es ilegítimo, en la medida que la legitimidad implica un concepto más amplio que el de ilegalidad, ya que, como señala Néstor Sagüés, agrega un juicio de justificación de algo o de alguien, y ello ocurre cuando se conjugan tres condiciones: "que la conducta estudiada sea sustancialmente justa (justificación en función de valores), lícita (justificación por la legalidad), y socialmente aceptada (justificación social)”¹¹ (énfasis agregado).

Asimismo, nuestra jurisprudencia ha señalado que “**la existencia de un acto ilegal, esto es, contrario a la ley según la acepción contenida en el artículo 7 ° del Código Civil, o arbitrario, producto del mero capricho** de quién incurre en él, que provoque algunas de las situaciones que se han indicado y que afecten una o más de las garantías constitucionales protegidas”¹²

En definitiva, para ser procedente el recurso de protección de autos, debemos encontrarnos ante un acto u omisión, y éste debe ser contrario a la normativa o, falto de justificación racional, sino que más bien, obedezca al capricho de la administración.

Sin embargo, como bien se explicará enseguida, ninguno de los dos requisitos concurre en el caso de autos.

¹⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. “La Acción Constitucional De Protección En Chile Y La Acción Constitucional De Amparo En México”, Acápito Vii, Número 2, Ius Et Praxis[Online]. 2010, Vol.16, N.1 [Citado 2018-10-10], Pp.219-286.

Disponible En: <https://Scielo.Conicyt.Cl/Scielo.Php?Script=Sci_Arttext&Pid=S0718-00122010000100009&Lng=Es&Nrm=Iso>.

¹¹ Idem.

¹² Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 31 7-2006, de fecha 14 de febrero de 2007, Considerando Segundo.

2.2. De la correcta evaluación ambiental del proyecto lo cual determina la inexistencia de un acto omisión ilegal y arbitraria imputable al SEA

2.2.1. De la suficiencia del Plan de Medidas propuesto, y que permiten hacerse cargo de los impactos del artículo 11 letra b) de la Ley N°19.300, particularmente sobre la Fauna Silvestre en estado de conservación

- (i) De las alegaciones de los recurrentes

Sostienen los recurrentes, que uno de los vicios que afectarían el acto recurrido, corresponde a la circunstancia que las medidas asociadas al rescate y relocalización de Fauna de baja movilidad en categoría de conservación, desde el punto de vista cultural, resultan ser atentatorias al mapuche Kimün o conocimiento mapuche.

- (ii) Sobre el Impacto Significativo reconocido sobre fauna, denominado: Afectación/perturbación de fauna en categoría de conservación por obras de construcción

Tal como se indica en el punto 6.1. del ICE y el Considerando 5.1 de la RCA, debe hacerse presente a S.S.I. que **este impacto se consideró como significativo**. Lo anterior, dado que se estableció que en el área de influencia del proyecto existen especies de fauna que serán afectadas y que se encuentran en estado de conservación, en particular anfibios, reptiles y micromamíferos considerados de baja movilidad. Ello, por cuanto el proyecto contempla la alteración de lugares donde fue identificada presencia de especies de fauna en categoría de conservación, por corta de plantaciones o intervención de bosque nativo.

En consideración de lo anterior, se estableció como **medida de mitigación** un **Plan de rescate y relocalización de fauna de baja movilidad en categoría de conservación**, contenida en el Capítulo 8.1.1. del ICE y Considerando 7.1.1 de la RCA, con el fin de mitigar el impacto sobre el grupo de fauna en categoría de conservación (anfibios, reptiles y micromamíferos considerados de baja movilidad) mediante el rescate de los individuos de este grupo presentes en el área en que se ejecutarán las obras, relocalizándolas en ambientes similares.

Y, con la finalidad de asegurar la efectividad de la medida, se estableció un Plan de seguimiento de la misma según da cuenta el Capítulo 10.1.1. del ICE y Considerando 8.1.1. de la RCA, dicho seguimiento se llevará a cabo en las áreas definidas para la relocalización de las especies. Se debe destacar que las áreas donde se relocalizarán las especies de fauna serán aquellas especificadas en el PAS 146 del RSEIA, permiso respecto del cual el Servicio Agrícola y Ganadero (en adelante, SAG) durante la evaluación ambiental se

pronunció conforme. Por su parte, el ambiente de liberación de las especies será lo más cercano posible al sitio de captura, pero fuera del área de intervención del Proyecto.

Adicionalmente, durante la evaluación ambiental se indicó que se realizará una evaluación del éxito del mentado Plan de rescate y relocalización, con la finalidad de determinar la adaptación de los individuos relocalizados en términos de su sobrevivencia y su potencial efecto sobre los individuos residentes. El monitoreo se realizará como lo sugiere la Guía de Evaluación Ambiental: Componente Fauna Silvestre (SAG, 2012).

Tanto los resultados, así como el cumplimiento de las exigencias para dar cumplimiento a la medida como sus formas de control y seguimiento serán reportadas al SAG) y la Superintendencia de Medio Ambiente (en adelante, SMA).

En tal contexto, se observa una correcta evaluación de la medida, en tanto se satisfacen los criterios técnicos establecidos en la Guía de Evaluación Ambiental: Componente Fauna Silvestre (SAG, 2012).

Por lo tanto, contrariamente a lo señalado por los recurrentes, y según dan cuenta los antecedentes existentes en el expediente de evaluación ambiental, este impacto significativo fue debidamente evaluado estableciéndose una medida idónea y suficiente para hacer frente al mismo y, a su vez, monitoreos en todas las fases del proyecto para verificar que las variables ambientalmente evaluadas se comporten según lo proyectado.

Ahora bien, debemos hacer presente que, además, los recurrentes cuestionan la medida de rescate y relocalización, que se ha propuesto para hacerse cargo del impacto por Alteración a la fauna de baja movilidad, dado que estiman -erradamente- que esta afectaría su calidad de vida, por cuanto atentaría gravemente contra la significación cultural, ancestral y espiritual para las prácticas y ritos del mundo Mapuche. Al respecto, debemos señalar que ello, debe ser analizado a la luz de lo dispuesto en el inciso final del artículo 6 del RSEIA, esto es, para determinar si el proyecto genera impacto significativo en la calidad de vida, debe *“(...) ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en la letra a) del artículo 7.”* del RSEIA.

Sobre esto último, cabe dar cuenta de que tal análisis se realizará más adelante, para efectos de dar un orden lógico y sistemático al presente Informe, lo que nos permitirá establecer la efectividad que la calidad de vida de los recurrentes se vea afectada, de acuerdo a lo establecido en el literal a) del artículo 7 del RSEIA.

- (iii) Sobre el impacto no significativo denominado afectación de la Flora y Vegetación

En el Capítulo 6.2. del ICE y en el Considerando 6.2. de la RCA, se identifica en relación a este componente un impacto y, fundadamente, se estimó que no era significativo por cuanto se estableció que, **en virtud de las singularidades ambientales para el área de influencia del proyecto, no se afectará significativamente formaciones vegetales únicas o de baja representatividad nacional** -visto que no tales componentes y características no existen en el área de influencia-; **formaciones vegetales relictuales; formaciones vegetales remanentes; formaciones vegetales frágiles ni bosque nativo de preservación.** Asimismo, tampoco se afectarán **especies de distribución restringida o especies nativas cercanas a sus límites de distribución geográfica.**

En otras palabras, no concurre ninguna de las circunstancias de significancia establecidos en el artículo 6 del RSEIA, como bien se expuso precedentemente.

Adicionalmente, se estableció que para la ejecución del proyecto será necesaria la corta o despeje de bosque nativo de 1,3 ha, para ello se presentó en el marco del proceso de evaluación ambiental el plan de manejo corta y reforestación de bosques nativos para ejecutar obras civiles, según dispone el PAS del artículo 148 del RSEIA (en adelante, PAS 148), definiéndose que las especies a intervenir o tipo forestal corresponderá a roble-raulí-coihue, esclerófilo, siempreverde.

Durante el proceso de evaluación ambiental el titular del proyecto, realizo ajustes menores de trazado de tramos de caminos u otras, lo cual permitió descartar totalmente la afectación a especies protegidas que formen parte de bosque nativo, ajustes que también han contribuido a reducir la superficie total de bosque nativo a intervenir, respecto a la propuesta original del EIA.

Con todo, igualmente como compromiso ambiental voluntario frente al Impacto no significativo “Perdida Cobertura Vegetal” (ET-FV-02), se establecieron conforme se indica en el Capítulo 13 del ICE y la Tabla 11.3. de la RCA, los siguientes:

- (a) Enriquecimiento de naranjillos o *Citronella mucronata* en bosque nativo.
- (b) Enriquecimiento de *Berberis corallina* y *Ribes integrifolium* en bosque nativo
- (c) Plan Preventivo de Contingencias y Emergencias para la población de naranjillo *Citronella mucronata*.

(d) Protección individuos adultos de *Citronella mucronata*.

Por tanto, no cabe lugar a dudas, que este impacto fue debidamente evaluado, descartándose que genere efectos adversos significativos en base a los antecedentes y análisis presentados en el proceso de evaluación, no correspondiendo entonces la proposición de medidas al respecto. Acreditándose además el cumplimiento del referido PAS 148.

2.2.2. De la correcta evaluación de los impactos y medidas asociadas, en relación con el artículo 11 letra c) de la Ley N°19.300, y el detrimento de la conectividad de acceso al Eltún o Cementerio Los Huape

(i) De lo alegado por los recurrentes

Como se adelantó, los recurrentes alegan en relación con la eventual afectación a su calidad de vida, como consecuencia de las medidas propuestas por el proyecto para hacerse cargo de la afectación que genera sobre la fauna de baja movilidad en estado de conservación, así como también a propósito de las medidas propuestas y que se relacionan con el cementerio Eltun Los Huapes, indicando que en consideración a su relevancia histórica cultural y tradicional el Eltun Los Huapes y sus accesos no pueden ser intervenidos en ninguna forma. Agregando que “(...). *los caminos hacia el Eltun, son las vías por donde transitan los ngen, dueños tutelares, asociados al hábitat de este lugar, que resguardan diferentes aspectos de la espiritualidad mapuche y del proceso de muerte mapuche.*”

Sobre esto último, señalan que estas medidas intervendrían un lugar de significación relevante dentro de la cultura mapuche, que desde la perspectiva cosmogónica de las comunidades esto significaría una transgresión al descanso de sus difuntos.

Al respecto, lo primero que hay que señalar es que el solo hecho de alterar la fauna no implica la generación de un impacto sobre los sistemas de vida y calidad de los grupos humanos, sin perjuicio del análisis que se debe realizar a la luz de las circunstancias relacionadas con que tanto el legislador como el regulador ambiental han establecido para ello.

En tal sentido, sí se producirá, en abstracto, un impacto ambiental sobre los sistemas de vida y costumbres en la medida en que concurra alguna de las hipótesis del artículo 7 del RSEIA, es decir, cuando se produce reasentamiento de comunidades o se genera una

alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, las que son descritas en el mismo artículo¹³.

Sin embargo, como bien veremos a continuación, los impactos sobre el medio humano fueron debidamente analizados y calificados como se explicará a continuación.

(ii) Del reasentamiento de comunidades humanas

Respecto a un eventual reasentamiento de comunidades, el proyecto no considera generar efectos adversos significativos de esa naturaleza, tal como se detalla en la Tabla 6.2.3. del ICE y el considerando 6.3. de la RCA, por cuanto **no considera la reubicación de grupos humanos, así como tampoco la generación de efectos adversos sobre comunidades indígenas.**

Como bien se explica en el Capítulo 5.3.3. del capítulo 5 Línea de Base del EIA del proyecto, los terrenos que serán ocupados para el emplazamiento de las obras del Proyecto corresponden a zonas que, casi en su totalidad, son de propiedad del titular y/o de sus empresas relacionadas, **cuyos predios están deshabitados, sin infraestructura ni elementos que indiquen la presencia de grupos humanos.**

(iii) De la correcta evaluación de la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos

Luego, en relación con la alteración significativa de los sistemas de vida o costumbres de grupos humanos, dicha materia también fue analizada en el proceso de evaluación como bien se consiga en la Tabla 6.1.2. y 6.2.3. del ICE. Estableciéndose para cada caso lo siguiente:

iii.1. En relación con una supuesta intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural, sostienen los recurrentes que, desde su tradición cultural mapuche, no es aceptable la relocalización de la fauna y flora,

¹³ Artículo 7 del RSEIA dispone que constituyen una alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos las siguientes circunstancias: a) intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural; b) la obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento; c) la alteración al acceso o a la calidad de bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica; y, d) la dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitario, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo.

que estas medidas afectarían la significancia cultural, ancestral y espiritual para las prácticas y ritos del mundo mapuche.

Al respecto, y como se explica en el Capítulo 6.2.3. del ICE, esta materia fue analizada en el proceso evaluación descartándose de forma adecuada la generación de impacto significativo. Ello en atención a que durante el desarrollo de las actividades de terreno con la finalidad de elaboración de la línea de base de medio humano establecido en el Capítulo 3.9 del EIA, se identificó que en las áreas entorno al Proyecto se realizan actividades de recolección de recursos silvestres, tales como: frutos, hierbas y hongos.

En concreto, pudo acreditarse que la entidad más cercana a la zona de emplazamiento del Proyecto es la entidad de Raqui Alto, emplazada a más de 1,5 km de esta. Asimismo, se identificó la presencia de comunidad indígena a aproximadamente 1 km de la zona de aerogeneradores, quienes declaran realizar actividades de recolección con fines culturales durante la primavera de cada año. Se estableció también que en el área de influencia del proyecto, personas o grupos familiares de la Comunidad Indígena Los Huape, practican la recolección de nalkas y de otras especies vegetales (maqui, murtillas, flores de copihue u otros). En suma, se identificaron un total de 9 áreas de recolección tradicionales en el área de influencia a través de puntos de referencia. De estos lugares, seis se encuentran en predios del proyecto, a los cuales las personas y grupos de la comunidad acceden de manera tradicional, mientras que los otros dos lugares se encuentran en predios de terceros, estando uno ubicado en un Área de Restauración de bosque nativo.

