

REPÚBLICA DE CHILE

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

Valdivia, diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTOS:

1. Con fecha 04 de marzo de 2016, a fs. 1 y ss., el Sr. José Horacio Cayún Quiroz -en adelante «Sr. Cayún Quiroz»-, RUT N° 8.469.154-2, con domicilio en río Puelo S/N°, Cochamó, Región de Los Lagos, interpuso ante este Tribunal reclamación conforme a lo establecido en el art. 29 inc. 4° en relación con el art. 20 de la Ley N° 19.300 -en adelante LBGMA y del 17 N° 6 de la Ley N° 20.600 -en adelante «LTA»-, en contra de la Resolución Exenta N° 105 -en adelante «Resolución Reclamada»-, de fecha 29 de enero de 2016, dictada por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental -en adelante «Director Ejecutivo del SEA»-, la que ejecutó el acuerdo N° 16/2015 del Comité de Ministros del art., en adelante «Comité de Ministros», adoptado en sesión ordinaria de fecha 02 de noviembre de 2015. La Resolución Reclamada rechazó el recurso de reclamación presentado el 9 de mayo de 2014 por el Sr. Cayún Quiroz en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N° 128 -en adelante «RCA» o «Acto Reclamado»-, de fecha 06 de marzo de 2014, dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos -en adelante «COEVA»-, que calificó ambientalmente favorable el proyecto Central de Pasada Mediterráneo -en adelante «Proyecto»- del Proponente Mediterráneo S.A., en adelante «Mediterráneo». La causa fue rolada R-30-2016.
2. Que la reclamación deducida por el Sr. Cayún Quiroz solicitó a este Tribunal:
 - a) Dejar sin efecto la Resolución Reclamada.
 - b) Dictar en reemplazo de la Resolución Reclamada, una resolución sustitutiva de la RCA, por otra que rechace el Proyecto.

3. Con fecha 11 de marzo de 2016, la Sra. Gabriela Barriga Muñoz, presentó reclamación en representación de los Srs. Manuel Passalacqua Aravena, Pedro Soto Oyarzo, Nicolás Nahmías Aravena, Pablo Zúñiga Torres, Silvio Torrijos Carrasco, Eugenio Collados Baines, Víctor Vaccaro Escudero, y Jaime Bustos Bischof; de las señoras Pía Krag Panduro, Rocío Epprecht González y Blanca Fernández Miranda; y, de la Sociedad de Turismo Posada Puelo Limitada, todos en adelante «Srs. Passalacqua Aravena y Otros». En ella se recurrió —también— en contra de la Resolución Reclamada, y se solicitó:

a) dejar sin efecto el acuerdo (N° 16/2015) del Comité de Ministros, sobre recurso administrativo de reclamación en contra del Proyecto;

b) dejar sin efecto la Resolución Reclamada.

En reemplazo de los dos actos anteriores, los Srs. Passalacqua Aravena y Otros solicitaron:

a) se acoja el recurso de reclamación interpuestos por ellos;

b) se deje sin efecto la RCA, rechazando el Proyecto; y,

c) se condene en costas.

Esta causa fue rolada R-32-2016.

4. Con fecha 15 de marzo de 2016, este Tribunal resolvió acumular la causa Rol R-32-2016 a la causa Rol R-30-2016, al determinar que se reunían los requisitos establecidos en los arts. 92 y ss. del Código de Procedimiento Civil (CPC).

I) ANTECEDENTES DEL ACTO ADMINISTRATIVO RECLAMADO

5. De los antecedentes administrativos presentados en estos autos por el Director Ejecutivo del SEA, a fs. 160 y ss., consta que:

a) Entre el 07 y el 12 de mayo de 2014, se presentaron ante el Comité de Ministros 27 reclamaciones administrativas de

conformidad a lo establecido en el inciso 4° del art. 29 LBGMA, en contra de la RCA.