En tal contexto, considerando las áreas de emplazamiento del proyecto, se estableció que tres de estas 6 áreas de recolección podrían relacionarse en algún grado con las partes, obras, o acciones del Proyecto, específicamente durante su fase de construcción y operación de la LTE, igualmente por la habilitación temporal de la planta de hormigón del Proyecto. Dichas tres áreas se encuentran en predios del proyecto a los que acceden cotidianamente los miembros de la comunidad, de manera que no se generaría restricción alguna al acceso a tales recursos para la realización de actividades de recolección.

Adicionalmente, si bien a partir del análisis de las figuras 98 y 99 de la Adenda, dos de las áreas podrían situarse en alguna extensión dentro de la franja de seguridad de la línea de transmisión, se acreditó que no existirá impedimento para la recolección por parte de los GHPPI y familias de la comunidad de Los Huape, dado que el Proyecto no intervendrá este tipo de vegetación que crece a ras de suelo y su crecimiento en altura no intercede con los conductores. La tercera área de recolección de nalkas se encuentra parcialmente en el área que se contempla para la instalación temporal de la planta de hormigón del Proyecto. En

Figura 100 del Adenda, se muestra el polígono aproximado del área de recolección y su relación con el polígono para la planta.

En consecuencia, se estableció que el emplazamiento de las partes, obras y acciones del Proyecto **no intervendrá o restringirá el acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional**, tales como uso medicinal, espiritual o cultural, toda vez que no se proyectan obras en los sitios de recolección, ni tampoco se restringirá el acceso a dichos sitios.

En este sentido, en la evaluación ambiental del Proyecto no se verificaron efectos adversos significativos sobre la calidad de vida de comunidades indígenas, en torno a la materia antes analizada.

iii.2. Por su parte, en relación a la *“obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento”*, asunto que no es reclamado la recurrente, el mismo Capítulo 6.2.3 del ICE y considerando 6.3 de la RCA, indica que la operación del Proyecto no generará una obstrucción o restricción de esta naturaleza como bien se detalla en el capítulo 3 del EIA.

iii.3. No hacen referencia los reclamantes a una posible *“la alteración al acceso o a la calidad de bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica”*, no obstante, ello debemos indicar que en el mismo Capítulo 6.2.3 del ICE y Considerando 6.3 de la RCA, se indica que la operación del Proyecto no generará una alteración de esta naturaleza como bien se detalla en el capítulo 3 del EIA.

iii.4. A su vez, en cuanto a *“la dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o cohesión social del grupo”*, tal como se indica en el Capítulo 6.1.2. del ICE y considerando 5.3 de la RCA, se consideró que a consecuencia de la ejecución de proyecto, **se generaría un impacto de carácter significativo, durante la fase de construcción del Proyecto**, específicamente, debido a las actividades de mejoramiento del camino y de transporte de piezas y partes de los equipos de aerogeneración, a realizar en el camino P-342, el cual conecta la Ruta P-40 con el acceso al proyecto y con el acceso al Cementerio Los Huape, Monumento Histórico reconocido y valorado por la comunidad indígena y no indígena. Por cuanto dichas, actividades pudieran restringir o acotar temporalmente el acceso a este monumento, y con ello, dificultar el ejercicio de manifestaciones o prácticas culturales de los grupos humanos presentes en el área de influencia.

Dicho impacto se definió como **“Detrimento en las condiciones conectividad para el acceso al Cementerio Los Huape” (MH-PO-01)**, y para hacerse cargo de él, se propuso

una medida de mitigación y de compensación idónea y adecuada, como se explicará enseguida.

2.2.3. De la correcta evaluación sobre la localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, susceptibles de ser afectados

(i) De las alegaciones de los recurrentes

Dada la importancia que reviste para los recurrentes, el descanso de sus difuntos ellos estiman que las medidas asociadas a la suspensión del tránsito en fechas especiales, no es adecuada, dado que el tránsito de camiones, maquinarias y otros elementos propios de la construcción, no pueden permitirse en ninguna fecha del año, pues con ello se alterara inevitablemente el descanso de los difuntos, atentando ello contra su tradición y cultura mapuche mortuoria.

En relación con la eventual afectación a poblaciones protegidas, tal como se indica en el Capítulo 6.1.4. del ICE y considerando 5.3 de la RCA, se consideró que, en el área de influencia del proyecto existen grupos humanos indígenas pertenecientes al Pueblo Mapuche. Lo que puede observarse en la figura 21 y 22 del Adenda, **las cuales muestran la ubicación Comunidades Indígenas en relación a Obras y Partes del proyecto.**

Dado que para su ejecución, el proyecto debe realizar el mejoramiento de caminos y transporte de sus piezas, se estableció que se afectará el desplazamiento de los grupos humanos hacia el cementerio ante lo cual, se determinó que el proyecto generara el impacto definido como **“Detrimiento en las condiciones conectividad para el acceso a sitios de relevancia cultural de poblaciones protegidas (Cod: VA-PP-01)** y para hacerse cargo de éste, se propuso una medida de mitigación y de compensación suficientes e idóneas, como se explicará a lo largo del siguiente acápite.

2.2.4. De la correcta evaluación de los impactos del artículo 11 letra f) de la Ley N°19.300 sobre alteración del patrimonio cultural

Durante la evaluación ambiental del proyecto, quedo establecido que si bien el proyecto, durante su fase de construcción desarrollara actividades de mejoramiento de caminos y transporte de partes del proyecto, en las proximidades del **Cementerio de Los Huape**, Monumento Histórico reconocido y valorado, por la comunidad indígena de Los Guapes y otras, como uno de los principales símbolos que otorga sentido de pertenencia e identidad mapuche a la comunidad. **Dichas actividades, en caso alguno implicarán la afectación física del lugar o sitio Cementerio Los Huape**, por lo cual se descartó la generación de impactos significativos sobre el sitio debido a la ejecución del proyecto.

En el Eltún o Cementerio Los Huape, se determinó durante el proceso de evaluación ambiental, que tienen lugar la realización de funerales celebrados tanto a personas indígenas como a no indígenas. Respecto de las primeras, estas son pertenecientes a las comunidades y sectores antes mencionados. Estas celebraciones no poseen el carácter colectivo de la festividad del “Día de Todos los Santos” del 1 de noviembre, restringiéndose al grupo familiar e invitados de la persona fallecida. De manera más privada, se realizan visitas por parte de familiares de personas enterradas en el Eltún, pero no se registra fechas colectivas u horarios de visitas.

Durante los últimos meses del año 2019, se registró la realización de asambleas o trewunes, organizadas por el Comité de Administración del Eltún o Cementerio Los Huape y otras actividades colectivas como limpiezas de tumbas, arreglo de rejas y similares en el sitio. Actualmente el cementerio cuenta con alrededor de 144 sepulturas identificables y se encuentra distribuido en tres sectores permanentes: el cementerio propiamente tal, un área anexada y un estacionamiento. Además de estos sectores, existirían dos puntos ceremoniales hacia el sur del cementerio, los que permitirían “honrar las tradiciones mapuches y otro punto sacro para quienes profesan la religión evangélica”, un aspecto común resultante “del sincretismo cultural y religioso experimentado por los residentes de las comunidades presentes en el sector”.

La situación irregular en la que se encontraba el mentado cementerio impulso la creación de un Comité de Administración durante el año 2019, con la finalidad de gestionar y poner en valor el sitio.

Asimismo, también en el marco de la evaluación se realizó una evaluación de las potenciales afectaciones que podría generar el proyecto en relación con los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos, incluido el Eltún Los Huepe.

Bajo dicho contexto, se descartó que partes, obras y/o acciones del proyecto generen afectación a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura o folclore de alguna comunidad o grupo humano, derivada de la proximidad y naturaleza de las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad, **considerando especialmente las referidas a los pueblos indígenas.** Lo anterior, dado que por una parte, se debe considerar que la totalidad de las partes del proyecto se **emplazaran en predios de propiedad de Celulosa Arauco,** según la figura N° 41 antes referida, y por otra, **las obras del Parque Eólico y su LTE no generarán impactos significativos,** pues, no se modificará o deteriorará en forma permanente construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto

histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural, **incluido el patrimonio cultural indígena.**

Consecuencia de lo anterior se concluyó que el proyecto no genera ni presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

2.2.5. De la suficiencia del Plan de Medidas propuesto, y que permiten hacerse cargo de los impactos generados por el proyecto.

De acuerdo con lo indicado en el acápite anterior, el proyecto generara impactos significativos, asociados a los dispuesto en los artículo 7 y 8 del RSEIA, al respecto se han propuesto medidas de mitigación y compensación, que permiten hacerse adecuadamente cargo de los impactos que el proyecto generará, los cuales se pasarán a exponer enseguida, para efectos de ilustrar a S.S. Iltma. acerca de su idoneidad y suficiencia.

- (i) Como medida de mitigación se propuso la “Suspensión de trabajos y de circulación de vehículos pesados en la vía P-342 que conecta con la P-40 con los Huape, en fechas especiales”

Esta se encuentra contenida en el Capítulo 8 del ICE y Considerando 7 de la RCA, se estableció, para hacerse cargo tanto del impacto las medidas, con el fin de mitigar el impacto sobre el detrimento de las **condiciones de conectividad vial** para acceder al Cementerio Los Huape.

La medida que fue cuestionada por los recurrentes, señalando que el tránsito de camiones, maquinarias y otros elementos propios de la construcción, no pueden permitirse en ninguna fecha del año, pues con ello se alterara inevitablemente el descanso de los difuntos.

No obstante, los cuestionamientos de los recurrentes el SEA Biobío estableció que la medida sí es apropiada y adecuada para mitigar los impactos reconocidos, asociados al detrimento en la conectividad y acceso al cementerio.

Al momento de analizar la pertinencia de la medida, se consideró que el impacto respecto del cual debe hacerse cargo se producirán, de acuerdo al artículo 7 del RSEIA, **por una extensión temporal limitada, pues se circunscribe únicamente a la fase de construcción, específicamente, al momento que se deba realizar el mejoramiento de los caminos, actividad que tendrá una corta duración de aproximadamente 3 meses,** y cuando sean transportadas las piezas de los aerogeneradores, por lo cual además estos camiones transitarán a una velocidad muy limitada, dado el sobredimensionamiento al cual estarán expuestos, actividad que producirá bloqueos temporales y locales en los sectores

de curvas cerradas, debido a que la longitud de los vehículos que portan las palas de los aerogeneradores requiere de todo el ancho del camino en los giros cerrados.

La medida permitirá de forma efectiva minimizar el impacto, considerando que el cementerio es utilizado para el desarrollo de prácticas culturales, como el día de Todos los Santos, la sepultura de sus familiares y miembros de la comunidad y, celebración de Wetripantu; por lo tanto, suspender las labores de trabajos en la vía de acceso al cementerio y el transporte de cargas sobredimensionadas en esos días, **permitirá minimizar e incluso evitar el detrimento de las condiciones de conectividad al cementerio** Además, de lo anterior la medida ha sido propuesta considerando el uso actual de la ruta, la cual permite acceder al Eltún Los Huape, tratándose **de un camino de ripio de acceso público existente, que actualmente se utiliza para variadas actividades** entre ellas, para el transporte de biomasa de las operaciones forestales y como vía de conexión de las comunidades que habitan en el sector.

La medida considerara las siguientes acciones para llevarla a cabo, las cuales fueron acordadas especialmente con la comunidad Yani Mapu Lafken, en el marco del PCPI llevado a cabo.

- a. Existirá un protocolo para cortejo fúnebre, fechas de relevancia cultural y conmemoraciones
- b. Existirá coordinación y comunicación para las fechas indicadas, durante la etapa de construcción del Proyecto, donde se necesite suspender las labores de mejoramiento y el transporte de carga en la vía P-342.
- c. Existirán campañas informativas a las casas de la localidad de El Huape, que habiten en el entorno de estas vías, con información relacionada con los trabajos en las vías y el transporte de carga sobredimensionada.
- d. Existirán paleteros y banderilleros que regularán el tránsito de vehículos, como en las curvas cerradas que deban transitar las cargas sobredimensionadas. Lo señalado, se acompañará con permisos y/o avisos, a la autoridad competente.
- e. Se instruirá a los contratistas de las obras sobre la suspensión de labores de mejoramiento del camino y de transporte de carga sobredimensionada en la vía P-342 durante las siguientes fechas: 31 de octubre y 1 de noviembre por el día de Todos los Santos; We Tripantu, entre el 21 y 24 de junio, y los días de cortejo fúnebre al cementerio.

- f. El titular asegurará una buena condición del camino de acceso al cementerio (ruta P-342) durante toda la fase de construcción del proyecto, velando por la disponibilidad de uso vehicular, así como el tránsito a pie.
- g. Como medio de verificación, el titular deberá mantener y enviar copia las comunidades usuarias de la ruta P-342 del documento que acredite la orden de suspensión de los trabajos.

Por lo anterior, **las alegaciones de los recurrentes en torno a dicha materia resultan carentes de sustento.**

Adicionalmente, se propuso una medida de compensación asociada al Elún o Cementerio Los Huape, como bien se expondrá enseguida.

- (ii) Como medida de compensación se propuso un “Proyecto de mejoramiento de infraestructura del Cementerio Los Huape”

Esta se encuentra contenida en el Capítulo 8.2.2. del ICE y Considerando 7.1.3 de la RCA, para hacerse cargo tanto del impacto **Detrimiento en las condiciones conectividad para el acceso al Cementerio Los Huape” (MH-PO-01).**

La finalidad de esta medida consiste en **desarrollar actividades de investigación antropológica sobre el cementerio y su vinculación con las comunidades** y, también la elaboración de material gráfico informativo, tales como: libros, videos, fotografías, dípticos, etc., que permitan dar a conocer y realzar la importancia de este Monumento Histórico. Ello en consideración al valor histórico y de importancia cultural para los miembros de las comunidades del sector. Esta medida no ha sido cuestionada por los recurrentes, por lo cual no nos referiremos a ella.

Además, como **medida de compensación** se propuso un “**Proyecto de potenciamiento del valor cultural del Cementerio Los Huape, cuyas especificaciones se definirán en conjunto con las comunidades**”, contenida en el Capítulo 8.3.2. del ICE y considerando 7.2.1. de la RCA, para hacerse cargo del impacto “Detrimiento en las condiciones conectividad para el acceso a sitios de relevancia cultural de poblaciones protegidas” (Cod: VA-PP-01)

La medida de “*mejoramiento de la Infraestructura*” del cementerio, ha sido particularmente cuestionada por los recurrentes, en especial en lo que dice con la intervención propuesta a los Chemamüll, cuestionando que se haya propuesto su construcción en un material diferente a madera y que la intervención en el monumento no cuenta con el PAS 131 del RSEIA.

Sobre la medida propuesta debemos indicar que se consideró que esta es apropiada, y cumpliría con la finalidad de la misma, es decir, **generar o producir un efecto positivo frente al impacto adverso establecido.**

Lo anterior, en consideración a que la medida fue presentada, desde sus inicios para ser **acordada con los miembros del Comité de Administración del Cementerio Los Huepe.** En este sentido, el proyecto que comprende la medida se indicó que tendría tres etapas: etapa de diagnóstico, etapa de diseño, y etapa de ejecución y entrega. Estableciéndose que las precisiones de la medida, sus finalidades específicas y mayores detalles de formas de implementación, plazos, lugares e indicadores de cumplimiento y verificación, se llevarían a cabo de forma participativa y colaborativa, siendo ellas especificadas en conjunto y durante las instancias de diálogo que se desarrollaran con las comunidades indígenas convocadas en el PCPI del proyecto.

De esta manera, no sería ni será posible especificar la implementación de la medida de compensación propuesta en concreto, sin la aquiescencia de las comunidades indígenas involucradas en la administración del Cementerio o Eltún Los Huape y el acuerdo de las mismas a nivel de detalle. **Por lo tanto, el eventual cambio o intervención que pudiera realizarse a los Chemamull, será acordado por las comunidades.**

Por su parte, en el marco del PCPI llevado a cabo, al momento de suscribir el protocolo de acuerdo final, la comunidad indígena Yani Mapu Lafquen señaló como propuesta que dentro de este programa de mejoramiento se incluiría la *“restauración de chemamunes: incorporación de simbología con **madera nativa**, correspondientes a dos parejas, una mayor y otra menor, orientadas a la salida del sol.”*, **lo cual fue acogido por el titular del proyecto.**

Por su parte, la Comunidad Indígena Quiñimil Pirul, en relación a la Reposición de Chemamull existente, no estuvo de acuerdo indicando que la reposición de Chemamull constituye una práctica propia del pueblo mapuche, por lo que, la intervención del titular no tendría pertinencia para estos efectos. Al respecto, resulta también pertinente poner de relieve que, precisamente por consideraciones como aquella, es que la medida fue establecida en el sentido que serán finalmente las **comunidades que administran el Cementerio, en conjunto, quienes establecerán el Proyecto de mejoramiento del Eltún Los Huape**, quienes decidirán el detalle del mismo.

En relación con el supuesto incumplimiento del PAS 131 del RSEIA, no es efectivo que exista incumplimiento de dicha normativa, a lo cual nos referiremos más adelante, particularmente en el *acápite II.2.4* de este Informe.

En consecuencia, de todo lo señalado, queda en evidencia que no es efectivo lo cuestionado por los recurrentes en torno a lo inadecuado de las medidas y que por otra parte, estas incumplan la legislación vigente, lo anterior, dado que la materia fue debidamente evaluada, dando cuenta que, el proyecto da cumplimiento a la normativa que le resulta aplicable en la especie y que, habiéndose identificándose un efecto significativo se estableció una correcta y apropiada medida de mitigación y compensación, resultando por tanto los cuestionamientos formulados por los recurrentes carentes de sustento técnico y jurídico, constando en el ICE y el expediente de evaluación los antecedentes que sustentan esta conclusión.

2.3. Sobre la correcta decisión de estimar como no aplicable la solicitud del Permiso Ambiental Sectorial (PAS) del artículo 131 del RSEIA

Los recurrentes afirman que la medida de compensación del proyecto denominada “Mejoramiento de infraestructura del Cementerio Los Huapes” implica una intervención en el Monumento Histórico Cementerio Eltun, por tanto, se deben presentar todos los antecedentes del Permiso Ambiental Sectorial (en adelante, PAS) del artículo 131 del RSEIA (en adelante, PAS 131).

En tal contexto, conviene señalar de modo preliminar que, según establece el mentado precepto, para realizar trabajos de conservación, reparación o restauración de Monumentos Históricos; para remover objetos que formen parte o pertenezcan a un Monumento Histórico; para destruir, transformar o reparar un Monumento Histórico, o hacer construcciones en sus alrededores; o para excavar o edificar si el Monumento Histórico fuere un lugar o sitio eriazos, se establece en los artículos 11 y 12 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales.

2.3.1. De la evaluación del PAS 131 en el marco del proceso de evaluación ambiental del proyecto

En relación a lo anterior, debemos indicar que efectivamente el titular propone, entre otras, la referida medida de compensación, “Proyecto de mejoramiento de infraestructura del Cementerio Los Huape”, a propósito del impacto ambiental significativo identificado como “Detrimiento en las condiciones conectividad para el acceso al Cementerio Los Huape (Cod: MH-PO-01)”, asociado a la fase de construcción del Proyecto.

Asentado aquello, cabe hacer presente que dicha propuesta se presenta por el titular en el Capítulo 11 del EIA, en tanto presenta los antecedentes del referido PAS. Sin embargo, se debe considerar que ella sería objeto del PCPI, de manera que la definición concreta del mejoramiento no se estableció en concreto, es decir, **no se establecieron acciones**

específicas algunas de intervención a parte alguna del referido Cementerio. Por ende, no existía –ni existe- certeza de que se producirá una intervención al Monumento Cementerio Los Huape, como se señalará hacia el final de este acápite.

En tal sentido, tal cuestión se advierte desde un inicio de la evaluación, por cuanto si bien cabe reconocer, que, inicialmente, al presentar el los antecedentes del PAS 131 en el EIA, no se acompañaron todos los antecedentes específicamente respecto a los requisitos indicados en los literales d), e) y f), justificando dicha ausencia, **en el hecho de que las acciones de mejoramiento serian acordadas con la comunidad en el ámbito de la PCPI, por lo cual no es posible presentar en el EIA los antecedentes técnicos específicos del proyecto del de mejoramiento de infraestructura y/equipamiento del cementerio.**

Enseguida, tanto en el ICSARA como en el ICSARA Complementario, se insiste en la presentación de los antecedentes del PAS 131. En efecto, en esta última instancia, se requiere en la pregunta 21, reiterado la observación del ICSARA, que se entregue el detalle de las acciones que contendría la medida de compensación “Proyecto de mejoramiento de infraestructura del Cementerio Los Huape”, de modo que esta quede firme y detallada para evaluar el modo concreto en que sería o no procedente el PAS 131.

Al respecto se indicó, respecto de estándar de la medida de compensación que, teniendo presente el estándar normativo que estas deben observar, la medida cumple lo indicado en el artículo 100 del RSEIA, **en tanto tiene por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente al efecto adverso identificado VA-PP-01 sobre el sitio Eltún o Cementerio Indígena Los Huape.**

Por otra parte, consta en el expediente de evaluación ambiental que se detallaría la medida de compensación ya referida, dentro del proceso de evaluación, en particular, respecto a precisiones de las medidas, finalidades específicas y mayores detalles de formas de implementación, plazos, lugares e indicadores de cumplimiento y verificación. Con todo, ello quedaba supeditado a que, en pos de contar con un método participativo y colaborativo, **que la medida de compensación “Proyecto de mejoramiento de infraestructura del Cementerio Los Huape”, se especifique durante las instancias de diálogo que se desarrollen con las comunidades indígenas convocadas en el PCPI del proyecto.**

Finalmente, si bien en el ICSARA Excepcional, a requerimiento del Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante, CMN) se insiste en la presentación de los requisitos del PAS 131 se reitera que para que ello pueda ocurrir, deben necesariamente definirse en

el marco del PCPI y, por consiguiente, considerando la participación de las Comunidades Indígenas correspondientes.

Adicionalmente, se debe tener presente que, una vez obtenida la RCA, se deberá tramitar de igual manera todos aquellos permisos pertinentes, incluido el permiso ante y obtener sectorialmente, ante el CMN, el permiso establecido en los artículos 11 y 12 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, de modo que las intervenciones sobre dicho Monumento Histórico sean debidamente evaluadas sectorialmente por el organismo competente a cargo del otorgamiento del permiso.

En tal sentido, respecto a la Adenda Excepcional el CMN, a través de su oficio ordinario N° 3503 del 3 de agosto de 2021 (en adelante, Ord. N°3.503/2021), se pronuncia sin hacer referencia expresa respecto del PAS 131, de su competencia.

En tal contexto, analizados todos los elementos de hecho y jurídicos antes reseñados, el SEA Biobío resuelve fundadamente a través del oficio Ord N° 2022080029 de fecha 4 de febrero de 2022, solicitar un pronunciamiento especial al CMN, en particular, sobre el PAS 131.

El CMN se pronuncia al efecto, a través de su oficio ordinario N° 212 del 24 de febrero de 2022 (en adelante, Ord N° 212/2022) indicando, en lo que interesa, que “(...) *durante la evaluación no se ha podido establecer que se efectuará una intervención directa al MH, y por tanto, la aplicabilidad del PAS N° 131.*” (Énfasis agregado).

En tal contexto, el CMN solo exige que una vez se definan las propuestas técnicas del proyecto de mejoramiento al Cementerio Los Huape sean resueltas en mesas técnicas de trabajo a ser establecidas entre las partes interesadas, y que **las medidas que resulten de dicho trabajo sean sometidas a la evaluación sectorial del CMN, según lo establecido en la Ley N° 17.288**, que Legisla sobre Monumentos Nacionales, debiendo establecerse plazos concretos para la realización de estas actividades, con el fin de ser fiscalizables por la Superintendencia de Medio Ambiente.

Por otra parte, se debe recordar que el artículo 11° de la Ley N° 17.288, señalan que los **MH quedan bajo el control y la supervigilancia del CMN** y todo trabajo de conservación, reparación y restauración de ellos, estará sujeto a su autorización previa. Luego, el artículo 12° indica que el **MH no podrá destruirse, transformarse o repararse, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del CMN.**” (Énfasis agregado).

En otras palabras, en relación a la última reseña realizada, se hace palmario que la decisión de la autoridad ambiental, sobre la base de un especial pronunciamiento del CMN sobre la aplicabilidad al proyecto del PAS 131, se ajusta a derecho, **en tanto no existen acciones del proyecto definidas que den cuenta de una intervención concreta al Monumento Histórico Cementerio Los Huapes.**

En razón de antes indicado, junto a la opinión del CMN, **se concluye que el PAS 131 no le resulta aplicable al proyecto**, quedando establecido en el Capítulo 12.2.1. del ICE y en el considerando 9.1.1. de la RCA que si bien inicialmente se consideró la aplicabilidad de este permiso al proyecto, por cuanto éste comprende, como una medida de compensación, la implementación de mejoras, en equipamiento y/o infraestructura de un Monumento Histórico, denominado Cementerio Los Huape. tras el análisis de este aspecto y sus implicancias en términos de consulta a pueblos indígenas, pudo concluirse su no aplicabilidad en esta instancia.

2.3.1. De la correcta decisión de la autoridad ambiental de estimar como no aplicable el PAS 131 al proyecto

Asentado el mérito de los argumentos señalados en el sub-acápito precedente, cabe señalar que la autoridad ambiental pudo arribar correctamente a la convicción de que se justifica que el detalle del mejoramiento del cementerio, **se acuerde y defina en una mesa técnica de trabajo compuesta por los grupos humanos que conforman el comité de administración del Eltun, en forma posterior a la RCA.** Por lo demás, así se establece en la medida Proyecto de mejoramiento de infraestructura del Cementerio Los Huape, quedo establecida en el considerando 7.1.3 de la RCA del proyecto.

En consecuencia, no se observan, en definitiva, antecedentes que den cuenta de la concurrencia de los presupuestos de procedencia del PAS 131 a la época de la evaluación y calificación ambiental del proyecto. Ello, **en tanto no existen acciones del proyecto definidas que den cuenta de una intervención concreta al Monumento Histórico Cementerio Los Huapes.**

A mayor abundamiento, y desde la perspectiva del cumplimiento de la normativa sectorial aplicable, debe tenerse igualmente presente que el proyecto no queda eximido de modo alguno del cumplimiento de esta. En efecto, la intervención del Eltún Los Huape, a través de un proyecto de mejoramiento de la infraestructura -que finalmente se traduce en una puesta en valor del mismo-, queda **sujeto al cumplimiento de toda la normativa ambiental que le aplique, en particular a la establecido en la Ley N° 17.288 y su reglamento**, y en esos términos quedó establecido en el Capítulo 11.2.23 del ICE y en la

tabla 10.27 del Considerando 10 de la RCA, en el capítulo de Normativa Ambiental Aplicable.