- b) Con fecha 26 de junio de 2014, el Director Ejecutivo del SEA dictó la Resolución Exenta N° 0540/2014, mediante la cual se pronunció respecto de la admisión a trámite de los recursos de reclamación referidos en la letra a) precedente.
- c) Con fecha 15 de septiembre de 2014, la Sra. Jimena Espinoza Muñoz, en representación de Mediterráneo S.A., presentó ante el Comité de Ministros un conjunto de antecedentes y argumentos que ameritaban -a su juicio- el rechazo de los recursos de reclamación interpuestos en contra de la RCA.
- d) Con fecha 21 de julio de 2015, el Director Ejecutivo del SEA dictó la Resolución Exenta N° 0927/2015, por la que resolvió admitir a trámite la reclamación deducida por el Sr. Jorge Torres Cisternas, en representación de la Sociedad de Turismo Río Puelo Limitada.
- e) Con fecha 21 de julio de 2015, el Director Ejecutivo del SEA ofició a los diversos Organismos de la Administración del Estado con competencia en materia ambiental, con el objeto que éstos emitieran su informe respecto de los recursos de reclamación deducidos en contra de la RCA.
- f) Entre el 06 de agosto y el 22 de octubre del año 2015, esos mismos organismos presentaron sus informes.
- g) Con fecha 22 de septiembre de 2015, el Sr. Alejandro Artus Bórquez, en representación de Mediterráneo S.A., presentó escrito ante el Comité de Ministros, señalando una serie de argumentos contravirtiendo lo informado por el Servicio Agrícola Ganadero, en su Oficio N° 3958/2015, de fecha 10 de agosto de 2015, con ocasión de los recursos de reclamación ya referidos.
- h) Mediante el Acuerdo N° 16/2015, de fecha 02 de noviembre de 2015, el Comité de Ministros se pronunció respecto de

los recursos de reclamación referidos en la letra a) de este acápite.

- i) Con fecha 29 de enero de 2016, el Director Ejecutivo del SEA dictó la Resolución Reclamada, mediante la cual resolvió los recursos de reclamación -ya referidos- interpuestos en contra de la RCA.

II) ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RECLAMACIÓN

6. En lo que respecta a las reclamaciones y el proceso jurisdiccional derivado de aquellas, en autos consta lo siguiente:

- a) Con fecha 04 de marzo de 2016, el Sr. Cayún Quiroz interpuso ante este Tribunal reclamación en contra de la Resolución Reclamada.
- b) Desde fs. 19 a fs. 48 consta que se acompañaron los siguientes documentos, junto con la reclamación:
 - i. Copia del certificado electrónico de personalidad jurídica vigente de la comunidad indígena Domingo Cayún Panicheo.
- c) Informe histórico de la comunidad mapuche Domingo Cayún Panicheo, elaborado por el Sr. Martín Correa Cabrera.
- d) A fs. 49, con fecha 08 de marzo de 2016, se admitió a trámite la reclamación, solicitando el Tribunal informe al Sr. Director Ejecutivo del SEA.
- e) A fs. 51, con fecha 15 de marzo de 2016, este Tribunal dispuso la acumulación de autos ya referida.
- f) A fs. 52, con fecha 05 de abril de 2016, compareció el Sr. Pablo Badenier Martínez, en su calidad de Presidente del Comité de Ministros, solicitando ampliación de plazo para evacuar el informe respectivo; mediante resolución de fs. 59, este Tribunal resolvió tener la presentación -referida- por no presentada para todos los efectos legales, considerando que el Comité no tiene legitimidad

para obrar por sí mismo en estos autos, ya que carece de personalidad jurídica propia.