En consecuencia, atendido todo lo antes señalado, cabe sostener que las alegaciones realizadas por los recurrentes sobre incumplimiento al PAS 131 carecen de fundamento y deben ser desestimadas por S.S. Iltma.

2.4. El PCPI llevado a cabo en el marco de la evaluación ambiental del proyecto satisfizo el estándar técnico que establece el marco normativo aplicable

Atendida la circunstancia de que, en la especie, se verifican los presupuestos de procedencia de la apertura de un PCPI, en tanto se generan los efectos, características y circunstancias referidos a los literales c) y d) de la Ley N°19.300, en relación con lo dispuesto en el artículo 7 y 8 del RSEIA, se determinó por el SEA la procedencia de dar inicio a un PCPI, en el marco del procedimiento de evaluación ambiental del proyecto.

En este sentido, y con la finalidad de dar inicio a la PCPI se dictó la Resolución Exenta N° 079, de fecha 30 de septiembre de 2019 (en adelante, R.E. N°79/2019), por la cual la autoridad ambiental dispuso en su resuelvo N°1, precisamente dar inicio al PCPI con las siguientes Comunidades Indígenas: (i) Los Guapes, (ii) Kiñilco, (iii) Kudawfe Peñi, (iv) Locobe, (v) Yani Mapu Lakken y la (vi) Sucesión Quiñimil Pirun, todas de la comuna de Arauco. Posteriormente, la RE N° 79/2019, fue modificada por Resolución Exenta N°2020081015, de fecha 9 de junio de 2020 de la Dirección Regional del SEA Biobío, en el sentido de ampliar, el procedimiento de PCPI a la comunidad Indígena de Yani.

A continuación, se expondrán los antecedentes que llevarán a la convicción de S.S. Iltma., que el SEA de la Región ha dado pleno cumplimiento a la legislación vigente y a los principios que gobiernan el desarrollo de los procesos de Consulta Indígena en conformidad al Convenio N° 169 de la OIT.

Así mismo, se relatará como y porque, se resolvió dar inicio al PCPI, con las comunidades que indica la resolución exenta 079/2019 y sus posterior ampliación a la Comunidad Indígena de Yani.

En tal contexto, se dará también cuenta de la suficiencia y pertinencia de las actividades llevadas a cabo durante el PCPI, de modo de explicar en detalle que este proceso se realizó dando cumplimiento a las normas y estándares establecidos para su ejecución.

2.4.1. Del marco normativo o regulatorio de la Consulta Indígena en el SEIA

El Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹⁴, fue adoptado por la Conferencia General de la OIT en el año 1989 y aprobado por el Congreso Nacional de Chile en marzo del 2008, después de 17 años de tramitación, entrando en vigencia en Chile un año después, esto es el 15 de septiembre de 2009¹⁵.

Dicho Convenio, entre otras materias, establece el deber de consulta indígena para los Estados parte, señalando en el artículo 6, lo siguiente:

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”
(Énfasis agregado).

De acuerdo a lo anterior, el Convenio N° 169 establece el deber de los gobiernos de consultar a dichos pueblos, a través de sus organizaciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos directamente.

En relación a la consulta, la OIT ha señalado que ésta “debe considerarse una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos”¹⁶, y advierte que “el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta (...) es fundamental para garantizar la participación efectiva de

¹⁴ Promulgado Por Medio Del Decreto Supremo N° 236, De 2008, Del Ministerio De Relaciones Exteriores. Disponible En: [Http://www.bcn.cl/Lc/Tinterna/Tratados_Pdf/Dto-236.Pdf](http://www.bcn.cl/Lc/Tinterna/Tratados_Pdf/Dto-236.Pdf).

¹⁵ De Conformidad Con El Artículo 38, Párrafo 3 Del Convenio. Disponible Tramitación Del Tratado En Historia De La Ley. Biblioteca Del Congreso Nacional. Bcn: [Http://bcn.cl/13tsn](http://bcn.cl/13tsn)

¹⁶ Observación General Sobre El Convenio Núm. 169, 79ª Sesión, 2008, (Publicación 2009), Citada Por La Guía De Aplicación Del Convenio 2009, P. 59.

los pueblos indígenas en la toma de decisiones”¹⁷, dejando de manifiesto la interrelación que existe entre ambas disposiciones.

En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR 2004/75^a reunión, párrafo 3°, se señala que “(...) *la aplicabilidad y eficacia misma del Convenio en cualquier ordenamiento, dependerá de cómo se hace efectivo el mencionado artículo. No obstante, cada sistema jurídico las adoptará de acuerdo a su realidad legislativa e idiosincrasia, toda vez que el Convenio no impone un procedimiento, y deja la puerta abierta para un margen de apreciación en cada Estado. En efecto, en su artículo 34 se dice que “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”* (énfasis agregado).

La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. En efecto, en sentencia de fecha 01 de diciembre de 2010, en causa Rol N° 401-2010 de ésta la Iltma. Corte de Apelaciones, en relación a la aplicabilidad del Convenio 169 de la OIT, se ha señalado:

“Que, sin embargo, la aparición de un nuevo texto normativo no conlleva la primacía del mismo sobre el resto del ordenamiento jurídico, toda vez que habría que situarlo dentro del modelo sistémico que adopta nuestra organización jurídica. En la especie, de estimar que el Convenio 169 consigna un derecho de rango constitucional, ello no lo exime de someterse al método de resolución de colisión de derechos que nuestro ordenamiento jurídico contempla (...).”

En este sentido, la Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó, en causa Rol N° 26-2013 ha declarado en su Considerando 12° que:

“(...) el procedimiento de consulta, pese a que en la reglamentación del procedimiento de evaluación aún no se han dictado normas relativas a la oportunidad en que ésta deba efectuarse, sin embargo, atendido el carácter de instrumento internacional cuya aplicación debe efectuarse en armonía en relación a las restantes disposiciones de orden nacional que regulan la materia, ello en razón de las normas contenidas en los artículos 6 del propio Convenio 169 OIT,

¹⁷ El Informe 2010 De La Comisión De Expertos En Aplicación De Convenios Y Recomendaciones Examina De Manera Particular El Significado Y Los Alcances De La Consulta Indígena. Conferencia Internacional Del Trabajo, 100^a Reunión, 2011 Pp. 860 Disponible En: [Http://Bcn.Cl/3y17](http://Bcn.Cl/3y17)

además de las disposiciones contenidas en los artículos 5º, 6º y 7º de la Constitución Política de la República de Chile (...)”.

Así las cosas, **la Consulta Indígena no corresponde a una institución separada del resto del ordenamiento**, sino que viene a **complementar** la normativa indígena y, que guarda perfecta armonía con las normas del SEIA.

Efectivamente los principios que informan el SEIA son perfectamente conciliables con el Convenio N° 169, en el entendido que el artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 opera bajo la lógica que el derecho a consulta se hace exigible para el Estado, en el evento que la medida legislativa o administrativa produzca grados de afectación directa en las comunidades indígenas, **debiendo darse cumplimiento a los estándares que Convenio establece** y que pueden enmarcarse en que la Consulta Indígena exige que se lleve a cabo *“de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”*

En el marco de la evaluación de impacto ambiental, la materialización de la obligación de consulta indígena se encuentra en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley N° 19.300, y el artículo 85 del RSEIA.

De este modo, en conformidad al artículo 4 de la Ley N° 19.300, el SEA tiene el deber de diseñar y desarrollar un PCPI, por cuanto *“Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idioma, instituciones y tradiciones sociales y culturales, de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigente.”*

Por su parte, el inciso primero del artículo 85 del RSEIA, dispone:

*“Artículo 85.- Consulta a Pueblos Indígenas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que **el Proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas**, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que pueda participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera,*

el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto del Estudio de Impacto Ambiental”.

De esta manera, el PCPI procederá cuando dentro del área de influencia de un proyecto existe susceptibilidad de afectación directa sobre uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Esto, por cuanto, el propio Convenio N° 169 establece el deber de los gobiernos de consultar a dichos pueblos cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas **susceptibles de afectarlos directamente**.

Ahora bien, el Convenio N° 169 no establece los alcances del concepto “afectación directa”, pero éste si ha sido establecido dentro de nuestro ordenamiento interno. En efecto, el artículo 7 del Reglamento de Consulta Indígena entrega una fórmula para determinar la susceptibilidad de afectación directa, requiriéndose de “un impacto significativo y específico”, lo cual, en el 50 contexto del SEIA, ocurre en cuanto se generase alguno de los efectos del artículo 11 letra c), d) y e) de la Ley N°19.300. Así también se establece en el RSEIA, en el que la susceptibilidad de afectación directa es entendida como la generación, por parte del proyecto o actividad, de alguno de los impactos ambientales significativos dispuestos en el artículo 7, 8 y 10 del RSEIA.

En este contexto, se concluye de conformidad a lo señalado por el Instructivo N° 161116, de 24 de agosto de 2016, del Servicio de Evaluación Ambiental, sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, desde una perspectiva procedimental, el proceso de consulta indígena es una cuestión incidental del procedimiento administrativo de evaluación ambiental, desarrollado en los términos establecidos en el artículo 9 inciso final de la Ley N° 19.880, sobre bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado.

De lo señalado anteriormente, se evidencia que existirían dos procedimientos administrativos, uno de carácter principal y otro de carácter incidental, a saber: **(a)** La Evaluación de impacto ambiental, que tiene por objeto calificar ambientalmente un proyecto, certificando que éste cumple con las normativas ambientales que le son aplicables, que acreditó los requisitos ambientales de los permisos ambientales sectoriales que requiere y que justifica la inexistencia de impactos ambientales significativos o, en caso de que genere dichas circunstancias, que presenta medidas de mitigación, compensación y/o reparación adecuadas. Este procedimiento se inicia con la presentación de un Estudio o una Declaración de impacto Ambiental y concluye con la dictación de la Resolución de calificación Ambiental; **(b)** El PCPI, que puede ser iniciada de oficio o a

solicitud del Grupo Humano Perteneciente a Pueblos Indígenas, y se le dará inicio, en forma incidental al proceso de evaluación, cuando en el área de influencia del Proyecto existan Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas (“GHPPI”) susceptibles de ser afectados directamente, susceptibilidad que se configurará cuando el proyecto genere los efectos contenidos en los literales c), d), y f) del artículo 11 de la Ley N°19.300 (cuyos correlativos reglamentarios son los artículos 7, 8 y 10 del RSEIA y, en tanto exista además, susceptibilidad de afectación directa sobre los GHPPI. Concurriendo los requisitos antes referidos, entonces, se procedió a decretar un PCPI.

A mayor abundamiento, nuestra Corte Suprema en materia de procedencia de la consulta indígena entiende que: “en cuanto a la afectación directa, ya sea al territorio, formas de vida, vivienda, sitios de significación cultural, etc., debe ser explicitada fundadamente por los recurrentes. De lo contrario, se entiende que no existe tal afectación.

Así, queda de manifiesto en el fallo de la Corte Suprema, rol 1.602, de 8 de junio de 2012, considerando 5° y 6°:

“Quinto: Que tal como lo señalaran los diversos organismos con competencia ambiental que intervinieron en este procedimiento de evaluación, no es posible vislumbrar de qué manera este tendido eléctrico pueda provocar una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de los grupos reclamantes, puesto que no afecta viviendas, servicios, accesos o sitios de significación cultural, teniendo en consideración que el trazado en la comuna de Freire corresponde a una zona ya intervenida por un ex ramal ferroviario de propiedad de la Empresa de Ferrocarriles del Estado.

Sexto: Que la alegación de proximidad a población protegida tampoco es un criterio suficiente por sí mismo si no se ha justificado algún grado de afectación a aquélla. En la especie, no se ha explicitado ningún impacto concreto a las comunidades aledañas que pueda generar este proyecto. Es así como ninguno de los siete sitios de significación cultural que fueron catastrados en el proceso de evaluación se encuentran dentro del trazado de la línea, y el más cercano denominado “sitio de los caballos”, ubicado a una distancia de veinte metros del proyecto, se halla emplazado en un sector colindante a un camino público en que ya existen postes de

distribución de energía eléctrica, de modo que no se producirá un cambio relevante en la situación actual.”¹⁸ (Énfasis agregado).

En ese mismo sentido, la Corte Suprema ha reiterado dicha doctrina en los siguientes fallos: Rol N° 1602-2012, de 8 de junio de 2012; Rol N° 9889-2010, de 11 de abril de 2011; Rol N° 7079-2012, de 30 de noviembre de 2012; Rol N° 12457-2013, de 16 de enero de 2014; Rol N° 6427-2014, de 3 de abril de 2014 y; Rol N° 12450-2014, de 3 de septiembre de 2014, entre otros, de acuerdo la información que forma parte del informe de estudios de la Corte Suprema.

Así, la susceptibilidad de afectación directa es entendida como la generación, por parte del proyecto o actividad, de alguno de los impactos ambientales significativos dispuestos en el artículo 7, 8 y 10 del RSEIA, esto es, cuando se genera afectación a los sistemas de vida, uso y costumbres de la comunidad, localización próxima a población protegida (que requiere magnitud del impacto) y afectación al patrimonio cultural. En el caso del proyecto en análisis se determinaron los impactos significativos del artículo 7 y 8 del RSEIA.

2.4.2. Sobre la correcta realización del PCPI que se llevó a cabo durante la evaluación ambiental del proyecto

A continuación, me permito SS. Iltrma. exponer en detalle todos los antecedentes que obran en poder de la Administración a fin de que pueda apreciar todas las gestiones desplegadas por el SEA, en orden a crear instancias y espacios necesarios para desarrollar un diálogo genuino y concretar un correcto PCI del EIA del proyecto.