- g) A fs. 62, con fecha 06 de abril de 2016, el Director Ejecutivo del SEA solicitó ampliación de plazo para evacuar el informe respectivo y, además, confirió patrocinio y poder; a lo que se dio lugar a fs. 68.
- h) A fs. 73, con fecha 14 de abril de 2016, el Director Ejecutivo del SEA evacuó el informe solicitado, en adelante «Informe», acompañando copia autenticada del expediente administrativo que dio lugar a la Resolución Reclamada. En esta presentación, el Comité de Ministros solicitó rechazar la reclamación y la condena en costas. Este Tribunal resolvió a fs. 1115, tener por evacuado el Informe y, por acompañada copia del expediente administrativo.
- i) A fs. 1116, con fecha 19 de abril de 2016, este Tribunal decretó autos en relación, fijándose la realización de la audiencia de alegatos para el día martes 10 de mayo de 2016, a las 09:00 hrs.
- j) A fs. 1117, con fecha 20 de abril de 2016, comparecieron los Srs. Diego Lillo Goffreri y Nelson Pérez Aravena, en representación del Sr. Jaime Fernández Socías, por sí y en representación de Turismo El Barraco Limitada, del Sr. Rodrigo Condeza Venturelli, de la Sra. Carolina Fuentes Sepúlveda, del Sr. Andrés Amengual Martín, del Sr. Ricardo Girardi de Esteve y del Sr. Federico Medina Villacura, todos en adelante «Srs. Fernández Socías y Otros», solicitando se les reconociera la calidad de terceros coadyuvantes en estos autos. A fs. 1294 se tuvo por cumplido lo ordenado a fs. 1268 y, además, se aceptó la comparecencia de los terceros en la calidad de coadyuvantes.
- k) A fs. 1288, con fecha 29 de abril de 2016, comparecieron los Srs. Alfredo Alcaíno de Esteve y Marcelo Giovanazzi Retamal, en representación de Mediterráneo S.A., en

adelante «Mediterráneo S.A.», solicitando se le reconociera a dicha sociedad la calidad tercero en la presente causa. Mediante resolución de 03 de mayo de 2016 -a fs. 1295-, este Tribunal aceptó la comparecencia de Mediterráneo S.A. en calidad de tercero independiente.

- l) A fs. 1300 y ss., 1338 y ss. y 1399 y ss., con fecha 05 de mayo de 2016, Mediterráneo S.A. presentó tres escritos, solicitando al Tribunal tener presente lo que en ellos se indica, y en su mérito, rechace la reclamación, con costas. Por medio del escrito de fs. 1338 y ss., se acompañaron además documentos sobre metodología línea de base patrimonio arqueológico y metodología línea de base flora, en tanto mediante el escrito de fs. 1399 y ss. se acompañaron los documentos sobre guía de evaluación ambiental, metodología de línea de base fauna, metodología y análisis línea de base medio humano y metodología línea de base turismo; todos resueltos a fs. 1511, con fecha 09 de mayo de 2016.
- m) A fs. 1509, con fecha 09 de mayo de 2016, la abogada Sra. Soler Wyss, en representación de los reclamantes Srs. Passalacqua Aravena y otros, presentó escrito téngase presente, el que se resolvió a fs. 1511 con fecha 09 de mayo de 2016.
- n) Con fecha 10 de mayo de 2016, tuvo lugar la audiencia de alegatos, cuya certificación rola a fs. 1515.
- o) Con igual fecha, la abogada Sra. Soler Wyss, presentó escrito, al igual como lo hizo el abogado Sr. Naranjo Solano, los que el Tribunal resolvió a fs. 1644 y 1646 respectivamente.
- p) Con fecha 25 de mayo de 2016, el Tribunal decretó como medidas para mejor resolver, la inspección personal del Tribunal y traer a la vista el expediente electrónico de evaluación ambiental, que dio lugar a la RCA.
- q) A fs. 1649, con fecha 10 de junio de 2016, el Tribunal complementó la resolución de fs. 1647, que dispuso la

inspección personal del Tribunal como medida para mejor resolver.

- r) Desde fs. 1654 a fs. 1671 rola Acta de Inspección Personal del Tribunal.
- s) A fs. 1672, Mediterráneo S.A. presentó observaciones al acta de Inspección personal del Tribunal, por medio de la cual realizó precisiones, al igual como lo hizo el Servicio de Evaluación Ambiental a fs. 1688, siendo ambas presentaciones resueltas a fs. 1691.
- t) A fs. 1692, con fecha 30 de agosto de 2016, la causa quedó en acuerdo y con igual fecha, a fs. 1693, se designó ministro redactor al Sr. Michael Hantke Domas.