Como se indicó anteriormente, el proceso de consulta indígena se inició a través de la Resolución exenta N°079 del 30 de septiembre de 2019, en ella solo se consideraron a seis grupos, luego fue ampliada a la C.I. de Yani, a través de Resolución Exenta N°202081015 de fecha 9 de junio de 2020, ambas del SEA Biobío.

Por lo anterior, finalmente se resolvió iniciar dicho proceso de PCPI, con un total 7 comunidades todas integrantes del Comité Administrador del Eltun Los Huape, comuna de Arauco.

Las 7 comunidades indígenas que conforman el Comité son las siguientes:

¹⁸ Informe N° 62 De La Dirección De Estudios De La Corte Suprema.

1. Comunidad Indígena Los Huapes
2. Comunidad Indígena Quiñilco
3. Comunidad Indígena Kudawfe Peñi
4. Comunidad Indígena Locobe
5. Comunidad Indígena Yani Mapu Lafken
6. Sucesión Quiñimil Pirul
7. Comunidad Indígena Yani

Es importante señalar que sólo las Comunidades Indígenas Quiñilco, Yani Mapu Lafken y Kudawfe Peñi, **participaron ejerciendo su derecho, en el desarrollo del proceso y sus etapas**, decretándose de forma anticipada el término para las otras 4 comunidades indígenas, ya que pese a los esfuerzos realizados por el SEA Biobío, no se logró con ellas, concretar ninguna de las etapas correspondientes.

Se debe señalar que el referido PCPI fue iniciado por el SEA y realizado de manera independiente al proceso de Participación Ciudadana contemplado en el RSEIA y se desarrolló según las reglas y principios que gobiernan el derecho y deber general de consulta consagrado en el Convenio N°169 de la OIT, contemplando las etapas contenidas en el artículo 16 del Decreto Supremo N° 66, de 2013, que aprueba el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena.

El PCPI del proyecto tuvo una duración de 28 meses aproximadamente, si consideramos que se le dio inicio mediante la RE N° 79/2019 y se le puso término a través de la RE N° 202208101103, de fecha 24 de enero de 2022. Periodo en el cual **se desarrollaron actividades previas de comunicación y acercamiento** con los grupos humanos consultados, para luego proceder a la suscripción del respectivo Acuerdo Metodológico entre el Servicio de Evaluación Ambiental Región del Biobío y los GHPPI correspondientes, acto que dio inicio formal al proceso con cada Grupo Humano Indígena convocado.

Una vez finalizada la etapa de "diálogos y encuentros" del PCPI, con las comunidades participantes del proceso, se generó con cada una de ellas un Protocolo de Acuerdos Final (en adelante, PAF), el cual incorporó el consolidado de los distintos trabajos, propuestas, acuerdos y desacuerdos de todas las partes participantes. Estos documentos servirán de base para el establecimiento, complementación y ejecución de las medidas establecidas para hacerse cargo de los impactos ambientales del proyecto que afecten a los grupos

humanos, así como para el seguimiento de los compromisos del titular con las Comunidades, formando parte de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

2.4.2.1. De las actividades que se desarrollaron en el PCI del proyecto, según consta del expediente de Consulta Indígena del EIA del proyecto

Presentado a evaluación ambiental el EIA del proyecto, se llevó a cabo reunión en los términos indicados en el artículo 86 del RSEIA, dicha reunión fue celebrada con fecha 24 de abril de 2019, concurriendo a ella además de profesionales del SEA Biobío, el presidente de la Comunidad de los Guapes¹⁹.

Además, previo a dictar la resolución que da inicio al PCPI, se realizaron actividades de convocatoria, acercamiento e información a los Grupos Humanos Pertencientes a Pueblos Indígenas a ser consultados, se realizaron cuatro reuniones de forma previa al inicio de la PCPI, en las que se celebraron con fecha 26 de junio, 11 de julio, 25 de julio y 30 de julio todas del año 2019, según consta de sus actas 1, 2, 3 y 4 respectivamente.

Estas reuniones se llevaron a cabo con la finalidad de realizar un acercamiento hacia las comunidades, en consideración, que, en el EIA, se estableció que el proyecto generaría impactos significativos como consecuencia de las actividades de transporte de sus partes y mejoramiento de caminos, respecto de los componente medio humano y dimensión antropológica, los que corresponden como se indicó antes a **i) “Detrimiento en las condiciones conectividad para el acceso al Cementerio Los Huape” (MH-PO-01)** y **ii) “Detrimiento en las condiciones conectividad para el acceso a sitios de relevancia cultural de poblaciones protegidas (Cod: VA-PP-01)** referido también al “Eltun” Cementerio Los Huape.

En las reuniones de los días 11 y 30 de julio de 2019, profesionales del SEA de la Dirección Regional del Biobío se reunieron con el Comité Administrador del Cementerio Los Huape, con la finalidad de solicitar aclarar información respecto a los GHPPI vinculados al sitio “Eltun” cementerio Los Huape, en relación con lo informado por el Titular. Informándose, dicha oportunidad que existen GHPPI que sólo visitan este Eltun y otros que además son parte de su comité. Respecto a estas últimas, se indicó que quienes forman parte de la

¹⁹ Acta De La Reunión Se Encuentra Disponible En El Siguiete Link: https://seia.sea.gob.cl/Expediente/Expedientesevaluacion.Php?Modo=Ficha&Id_Expediente=2142831870#-1

administración del cementerio son las comunidades indígenas Los Guapes (GHPPI señalado explícitamente por el Titular como afectado por el Proyecto), Kiñilco, Kudawfe Peñi, Locobe, Yani Mapu Lafken y la Sucesión Quiñimil Pirul. Lo anterior consta en el acta respectiva, que forma parte del expediente del proceso de evaluación del Proyecto.

En ese marco, de acuerdo a los antecedentes del EIA y a la información contenida en las actas levantadas por el SEA, antes descritas, así como la información presentada en la adenda del proyecto, se reconoce en definitiva la alteración significativa sobre los sistemas de vida y costumbres de los GHPPI, dado el detrimento en las condiciones de conectividad para el acceso al Cementerio Los Huape, como consecuencia de la actividad de mejoramiento de caminos y transporte de partes del proyecto.

En tal contexto, se dictó la RE N°079/2019, que decreta el inicio de PCPI del proyecto. Según consta en la mentada resolución, **se determinó al Comité Administrador del Eltún Los Huapes, como la organización representativa para llevar adelante el PCPI, dada la gestión cultural que ha desarrollado en relación al referido Eltún.**

En otras palabras, se estimó como organización representativa a dicha entidad, en tanto se ha acreditado que esta **representa los intereses de las comunidades del sector en torno a la recuperación del Eltún**, realizando diversas gestiones para que este sitio mantenga su significado cultural para los GHPPI del área de influencia del Proyecto. Lo anterior en atención a lo que a continuación se indica.

Con fecha 27 de diciembre de 2019, (posterior a la RE N° 079/2019) y en respuesta al ICSARA de fecha 1 de julio de 2019, el titular ingresa la respectiva Adenda, en la cual indica en la **respuesta 62** que, “(...) durante el año 2018, estas comunidades llevaron a cabo un proceso de constitución de una orgánica que los representara en la gestión y administración del Eltún o Cementerio Indígena Los Huape, conformando así a principios del año 2019 la organización llamada Comité de Administración de Eltún Los Huape. Las seis comunidades indígenas que conforman el Comité son las siguientes: (i) Comunidad Indígena Los Huapes; (ii) Comunidad Indígena Quiñilco; (iii) Comunidad Indígena Kudawfe Peñi; (iv) Comunidad Indígena Locobe; (v) Comunidad Indígena Yani Mapu Lafken; y (vi) Sucesión Quiñimil Pirul.

En tal contexto, en el 4.3.3.2 del Capítulo 3.9 del EIA relativo a la caracterización de la localidad y Comunidad Indígena Los Huape, se reitera que corresponde a un lugar sagrado para las comunidades y personas indígenas de los sectores mencionados y al que se vinculan en su gestión y administración seis comunidades indígenas (Los Huapes,

Quiñiquilco, Kudawfe Peñi, Yani Mapu Lafquén, Locobe y Sucesión Quirimil Pirul), organizadas en el Comité de Administración de Eltún Los Huape.

En el punto B.1. de la citada respuesta, el titular indica que actualmente el Eltún está en uso y que *“fue parte de una campaña y gestión de puesta en valor oficial por las comunidades indígenas (CI) Quiñiquilco, Kudawfe Peñi y Yani Mapu Lafken, quienes lo inscriben bajo la Ley de Monumentos Nacionales, sumándose como parte de su cuidado y administración las CI Los Huapes, Locobe, Yani y asociación indígena Sucesión Quiñimil Pirul (...). (Énfasis agregado).*

Al respecto, cabe señalar que durante el reciente año se conforma oficialmente el Comité del Eltún los Huapes, para lo cual **se invitó a participar a todas las comunidades indígenas que tuvieran a familiares y ancestros sepultados en este cementerio.** Lo anterior tiene como principal referencia una **entrevista realizada al presidente de la Comunidad Indígena Los Huapes, incluida en el Acápito 5.2 del Anexo 20 de la Adenda.**

Recibidos estos antecedentes, respecto a la relación de los GHPPI del área de influencia del Proyecto con el Eltun Los Huape, y con la finalidad de profundizar en estos, se recurrió a revisar los antecedentes del procedimiento de evaluación ambiental del proyecto “Parque Eólico Vientos del Pacífico” (actualmente en evaluación desde el 30 de octubre de 2018) en los cuales se indica que el Comité Administrador del Eltun Los Huape forma parte de su área de influencia, y tanto en su EIA como Adenda se ha abordado también la composición y constitución de esta organización. En esta línea, en el Acápito B.4 de la respuesta 10 de la Adenda del citado proyecto, se indica que las comunidades cercanas al Cementerio han sido parte de un proceso de puesta en valor del sitio y fortalecimiento de la organización e identidad mapuche. Resultado de lo anterior es la declaratoria del sitio como Monumento Nacional, lo cual ha revitalizado el territorio a través del reconocimiento de los distintos linajes presentes en él, como las familias *“Yaupe, Vilo, Licancura, Ancán, Millán, Pirul, Quñimil, Huenchuman, Antileo, Huenumilla; Mariman, Marican y Lincopi.”*

Adicionalmente, y como forma de complementar el análisis y la información entregada por el titular del proyecto, el SEA realizó la **revisión bibliográfica de la tesis para optar al título de antropóloga de doña Makarena Vargas Garai**, en dicho documento se destaca la importancia de la labor cultural de aquellas **organizaciones que forman parte del Comité Administrador del Eltun Los Huape**, relatando el proceso de recuperación y puesta en valor del Eltun, a través de las gestiones realizadas por las comunidades indígenas Quiñiquilco, Kudawfe Peñi, Yani Mapu Lafken y Locobe ante Forestal Arauco

(propietarios iniciales del terreno del Cementerio), CONADI y el CMN, donde el actual presidente del comité tuvo un rol central, lo que se observa en el decreto que declara monumento nacional al Cementerio Los Huape, en el año 2011, al señalarlo como una de las dos personas que solicitaron este reconocimiento.

Por lo antes indicado, y en atención a que el impacto significativo que se determinó generaría el proyecto, tiene relación directa con el Eltun Los Huape, **se resolvió realizar el procedimiento de PCPI con las comunidades que conforman el comité de administración y gestión cultural del sitio**, por cuanto es precisamente la finalidad que con las medidas propuestas se persigue, esto es hacerse cargo de los impactos generados por el proyecto, en su fase de construcción y que corresponden a: i) Detrimento en las condiciones de conectividad para el acceso al Cementerio Los Huape (Cod: MH-PO-01); y ii) Detrimento en las condiciones conectividad para el acceso a sitios de relevancia cultural de poblaciones protegidas (VA-PP-01).

En este orden de ideas, no es efectivo lo afirmado por los recurrentes en torno a que habrían sido excluidos del PCPI, de forma arbitraria o por el mero hecho de incluir previamente a otra comunidad que en su denominación consigna la palabra “Yani”, pues como hemos indicado en los párrafos anteriores se determinó la realización del PCPI con las comunidades que integran el Comité de Administración del cementerio Los Huape, dada la gestión por ellos, hasta la fecha llevada a cabo en torno al referido sitio.

La ampliación del PCPI a la Comunidad Indígena Yani, responde precisamente a dicho razonamiento, puesto que el titular al presentar su adenda, señala en el Acápito B1 de la respuesta a la pregunta 62 entre otros aspectos señala que *“...el Eltun está en uso y que fue parte de una campaña y gestión de puesta en valor oficial por las comunidades indígenas (CI) Quiñiquilco, Küdawfe Peñi y Yani Mapu Lafken, quienes lo inscriben bajo la Ley de Monumentos Nacionales, sumándose como parte de su cuidado y administración las CI Los Huapes, Locobe, Yani y asociación indígena Sucesión Quiñimil Pirul (...). Agregando además que, durante el reciente año 2019 “... se conforma oficialmente el Comité del Eltún los Huapes, para lo cual se invitó a participar, a todas las comunidades indígenas que tuvieran a familiares y ancestros sepultados en este cementerio”*.

Ante tales afirmaciones de los recurrentes, debemos establecer que ellas corresponden a suposiciones o creencias, más aún si se considerara que ellos no solicitaron al SEA ser incorporados al PCPI, pues teniendo conocimiento que esté se llevaba a cabo tampoco presentaron a la autoridad los antecedentes que hoy hacen valer como fundamentos de su acción.

- (i) Dictación de la resolución exenta N°2020081015 de fecha 9 de junio de 2020, a través de la cual se resuelve ampliar la RE N° 079/2019, que decreta el inicio de PCI en el EIA del proyecto “Parque Eólico Viento Sur”.
- (ii) Generación y suscripción de acuerdos metodológicos, documento que tiene como objetivo adoptar un acuerdo respecto de la forma o metodología en que se desarrollará el Proceso de Consulta a Pueblos Indígenas con las comunidades que integran el comité de administración.²⁰
- (iii) Contratación de Asesores para las Comunidades que lo solicitaron. Ello con la finalidad que las comunidades pueden participar de forma efectiva en igualdad de condiciones. Las asesorías especializadas contratadas por el SEA, correspondieron a Asesoría Jurídica, Asesoría Socioambiental, Asesoría Antropológica, asesoría Arqueológica y asesoría Intercultural.²¹
- (iv) **Protocolo de Acuerdo Final de la Consulta**: el documento oficial en donde se registraron todos los trabajos, propuestas, resultados, acuerdos y desacuerdos producto de este Proceso de Consulta Indígena. El cual fue suscrito por el SEA y los grupos humanos indígenas participantes y que corresponden a:
 - (a) Comunidad Indígena Quiñiquilco, suscrito con fecha con 19 de enero de 2022. Ejerciendo su derecho a consulta, la comunidad participo del PCPI, presentando contrapropuestas a las medidas propuestas por el titular. Finalmente, **la comunidad accedió a suscribir un protocolo de acuerdo final**, el cual contiene acuerdos parciales sobre las medidas propuestas. En el PAF además la comunidad realizo una declaración en la cual consigno su desacuerdo con el proyecto.
 - (b) Comunidad Indígena Yani Mapu Lafken, suscrito con fecha 22 de octubre de 2020. Ejerciendo su derecho a consulta, la comunidad participó del PCPI, presentando contrapropuestas a las medidas propuestas por el titular. La comunidad accedió a suscribir un protocolo de acuerdo final,

²⁰ El Detalle De Las Actividades Puede Revisarse En El Documento Informe Final De La Pcpí Del Eia Vientos Del Pacífico.
https://seia.sea.gob.cl/archivos/2022/02/28/informe_final_pcpí_pevs_firmado.pdf

²¹ Ídem

el cual contiene acuerdos parciales sobre las medidas propuestas. En el PAF además la comunidad realizó una declaración en la cual consigno que sin perjuicio de su pronunciamiento respecto de las medidas estas deberán al momento de sus realización considerar el aporte que cada uno de los grupos en consulta, pudiendo variar dichas medidas en la forma de su realización según lo que éstos grupos puedan indicar.

(c) Comunidad Indígena Kudawfe Peñi, suscrito con fecha 17 de febrero de 2022. Ejerciendo su derecho a consulta, la comunidad participo del PCPI,

En suma, es dable sostener que se determinó la realización del PCPI con las comunidades que integran el Comité de Administración del cementerio Los Huape, dada la gestión por ellos, hasta la fecha llevada a cabo en torno al referido sitio y su vinculación histórico como forma de organización representativa de los GHPPI cuyo objeto de interés es revalorar el Eltún o Cementerio Los Huape.

En tal contexto, a continuación se dará cuenta de los motivos que llevaron a poner término anticipado al PCPI respecto de determinadas Comunidades Indígenas.

2.4.2.2. De los motivos fundados que llevaron a poner término anticipado del PCPI respecto de determinadas Comunidades Indígenas

Sin perjuicio de lo anterior, a pesar que el SEA en el ejercicio de sus atribuciones, realizó los esfuerzos en cumplimiento al principio de la buena fe, tendientes a establecer un diálogo con las comunidades: (i) Comunidad Indígena Yani; (ii) Comunidad Indígena Los Huapes; (iii) Comunidad Indígena Locobe; y (iv) Comunidad Indígena Sucesión Quiñimil Pirul, no fue posible concretar la realizaciones de reuniones del proceso de consulta indígena después de realizado los esfuerzos necesarios (llamados telefónicos, correos, mensajería whatsapp, asistencia a terreno, reuniones, etc.) para el ejercicio del derecho de consulta a los pueblos indígenas; de acuerdo al artículo 2°, 3°, 9°, 10° y 11° del Decreto N°66/2013, Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena. En este escenario, la Directora Regional del SEA Biobío, en su condición de Secretaria de la Comisión de Evaluación puso término al Proceso de Consulta Indígena respecto de citadas comunidades.²²

²² Ídem

(i) Comunidad Indígena Yani

El SEA Biobío en el ejercicio de sus atribuciones realizó, en cumplimiento al principio de la buena fe, todos los esfuerzos tendientes a establecer un diálogo con la Comunidad Indígena Yani, expresión de ello es que se realizaron con dicha comunidad todas las gestiones y actos necesarios, con la finalidad de llegar a un acuerdo respecto de la medida consultada la resolución de Calificación Ambiental (RCA) y especialmente las medidas de mitigación, y/o compensación para los impactos significativos del proyecto sobre dicho grupo humano perteneciente a los pueblos indígenas. Sin embargo, luego de diversas comunicaciones con sus dirigentes, tanto por medios escritos, electrónicos y llamados telefónicos no fue posible concretar su participación, a pesar incluso de comunicarle que se contaba con el presupuesto para la contratación de las asesorías especializadas requeridas.

Finalmente, y considerando lo dispuesto en el Acápite 4.1.3.4. del oficio ordinario de la Dirección Ejecutiva del SEA N° 161116 de fecha 24 de agosto de 2016, instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT en el SEA, **transcurridos aproximadamente 3 meses desde la última comunicación y debido a que la Asociación Indígena no manifestó intención alguna de participar en este PCPI**, la Directora Regional del SEA Biobío, en su condición de Secretaria de la Comisión de Evaluación puso término al Proceso de Consulta Indígena respecto de la *Comunidad Indígena Yani*, a través de la Resolución Exenta N° 20220810199 del 22 de febrero de 2022.

(ii) Comunidad Indígena Los Huapes

El SEA Biobío en el ejercicio de sus atribuciones realizó, en cumplimiento al principio de la buena fe, todos los esfuerzos tendientes a establecer un diálogo con la comunidad, expresión de ello es que se realizaron con dicha comunidad todas las gestiones y actos necesarios, con la finalidad de llegar a un acuerdo respecto de la medida consultada la (RCA) y especialmente las medidas de mitigación, y/o compensación para los impactos significativos del proyecto sobre dicho grupo humano perteneciente a los pueblos indígenas. **Sin embargo, luego de diversas comunicaciones con sus dirigentes, tanto por visitas en terreno, medios escritos, electrónicos y llamados telefónicos, no fue posible concretar su participación.**

Finalmente, y considerando lo dispuesto en el Acápite 4.1.3.4. del oficio ordinario de la Dirección Ejecutiva del SEA N°161116 de fecha 24 de agosto de 2016, instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el

Convenio N° 169 de la OIT en el Sistema de Evaluación Ambiental, transcurridos **aproximadamente 3 meses desde la última comunicación y debido a que la Asociación Indígena no manifestó intención alguna de participar en este pcpi**, la Directora Regional del SEA Biobío, en su condición de Secretaria de la Comisión de Evaluación puso término al Proceso de Consulta Indígena respecto de la Comunidad Indígena Los Huapes, a través de la Resolución Exenta N° 20220810196 del 22 de febrero de 2022.

(iii) Comunidad Indígena Locobe

El SEA Biobío en el ejercicio de sus atribuciones realizó, en cumplimiento al principio de la buena fe, todos los esfuerzos tendientes a establecer un diálogo con la Comunidad Indígena Yani, expresión de ello es que se realizaron con dicha comunidad todas las gestiones y actos necesarios, con la finalidad de llegar a un acuerdo respecto de la medida consultada la RCA y especialmente las medidas de mitigación, y/o compensación para los impactos significativos del proyecto sobre dicho grupo humano perteneciente a los pueblos indígenas. Sin embargo, **luego de diversas comunicaciones con sus dirigentes, tanto por visita a terreno, medios escritos, electrónicos y llamados telefónicos no fue posible concretar su participación.**

Finalmente, y considerando lo dispuesto en el Acápite 4.1.3.4. del oficio ordinario de la Dirección Ejecutiva del SEA N° 161116 de fecha 24 de agosto de 2016, instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT en el SEIA, transcurridos aproximadamente 3 meses desde la última comunicación y debido a que la Asociación Indígena no manifestó intención alguna de participar en este Proceso de Consulta Indígena, la Directora Regional del SEA Biobío, en su condición de Secretaria de la Comisión de Evaluación **puso término al Proceso de Consulta Indígena respecto de la Comunidad Indígena Locobe**, a través de la Resolución Exenta N° 20220810197 del 22 de febrero de 2022.

(iv) Comunidad Indígena Sucesión Quiñimil Pirul

El SEA Biobío en el ejercicio de sus atribuciones realizó, en cumplimiento al principio de la buena fe, todos los esfuerzos tendientes a establecer un diálogo con la Comunidad Indígena, expresión de ello es que se realizaron con dicha comunidad todas las gestiones y actos necesarios, con la finalidad de llegar a un acuerdo respecto de la medida consultada la resolución de Calificación Ambiental (RCA) y especialmente las medidas de mitigación, y/o compensación para los impactos significativos del proyecto sobre dicho grupo humano perteneciente a los pueblos indígenas. Sin embargo, luego de diversas comunicaciones con

sus dirigentes, tanto por medios escritos, electrónicos y llamados telefónicos no fue posible concretar su participación.

Finalmente, y considerando lo dispuesto en el Acápite 4.1.3.4. del oficio ordinario de la Dirección Ejecutiva del SEA N° 161116 de fecha 24 de agosto de 2016, instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT en el Sistema de Evaluación Ambiental, transcurridos aproximadamente 3 meses desde la última comunicación y debido a que la Asociación Indígena no manifestó intención alguna de participar en este Proceso de Consulta Indígena, la Directora Regional del SEA Biobío, en su condición de Secretaria de la Comisión de Evaluación puso término al Proceso de Consulta Indígena respecto de la Comunidad Indígena, a través de la Resolución Exenta N° 20220810198 del 22 de febrero de 2022.

2.4.3. No ha existido vulneración del principio de Buena Fe, por parte del SEA Biobío en la realización del PCPI

Al contrario de lo sostenido por los recurrentes, en torno a que el SEA, no habría, al desarrollar la PCPI, brindado las condiciones adecuadas, considerando la situación de COVID-19 y Estado de Excepción, debemos indicar que en el desarrollo del PCPI se dio cumplimiento a cada uno de los principios que lo inspiran, de tal forma este fue llevado a cabo de forma previa, pues como consta de los antecedentes del expediente, **se convocó a los GHPPI y llevo a cabo el proceso de consulta antes que se adoptara la medida administrativa, participando de el de forma libre**, pues cada uno de los grupos convocado pudo determinar si participar o no ejerciendo su derecho.

Así mismo consta que se llevaron a cabo en cumplimiento del principio de buena fe, diversas instancias de participación y dialogo, permitiendo con ello que las organizaciones consultadas pudieran, sin impedimentos, presentar sus inquietudes, fomentando su participación en forma permanente y manteniendo una actitud efectiva tendiente a procurar todos los espacios posibles para generar instancias de diálogo genuino, incluso disponiendo el SEA - según lo permitió el presupuesto con que cuenta el SEA para tales efectos- de sumas importantes de dinero para efectos de contratar asesoría y estudios especializados.

Sobre el particular, el mandato del Convenio N° 169 de la OIT relativo a la buena fe en el desarrollo de un proceso de Consulta, **implica la realización de una Consulta bajo un clima de confianza y respeto mutuo y participación plena**, mediante la realización de reuniones genuinas y constructivas, así como evitar demoras injustificadas y cumplir con los acuerdos pactados en su implementación.

Todas estas fases abarcaron un **período de 28 meses** (septiembre de 2019 a febrero de 2022) **lo cual que pone de manifiesto la real disposición del SEA Biobío, de propender a un diálogo genuino en el marco de la PCPI.**

Lo anterior, da cuenta que las afirmaciones de los recurrentes distan de lo que realmente aconteció en el PCPI, respecto de la información presentada por los recurrentes, con la finalidad de fundar sus afirmaciones en torno a que el SEA no habría brindado las condiciones adecuadas al desarrollar la PCPI, **considerando la situación de COVID-19 y Estado de Excepción, cabe señalar que ellas responden a un análisis efectuado a las medidas implementadas en el ámbito sanitario y de seguridad.**

Ello, pues como ha quedado demostrado en los párrafos anteriores el SEA, para llevar a cabo el PCPI, no escatimo en esfuerzos orientados a promover la participación y propender al dialogo. Así entre las acciones desplegadas **el SEA convocó a reuniones tanto presenciales como telemáticas**, brindando a las comunidades los tiempos requeridos en torno a la flexibilidad del proceso.

Adicionalmente, **la autoridad ambiental acogió las solicitudes de contar con asesorías técnicas especializadas requeridas por las comunidades.** En este sentido, la exclusión de la comunidad Manuel Ignacio Ancán, del proceso de PCPI, en caso alguno obedece como hemos señalado antes a un actuar irracional del SEA, inclusión que tampoco fue solicitada por la recurrente.

No ha existido por tanto vulneración alguna y especialmente al principio de la buena fe, el cual debe orientar las actuaciones de todas las partes que participan de un proceso de Consulta Indígena. Tal principio impone estándares de comportamiento tanto al SEA de la Región de Biobío, como a las Organizaciones objeto de la Consulta.

De otro lado, cabe mencionar que en el documento de Adición al Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (James Anaya, año 2009), titulado “La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior”, se expresó claramente que **los principios de consulta están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso.**

Por otra parte, en el Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, del año 2013, señala que, en la consulta, *“ambas partes deben procurar llegar a un acuerdo, efectuar*

*negociaciones genuinas y constructivas, evitar demoras injustificadas, cumplir con los acuerdos pactados y ponerlos en práctica de buena fe*²³.