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que, en conformidad con lo dispuesto en los arts. 17 N° 6 LTA y 29 en relación con el 20 LBGMA, se han presentado ante este Tribunal diversas personas solicitando, por diversos motivos -conforme lo expresado en los números 1 a 3 precedentes-, dejar sin efecto la Resolución Reclamada del Director Ejecutivo del SEA que ejecuta el acuerdo del Comité de Ministros que resolvió diversos reclamos en contra de la RCA, y en consecuencia se deje asimismo sin efecto la RCA favorable a la empresa Mediterráneo S.A.

En la RCA indicada fue aprobada la construcción y operación de una central hidroeléctrica de pasada de 210 MW de capacidad instalada. Esta se ubicará en el sector de «La Junta», donde confluyen los ríos Torrentoso y Manso, desembocando este último aguas abajo al Lago Tagua Tagua, el que posteriormente da origen al río Puelo, sector rural de la Comuna de Cochamó, Región de Los Lagos. Las aguas serán captadas del río Torrentoso, y conducidas por medio de tuberías a una sala de máquinas subterránea, las que serán devueltas aguas abajo de la central.

Adicionalmente, la central hidroeléctrica proyectada se conectará al Sistema Interconectado Central, mediante la construcción de una línea de transmisión de energía eléctrica, de doble circuito

y tensión nominal de 220 KV. Esta línea se extenderá por 63 kms desde la central (subestación Alto Reloncaví) y hasta la central Canutillar (subestación Reloncaví). En su extensión, dicha línea correrá a lo largo de los ríos Manso, Puelo, y del lago Tagua Tagua, cruzando por el aire la bahía de Cochamó.

Según datos aportados por el Comité de Ministros (fs. 75), la producción media anual estimada de la central será de 1.190 GWh, lo que contribuiría a reducir cerca de 476.000 toneladas equivalentes de CO2 al año. La inversión aproximada del Proyecto ascenderá a unos cuatrocientos millones de dólares de los Estados Unidos de América.

1) LAS PARTES Y SUS ALEGACIONES

SEGUNDO. Que la presente causa fue promovida por el Sr. Cayún Quiroz, invocando el art. 17 N° 6 LTA, para solicitar, en definitiva, que este Tribunal deje sin efecto la Resolución Reclamada y la reemplace por otra que rechace el Proyecto.

En paralelo, en causa ROL N° R-32-2016, los Srs. Passalacqua Aravena y Otros también solicitaron que se deje sin efecto la Resolución Reclamada, y que se deje sin efecto la RCA, rechazando el Proyecto. Esta última causa fue acumulada al actual procedimiento R-30-2016.

Ambas reclamaciones se fundaron en el art. 17 N° 6 LTA, por falta de consideración de las observaciones reclamadas ante el Comité de Ministros, al omitir pronunciamiento de fondo, respecto de las infracciones normativas alegadas y rechazadas totalmente; y, respecto de la segunda reclamación, por exceder el Comité de Ministros sus competencias, respecto de las infracciones normativas alegadas y acogidas parcialmente, en materia de fauna, medio humano y turismo.

El reclamado Comité de Ministros evacuó su Informe solicitando el rechazo de la reclamación, con costas.

En tanto, el Proponente del Proyecto –Mediterráneo– se hizo parte como tercero, y solicitó rechazar la reclamación, con costas.

Por último, los Srs. Fernández Socías se incorporaron como terceros coadyuvantes en la presente causa.

Corresponde, a continuación, revisar las alegaciones de cada una de las partes directas e indirectas de la presente causa.

1.1. ALEGACIONES DEL SR. CAYÚN QUIROZ

TERCERO. Que el Sr. Cayún Quiroz formuló cuatro alegaciones, todas fundadas en la falta de consideración en la RCA de sus observaciones al Proyecto. A continuación se enuncian cada una de las alegaciones, en su orden lógico.

En su primera alegación, el Sr. Cayún Quiroz señaló que el estudio antropológico de la Adenda 2 —y su ampliación en la Adenda 3— presentado por el Proponente del Proyecto durante la evaluación ambiental, en adelante «Estudio Antropológico Original y su Ampliación», poseería serias deficiencias metodológicas, a saber:

- 1) no habría especificado el criterio muestral del estudio, ni la técnica utilizada;
- 2) no habría especificado por qué se dejaron fuera 19 familias pertenecientes a la comunidad;
- 3) no guardaría coherencia con la información aportada por el titular en el estudio, al considerar 23 familias de un total de 42, de las cuales solo 15 se encuestaron; e
- 4) inidoneidad del sistema de registro de respuestas, en la ampliación del Estudio Antropológico, ya que no se usó grabadora y no se exigió la firma de la ficha de registro.

En su segunda alegación, el Sr. Cayún Quiroz acusó infracción al ORD. N° 130.528/2013, que Imparte Instrucciones sobre la Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el marco del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, del Director Ejecutivo del SEA, en adelante «Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA», ya que la RCA, al responder las observaciones, se limitaba a reiterar «[...] los antecedentes y conclusiones aportados por el titular respecto de la línea de base antropológica» (fs. 5), lo que a su juicio infringiría el criterio de integridad de dicho instructivo.

En su tercera alegación, el Sr. Cayún Quiroz señaló que la Autoridad Ambiental había descartado en forma arbitraria e ilegal, la susceptibilidad de afectación directa, en los términos señalados en el Convenio 169 (1989) de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, en adelante «Convenio 169». Este reclamante alegó la improcedencia de descartar la susceptibilidad en los términos de ese Convenio, sobre la base de la no generación de los efectos, características y circunstancias del art. 11, letra d) LBGMA. De este modo, la Autoridad habría actuado arbitraria e ilegalmente, porque justificó la no identificación de alteraciones a los sistemas de vida y sitios de significación cultural de la comunidad, basado en que la línea de transmisión proyectada, pasaría por las riberas Norte del río Manso, del lago Tagua Tagua y del río Puelo, sin afectar a las familias que viven en la ribera Sur. Finalizó el Sr. Cayún Quiroz señalando que respecto de lo anterior, se incumplieron y vulneraron derechos humanos básicos de los pueblos originarios, por lo que la falta de un adecuado proceso de consulta, tornaría ilegal el proceso de evaluación ambiental, con lo cual se vulneraría el Convenio 169, refiriendo al respecto de manera extensa a las características y requisitos del proceso de consulta indígena, la que era una carga del Estado en cuanto a su implementación en el caso de autos.

Finalmente, en su cuarta alegación, el Sr. Cayún Quiroz señaló que el Proyecto fue aprobado sin mediar consulta indígena previa, a pesar de que éste se emplazará en el territorio ancestral de su comunidad -Domingo Cayún Panicheo-, la que abarca todo el valle del Puelo, y de que nadie en ella había sido consultado, conforme las exigencias del Convenio 169.

1.2. ALEGACIONES DE LOS SRS. PASSALACQUA ARAVENA Y OTROS

CUARTO. Que, por su parte, los Srs. Passalacqua y Otros, señalaron que la Resolución Reclamada, no habría considerado sus reclamaciones administrativas adecuadamente, lo que se tradujo, por una parte, en el rechazo de algunas materias reclamadas y, por otra parte, en haber sido acogidas parcialmente otras; además, de la existencia de un vicio de nulidad de derecho público.

Las materias reclamadas en sede administrativa, y rechazadas por el Comité de Ministros, fueron las siguientes:

- 1) Desprendimiento de material a los ríos Manso y Puelo;
- 2) Fraccionamiento del Proyecto;
- 3) Componente arqueológico;
- 4) Fauna íctica; y,
- 5) Flora.

En tanto, las materias reclamadas administrativamente y acogidas parcialmente por el Comité de Ministros, fueron las siguientes:

- 1) Fauna;
- 2) Medio humano; y
- 3) Turismo.

A juicio de los Srs. Passalacqua Aravena y Otros, de lo anterior se derivan tres alegaciones generales:

- 1) Omisión de pronunciamiento de fondo respecto de las infracciones normativas alegadas y rechazadas en su totalidad;
- 2) Exceso del Comité de Ministros en sus competencias, respecto de ciertas infracciones normativas que habían sido alegadas, pero que fueron acogidas parcialmente; y,
- 3) Existencia de vicios esenciales en la evaluación ambiental del Proyecto que acarrearían la nulidad de derecho público de la Resolución Reclamada.