En efecto, la participación efectiva de los pueblos consultados implica necesariamente que éstos se encuentren genuinamente dispuestos a entregar información oportunamente y a arribar a acuerdos y en caso de ser procedente, expresar sus desacuerdos. En este sentido, la nuestra Excma. Corte Suprema ha resuelto que “en el artículo 6 N°2 del Convenio N°169, se establece que: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”²⁴.

2.4.4. El proceso de Consulta Indígena realizado en el marco de la evaluación ambiental del proyecto ha sido desarrollado con las instituciones representativas de los GHPPI

Según consta de la RE N° 079/2019, se llevó adelante el PCPI con el Comité Administrador del Eltún Los Huapes, el cual en atención a la información presentada y analizada, se estimó como la organización representativa, para llevar adelante el PCPI, dada la gestión cultural que ha desarrollado en relación al referido Eltún. **Conformándose como la institución que representa los intereses de las comunidades del sector en torno a la recuperación del Eltún**, realizando diversas gestiones para que este sitio mantenga su significado cultural para los GHPPI del área de influencia del Proyecto. Lo anterior dado los antecedentes que se han expuesto en detalle en el Acápito iii) del párrafo 2.3.2.1 de este informe.

²³ Disponible En: [Http://Www.Ilo.Org/Wcmsp5/Groups/Public/---Ed Norm/---Normes/Documents/Publication/Wcms_205230.Pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf), P. 16

²⁴ Sentencia De Fecha 3 De Septiembre De 2014, Dictada En Los Autos Sobre Recurso De Protección Caratulados “Comunidades Indígena Inalafquen Y Otra Contra “Central Hidroeléctrica Neltume”, Considerando Décimo

2.4.5. El proceso de Consulta Indígena desarrollado en el marco de la evaluación ambiental del proyecto se ha realizado mediante procedimientos adecuados y previamente consensuados

Sobre este Acápite se puede indicar que el SEA Biobío ha procurado la proposición de un procedimiento adecuado a los estándares antes indicados, arbitrando todas las gestiones necesarias para cumplir estos fines.

Las organizaciones indígenas convocadas que suscribieron sus respectivos Protocolos de Acuerdo Final, documento en el que constan los acuerdos logrados y desacuerdos producidos en el PCPI, así como un informe final sobre todo el PCPI. En concreto, dicho documento da cuenta que participaron de manera sistemática y consistente del proceso de Consulta del proyecto, **de ello dan cuenta visitas a terreno, reuniones, cartas, llamados telefónicos y correos electrónicos.**

3. NO SE HAN VULNERADO DERECHOS CONSTITUCIONALES POR PARTE DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL.

Como se ha indicado, no existe el acto ilegal invocado por los recurrentes de autos, razón por la cual, de suyo sería improcedente acoger la pretensión contenida en su acción. Por lo demás, se debe tener en la mayor de las consideraciones que han atribuido prácticamente una relación de causa/efecto que existiría entre las supuestas ilegalidades y garantías vulneradas. Es por ello, por lo que, demostrado que no existió la causa, se deduce que tampoco se produjo el efecto que se le atribuye, es decir, no se han afectado garantías fundamentales.

Si no existe una garantía constitucional agraviada, no debe darse lugar al recurso deducido, aunque, hipotéticamente, la decisión impugnada pudiere tacharse de ilegal o arbitrario.

Dicho de otro modo, la sola ilegalidad o arbitrariedad de una resolución -cuestión que en el caso desde ya negamos y planteamos para el solo efecto del análisis- no trae aparejada por sí sola la afectación a una garantía constitucional protegida, en tanto, no se demuestre relación de causalidad entre el acto que se estima ilegal o arbitrario y el agravio a la garantía constitucional.

De no acreditarse la vulneración de una garantía constitucional, siendo como es el recurso de protección precisamente una técnica de protección de tales garantías no corresponde que la Corte declare en abstracto que tales o cuales actos de ciertos órganos son dejados sin efecto.

3.1. De la supuesta infracción a la garantía constitucional del artículo 19 N°2 de la CPR, derecho a la Igualdad a la Ley

Los recurrentes sostienen que en el contexto histórico que se ha descrito en relación a ellos, el SEA debió adoptar todas las medidas para el desarrollo del PCPI, asegurando para participación de las comunidades con respecto a otros procesos desarrollados en tiempos normales, debiendo flexibilizar tiempos y espacios velando así por una participación adecuada, libre e informada de la totalidad de las comunidades afectadas.

Al respecto, lo primero es señalar que el inciso primero del artículo 19 N° 2 de la CPR establece que la CPR asegura a todas las personas “2°. - La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados” y que “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

La igualdad ante la ley constituye un derecho que mira a establecer la igualdad social y es perfectamente compatible con la discriminación positiva, siendo el límite a la potestad discriminatoria el inciso 2° del artículo 19 de la CPR.

Con respecto al sentido y alcance del concepto de igualdad ante la ley, se ha señalado por la doctrina que “de ella se siguen consecuencias jurídicas, que se traducen en una facultad jurídica, a saber, el derecho a no ser discriminado ni tratado de manera diferente. No obstante, hay que precisar que ello no implica que no se pueda diferenciar, pues este derecho ampara y protege frente a las diferenciaciones arbitrarias, caprichosas, carentes de razonabilidad. En otros términos, la igualdad no impide establecer diferenciaciones, en la medida en que éstas sean razonables”²⁵

En este orden de ideas, la igualdad ante la ley es un concepto relacional, se vulnera o se respeta en relación a otros que se encuentran en la misma situación de derecho, no pudiendo vulnerarse tal garantía por la sola circunstancia de aplicar la Ley.

Así, la violación a esta garantía constitucional sólo se produce cuando se ha tratado en forma desigual a quienes se encuentran en la misma situación. En este sentido, según el profesor Evans “*se entiende por discriminación arbitraria toda diferencia o distinción, realizada por el legislador o por cualquiera autoridad pública, que aparezca como*

²⁵ Bronfman Vargas, Alan; Martínez Estay, José Ignacio; Núñez Poblete, Manuel (Coordinadores) (2012), “Constitución Política Comentada”, Editorial Legal Publishing, 2012, Pp.9

contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación razonable.”²⁶

Al respecto, lo primero es relevar que los recurrentes, en caso alguno han sido discriminados en el desarrollo del PCPI, pues el SEA en el desarrollo del PCPI, como se indicó en el Acápite 2.4.3. de este informe, brindó los espacios efectivos y razonables para que las organizaciones indígenas convocadas pudieran decidir si ejercerían o no su derecho a ser consultadas de conformidad con el Convenio N° 169, consensuar con las que optaron por ejercerlo, una metodología y un procedimiento de consulta, e implementar de buena fe y junto con ellas un proceso consultivo que se ajuste a los acuerdos alcanzados en el acuerdo metodológico y a las exigencias del Convenio N° 169 de la OIT.

En este sentido, todas estas fases abarcaron un período de 28 meses (septiembre de 2019 a febrero de 2022) que ponen de manifiesto la real disposición del SEA de la Región del Biobío, de propender a un diálogo genuino en el marco de la PCPI. Con ello se ha dado cumplimiento a todas las fases del PCPI y, por tanto, la PCPI ha brindado las mismas garantías con mis al dialogo efectivo que en procesos anteriores al COVID 19 y estado de excepción.

Por otra, se debe hacer presente que, en la región junto a este PCPI, en el mismo tiempo se llevaron a cabo a los menos 3 PCPI, al igual que en las demás regiones de nuestro país, lo cual refirma la inexistencia de discriminación hacia los recurrentes.

Por lo tanto, podemos sostener que no ha existido discriminación arbitraria, encontramos con que los supuestos fácticos que sustentan sus alegaciones no se ajustan a la realidad, no vislumbrándose cómo se habría incurrido en una situación como esta.

3.2. De la supuesta infracción a la garantía constitucional del artículo 19 N°3 de la CPR, derecho al debido proceso

Los recurrentes afirman que la falta de buena fe, con que se llevó adelante el proceso, implico violación al debido proceso, impidiendo con ello a los recurrentes, una participación informada en torno al PCPI con miras a la formalización de acuerdos en un plano de igualdad.

²⁶ Evans De La Cuadra, Enrique (1986), Los Derechos Constitucionales, Tomo Ii, Editorial Jurídica De Chile, P. 124.

Pues bien, el artículo 19 N°3 de la CPR dispone que la Constitución asegura a todas las personas “La igual protección en el ejercicio de sus derechos” que, en resumidas cuentas, no es más que el derecho a la Tutela Judicial efectiva y al debido proceso.

En ese contexto, la verdad es que no se entiende lo planteado por los recurrentes porque en parte alguna de su argumento se explica cómo se habría visto vulnerada esta garantía²⁷, con la obligación de los Órganos de la Administración del Estado de regirse por los Principios de Legalidad y Juridicidad.

Por tanto, no se entiende como con ocasión del procedimiento de evaluación ambiental y de consulta indígena, se habría vulnerado este principio, más aún cuando en parte alguna se ha conculcado los derechos a Tutela Judicial efectiva y debido proceso.

Por el contrario, nunca se les ha impedido utilizar las vías recursivas administrativas y judiciales que la Ley franquea para impugnar la RCA, y que como bien hemos explicado no es el Recurso de Protección.

En efecto, de haber participado en el proceso PAC habrían podido reclamar administrativa y judicialmente en contra de la RCA, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°19.300 y 17 N°6 de la Ley N°20.600.

Se reafirma lo antes indicado, pues actualmente la recurrente Comunidad Indígena Manuel Ignacio Ancán ha solicitado la invalidación del acto y, posteriormente, podrán presentar una reclamación judicial de conformidad a lo dispuesto en el artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600.

Además, nuevamente intenta plantear que el procedimiento de evaluación adolecería de vicios que, como bien hemos explicado, no concurren respecto de la RCA, por lo que los fundamentos en que sustenta esta vulneración, además de no relacionarse realmente con

²⁷ El Tribunal Constitucional Ha Planteado Que La Función De Esta Garantía Es “Resolver Conflictos De Intereses De Relevancia Jurídica Con Efecto De Cosa Juzgada, Protegiendo Y Resguardando, Como Su Natural Consecuencia, La Organización Del Estado, Las Garantías Constitucionales Y, En Definitiva, La Plena Eficacia Del Estado De Derecho. El Debido Proceso, Más Allá De Consagrar Los Derechos De Los Litigantes Y El Poder-Deber Del Juez En La Forma Que El Constituyente Ha Establecido Para Eliminar La Fuerza En La Solución De Los Conflictos, Genera Un Medio Idóneo Para Que Cada Cual Pueda Obtener La Solución De Sus Conflictos A Través De Su Desenvolvimiento. (Stc 619 C. 16) (En El Mismo Sentido, Stc 986 C. 17, Stc 1130 C. 7, Stc 1252 C. 4, Stc 1557 C. 24, Stc 1812 C. 45, Stc 1876 C. 18, Stc 2204 C. 8, Stc 2259 C. 8, Stc 2335 C. 17, Stc 2452 C. 12, Stc 2853 C. 14, Stc 2895 C. 4, Stc 2983 C. 6, Stc 3297 C. 13, Stc 3029 C. 5, Stc 5151 C. 18, Stc 5152 C. 18, Stc 4153 C. 13, Stc 4200 C. 28)”.

ella, porque en parte alguna se ha visto afectado su derecho a una Tutela Judicial efectiva y a un debido proceso en el ámbito judicial, tampoco se verifican en la realidad.

3.3. De la supuesta infracción a la garantía constitucional del artículo 19 N° 6 de la CPR, derecho a la libertad de conciencia y la libre manifestación de creencias y cultos

Al respecto los recurrentes estiman que su derecho se verá vulnerado, dado que con la ejecución del proyecto se verán alterados **la forma como se realizan los cultos y ceremonias tradicionales**, resultando una amenaza a las practicas rituales mortuorias y ceremonias de tributo, homenaje y meditación con las energías de los ancestros allí enterrados.

Sin embargo, contrario a lo aseverado en autos, la libertad de culto no es susceptible de afectarse en razón del proyecto, en razón de que no concurre elemento que detente la aptitud mínima para ello, desde la perspectiva de la interpretación y aplicación del mentado artículo 19 N°6 de la Constitución. Ello, particularmente pues (i) no se prevén intervenciones del Cementerio Los Huape y, además, (ii) se prevén medidas adecuadas e idóneas de mitigación, compensación y/o reparación, asociadas al libre tránsito en los caminos cercanos al mentado cementerio, como bien se explicará ensegiida.

En cuanto a la libertad de culto, se ha señalado por la doctrina autorizada²⁸ la que permite el ejercicio de todas las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, entre ellos la práctica de los actos correspondientes a las ceremonias representativas vinculadas a la respectiva creencia religiosa, el derecho a recibir asistencia religiosa, recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones. Así, la fe trasciende el plano del fuero interno de la persona y se manifiesta socialmente, facultando al creyente para concurrir a los lugares de culto, practicar los ritos ceremoniales, desarrollar y exhibir símbolos religiosos, observar las fiestas religiosas, solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario, erigir y conservar templos o iglesias destinadas al culto.

Al respecto, cabe señalar primeramente que, desde una óptica regulatoria, en nuestro ordenamiento constitucional por el artículo 19 N°6 de la Constitución, como asimismo por

²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. Ius et praxis - Núm. 12-2, Junio 2006. Pp. 9.

el derecho convencional internacional ratificado por Chile y vigente, que aseguran tal derecho, siendo las normas más relevantes aquellas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas; la Convención para la Prevención y sanción de delito de Genocidio; Convención sobre Derechos del Niño.

La Constitución chilena en su artículo 19 N°6 de la Constitución, asegura a las personas:

"La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público".

"Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas".

"Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones".

La Convención Americana de Derechos Humanos precisa los contenidos del derecho a la libertad de conciencia y de religión en su artículo 12, en los siguientes términos:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual y colectivamente, tanto en público como en privado.

"2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

"3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás".

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 18, precisa:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y las enseñanzas".

1. Nadie manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás".

En cuanto a la libertad de culto en particular, NOGUEIRA²⁹ señala que está configurada en el artículo literales b, c, d y e de la Ley N° 19.638 que establece normas sobre constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas:

El literal b) establece la facultad de las personas para practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto, conmemorar las festividades, celebrar sus ritos, observar su día de descanso semanal; recibir a su muerte una sepultura digna, sin discriminación por razones religiosas; no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos".

El literal c) establece la facultad de recibir asistencia religiosa de su propia confesión dondequiera que se encuentre. La forma y condiciones de acceso de pastores, sacerdotes y ministros del culto, para otorgar asistencia religiosa en recintos hospitalarios, cárceles y lugares de detención y en establecimientos de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad, se regula mediante reglamentos que dictará el presidente de la República, a través de los Ministerios de Salud, Justicia y Defensa Nacional, respectivamente.

²⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. Ius et praxis - Núm. 12-2, Junio 2006. p. 9.

El literal d) determina la facultad para recibir e impartir enseñanza o información religiosa por cualquier medio, elegir para sí la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. En el caso de menores no emancipados serán los padres y en el caso de los incapaces bajo tuición serán los guardadores, los que determinen la educación religiosa y moral de las personas puestas bajo su tutela.

En tal contexto, cabe recordar que, como bien se explicó latamente en el *acápite II.2.2 y II.2.4*, en el Cementerio o Eltún Los Huape, se determinó durante el proceso de evaluación ambiental que no se afectan las actividades realizadas en este. En tal sentido, teniendo presente las actividades que tienen lugar la realización de funerales celebrados tanto a personas indígenas como a no indígenas. Respecto de las primeras, estas son pertenecientes a las comunidades y sectores antes mencionados. Estas celebraciones no poseen el carácter colectivo de la festividad del “Día de Todos los Santos” del 1 de noviembre, restringiéndose al grupo familiar e invitados de la persona fallecida. De manera más privada, se realizan visitas por parte de familiares de personas enterradas en el Eltún, pero no se registra fechas colectivas u horarios de visitas.

Durante los últimos meses del año 2019, se registró la realización de asambleas (o trewunes) organizadas por el Comité de Administración de Eltún Los Huape y otras actividades colectivas como limpiezas de tumbas, arreglo de rejas y similares en el sitio. Actualmente el cementerio cuenta con alrededor de 144 sepulturas identificables y se encuentra distribuido en tres sectores permanentes: el cementerio propiamente tal, un área anexada y un estacionamiento. Además de estos sectores, existirían dos puntos ceremoniales hacia el sur del cementerio, los que permitirían “honrar las tradiciones mapuches y otro punto sacro para quienes profesan la religión evangélica”, un aspecto común resultante “del sincretismo cultural y religioso experimentado por los residentes de las comunidades presentes en el sector”.

En tal sentido, como bien se señaló en el marco de los acápites II.2.2 y II.2.4, **se descartó en el marco del SEIA que las partes, obras y acciones del proyecto generen afectación a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura o folclore de alguna comunidad o grupo humano, considerando especialmente las referidas a los pueblos indígenas.**

Lo anterior, particularmente debido a que se debe considerar que la totalidad de las partes del proyecto se emplazaran en predios de propiedad de Celulosa Arauco y, por otra, las obras del Parque Eólico y su LTE no impactarán significativamente pues, no se modificará o deteriorará en forma permanente construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto

histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena.

Consecuencia de lo anterior se concluyó que el Proyecto no genera ni presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, **incluido el Cementerio Los Huape, desde la perspectiva de la libertad de culto de las Comunidades Indígenas correspondientes.**

Por otra parte, en relación con los impactos asociados a los caminos cercanos al Cementerio, se establecieron medidas de mitigación y compensación idóneas y adecuadas, de acuerdo a lo explicado latamente en el *acápite II.2.2* precedente.

Bajo dicho contexto, habiéndose sometido el Proyecto al SEIA, habiéndose evaluado y obtenido una calificación ambiental favorable de conformidad a lo dispuesto en la normativa ambiental vigente, certificándose además que se han presentado las medidas para hacerse cargo de los impactos generados, no se explica cómo es que habría una vulneración a esta garantía, debiendo rechazarse la alegación al respecto.

En otras palabras, se hace presente que no existirá impedimento alguno para el ejercicio de la libertad de culto de los GHPPI del área de influencia del proyecto, atendido precisamente que se evaluó ambiental el proyecto en el marco del SEIA, que constituye un Instrumento de Gestión Ambiental regulado en la Ley N°19.300 y el RSEIA, el cual precisamente incorpora la variable cultural en su evaluación.

En consecuencia, atendida la falta de mérito de la presente alegación es dable sostener que solo cabe el rechazo de esta por parte de esta Il. Corte.

3.4. De la supuesta infracción a la garantía constitucional del artículo 19 N°8 de la CPR, derecho a vivir en un medio libre de contaminación.

Al respecto sostienen que en atención a las medidas propuestas y que han sido aprobadas, se verán afectadas gravemente especies de flora y fauna nativas del sector en el que desarrollan su vida según las costumbres, tradiciones y religión mapuche. Además, que al no haber participado en el proceso por su condición de vulnerabilidad como por su exclusión negligente, lo que genera de por sí una discriminación arbitraria dentro de un proceso de EIA, que a su vez se enmarca normativamente dentro de la legislación medioambiental, y del Derecho a vivir en un Medio Ambiente libre de contaminación.

En el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, los recurrentes sustentan la supuesta vulneración de este derecho, en la circunstancia de que el Titular ha reconocido en su EIA que se afectará de manera significativa el medio ambiente, y por lo

tanto, se requiere una participación ciudadana efectiva, lo que en presente caso no se cumpliría.

El derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación ha sido denominado de diversas formas por la doctrina y el derecho comparado, “*tales como el derecho a un medio ambiente sano, saludable, adecuado, ecológicamente equilibrado y apto para el desarrollo y el bienestar de las personas*”³⁰.

En nuestro país, por la forma en que fue finalmente incorporado en la Constitución Política de la República, se ha señalado que:

*“la Carta Fundamental no consagra el derecho a vivir en un medio ambiente exento de toda contaminación. Lo que ella asegura es sólo el derecho a vivir en un medioambiente libre de aquella contaminación que sea nociva para la vida o la salud del hombre, como asimismo dañina para el ecosistema en que él desenvuelva normalmente su existencia”*³¹.

Ahora bien, la manera como está reconocida la acción cautelar, también presenta particularidades. Al respecto, el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política de la República, que regula esta garantía, señala:

“Procederá, también, Constitución Política de la República el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

De la sola lectura del inciso previamente mencionado, se advierte que se entiende vulnerada la garantía sólo con la afectación, este aspecto no es baladí, toda vez que, en lo que respecta a las demás garantías protegidas se habla de “privación, perturbación o amenaza”. Es así que, en lo que respecta a la garantía del artículo 19 N° 8, el constituyente exige para la procedencia de la acción cautelar que estemos ante **una afectación propiamente del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.**

³⁰CAVALLO, Gonzalo (2016), “Las deficiencias de la fórmula ‘derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación’ en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión”, en: *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, p. 368.

³¹CEA EGAÑA, José Luis (1988), “Tratado de la Constitución de 1980. Características Generales. Garantías constitucionales”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 325.

En el caso de autos no se vislumbra cómo la inexistente omisión denunciada por los recurrentes puede conculcar el legítimo ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, más aún si consideramos que el Proyecto se encuentra actualmente sometido al SEIA, procedimiento administrativo, que como se ha señalado tiene precisamente por objeto concretar dicha garantía constitucional.

Dicho sea de paso, lo único que explican las recurrentes, es que se les habría afectado en sus garantías desde la perspectiva de sus sistemas de vida y costumbres particulares, lo cual ya ha sido suficientemente desvirtuado en los *acápites II.2* precedente.

Al respecto, un primero aspecto a relevar es el hecho de que el EIA reconozca impactos significativos se deriva de la esencia de esta vía de ingreso, precisamente porque nuestro ordenamiento jurídico contempla dos alternativas: (i) el ingreso mediante una Declaración de Impacto Ambiental, en la que se deberá justificar la inexistencia de los impactos adversos significativos del artículo 11 de la Ley N°19.300; y, (ii) el ingreso por Estudio de Impacto Ambiental, en que se reconoce que se genera estos impactos, debiéndose adoptar las medidas de mitigación, compensación y reparación adecuadas para hacerse cargo de dichos impactos. Así, el hecho de que el Titular reconozca que el Proyecto generará impactos del artículo 11 de la Ley N°19.300 responde a las características propias de un proyecto que se somete a evaluación a través de un EIA.

Además, algún eventual vicio en el procedimiento de evaluación mismo debe rechazarse, por encontrarse este pendiente, toda vez que no se puede alegar *ex ante* que no se ha evaluado correctamente el Proyecto si dicho procedimiento aún no concluye.

En ese sentido, el Plan de medidas presentado para hacerse cargo de los efectos, características y circunstancias que el proyecto genera resultan ser apropiadas, dando cumplimiento al objetivo que con ellas se pretende, así como a la normativa que le resulta aplicable, en este sentido se pronunciaron los órganos competentes en las materias cuestionadas. El SAG a través de su oficio ORD N° 806/2021 de fecha 26 de julio de 2021, se pronuncia conforme con la adenda excepcional del proyecto, esto implica que no tiene más observaciones al proyecto, habiéndose subsanado las observaciones que se formularon respecto de la adenda y adenda complementaria del EIA del proyecto y, CONAF a través de su oficio ORD. 80-EA/2021 de fecha 26 de julio de 2021, se pronuncia conforme con la Adenda Excepcional del proyecto, esto implica que no tiene más observaciones al proyecto, habiéndose subsanado las observaciones que se formularon respecto de la adenda y adenda complementaria del EIA del proyecto.

Así, habiéndose sometido el Proyecto al SEIA, habiéndose evaluado y obtenido una calificación ambiental favorable de conformidad a lo dispuesto en la normativa ambiental vigente, certificándose además que se han presentado las medidas para hacerse cargo de los impactos generados, no se explica cómo es que habría una vulneración a esta garantía, debiendo rechazarse la alegación al respecto. Dado que no se vislumbra aquí, cómo el actuar del órgano recurrido puede conculcar el legítimo ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en tanto la evaluación ambiental del Proyecto se ha enmarcado en todo momento dentro de la normativa ambiental que le es aplicable.

III

CONCLUSIONES

1. La acción de protección no constituye la vía idónea para el reclamo de las alegaciones formuladas, por los recurrentes. Existiendo medios de impugnación especiales que permiten acudir a los Tribunales Ambientales para que puedan resolver de estas materias en un procedimiento de lato conocimiento
2. El hecho que el recurso de protección no sea la vía idónea para plantear asuntos como el suscitado en autos, **no implica vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva** de los recurrentes. Más un sí se considera que los recurrentes han presentado por las mismas argumentaciones solicitud de invalidación de la RCA del proyecto.
3. En la dictación de la resolución recurrida se ha dado pleno cumplimiento de la normativa vigente en materia de Evaluación de Impacto Ambiental, no siendo en consecuencia ni ilegal ni arbitraria.
4. Durante el proceso de evaluación ambiental se estableció correctamente el plan de Medidas que permiten al proyecto hacerse cargo de los efectos, características y circunstancias que el proyecto genera.
5. El acto de la autoridad ambiental no vulnera las garantías constitucionales 2,3, 6 y 8 del artículo 19 de la CPR referidas por los recurrentes, Lo anterior porque tales supuestas vulneraciones no se encuentran justificadas en forma coherente en la relación de los accionantes, ni tampoco tienen un acto ilegal que les preceda como antecedente.

POR TANTO,

Ruego a SS. Ilustrísima, tener por evacuado informe solicitado en estos autos y rechazar el Recurso de Protección de autos en todas sus partes, en virtud de los antecedentes expuestos, con expresa condenación en costas.

OTROSI: Solicito a S.S. Ilustrísima tener presente que todos los antecedentes del expediente de evaluación ambiental del Proyecto, así como del Proceso de Consulta con Pueblos Indígenas, los cuales se encuentran disponibles para su revisión, en el siguiente link:

https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2142831870#-1

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
1. Antecedentes generales. 1	
1. Argumentos de forma por los cuales el recurso de protección de autos debe ser rechazado 6	
1.1. El Recurso de Protección no es la vía idónea para resolver las materias planteadas en el recurso.....	6
2. Argumentos de fondo por los cuales el recurso de protección de autos debe ser rechazado 19	
2.1. No existe actuar ilegal o arbitrario.	20
2.2. De la correcta evaluación ambiental del proyecto lo cual determina la inexistencia de un acto omisión ilegal y arbitraria imputable al SEA	23
2.3. El PCPI llevado a cabo en el marco de la evaluación ambiental del proyecto satisfizo el estándar técnico que establece el marco normativo aplicable....	40
2.4. Del supuesto incumplimiento de los requisitos de otorgamiento del Permiso Ambiental Sectorial (PAS) del artículo 131 del RSEIA36	36
3. No se han vulnerado derechos constitucionales por parte del servicio de evaluación ambiental. 59	
3.1. De la supuesta infracción a la garantía constitucional del artículo 19 N°2 de la CPR, derecho a la Igualdad a la Ley	60
3.2. De la supuesta infracción a la garantía constitucional del artículo 19 N°3 de la CPR, derecho al debido proceso	61
3.3. De la supuesta infracción a la garantía constitucional del artículo 19 N° 6 de la CPR, derecho a la libertad de conciencia y la libre manifestación de creencias y cultos	63
3.4. De la supuesta infracción a la garantía constitucional del artículo 19 N°8 de la CPR, derecho a vivir en un medio libre de contaminación.	67
CONCLUSIONES.....	70