QUINTO. Que, respecto de la alegación por falta de pronunciamiento de fondo del Comité de Ministros, en relación con las infracciones normativas alegadas y rechazadas en su totalidad, los Srs. Passalacqua Aravena y Otros agregaron tres nuevos argumentos:

- 1) Falta de resolución del asunto de fondo e inadecuada consideración de las observaciones ciudadanas vertidas en el proceso de evaluación ambiental del Proyecto;
- 2) Infracciones en la Resolución Reclamada que afectaron a todas y cada una de las materias evaluadas, tales como:

- a) infracción del Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA;
 - b) infracción del art. 2° letra i) LBGMA;
 - c) infracción del art. 11 LBGMA, en sus literales b), c), d), e) y f), en relación con los arts. 6°, 10 y 11 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, D.S. N° 95 de 2001, de Ministerio Secretaría general de la Presidencia, en adelante «RSEIA 2001». Hoy derogado por el D.S. N° 40, del 2012, de Ministerio del Medio Ambiente;
 - d) infracción del art. 12 LBGMA, en sus diversos literales;
 - e) omisión de las medidas de mitigación correspondientes, relacionadas con las infracciones antes señaladas; y
 - f) infracción de los arts. 8° y 41 de la Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado («LBPA»).
- 3) Haber cometido la Resolución Reclamada 3 infracciones particulares:
- a) infracción del Tratado sobre Medio Ambiente y Recursos Hídricos Compartidos, entre Chile y Argentina (suscrito el 02 de agosto de 1991);
 - b) infracción al art. 13 inciso 4° LBGMA, al constituir la medida de mitigación correspondiente a la variante Tramo Río Puelo, una modificación sustancial del Proyecto, en relación con el componente flora, no siendo una medida para disminuir efectos adversos; y
 - c) insuficiencia de métodos utilizados, para evaluar el componente fauna íctica.

SEXTO. Que, por su parte, con relación a la segunda alegación general, referente a que el Comité de Ministros habría excedido sus competencias, respecto de ciertas infracciones normativas alegadas, que fueron acogidas parcialmente, ésta se fundó en los siguientes 2 argumentos:

- 1) haber incurrido el Comité de Ministros, en incongruencias, puesto que acogió en parte las observaciones sobre fauna, medio humano y turismo; y,
- 2) haberse incurrido en las mismas infracciones ya señaladas en el numeral 2) del considerando anterior, que afectaron a las tres materias evaluadas a las que refiere este considerando (fauna, medio humano y turismo).

Respecto del argumento individualizado en el numeral 1) precedente, los Srs. Passalacqua Aravena y Otros al referirse al elemento fauna, alegaron que el Comité de Ministros dejó en manos del Proponente del Proyecto la elaboración de un programa de seguimiento de fauna, el que eludiría la evaluación ambiental, al dejarse a su aprobación posterior al SAG. Por su parte, en lo que respecta al medio humano, se alegó una interpretación incorrecta de las variables antropológicas, lo que no habría permitido considerar la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, omitiéndose medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas para dicho impacto. Por último, en lo que respecta al turismo, se alegó que los compromisos voluntarios adquiridos por el Proponente del Proyecto, al ser considerados como medidas de mitigación, reparación o compensación, a consecuencia de la modificación del paisaje, suponen el reconocimiento de nuevos impactos no evaluados, tales como la apertura de un camino privado al uso público, y la entrega de ingeniería y topografía básica para proyectar el camino desde la bocatoma de la central hasta el Paso El León. Además se alegó, que el Comité de Ministros no se hizo cargo de la opinión del Servicio Nacional de Turismo ni de la opinión de la I. Municipalidad de Cochamó, quienes estimaron impactos negativos.

Por su parte, respecto del numeral 2) precedente, sin perjuicio de que la fundamentación de la alegación contra la Resolución Reclamada se sustentó en haber el Comité de Ministros aceptado parcialmente las reclamaciones administrativas respecto de las materias fauna, medio humano y turismo; también se alegó respecto de ella, infracción a todas las normas, leyes y reglamentos, señalados en el numeral 2) del Considerando Quinto (infracción

del Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA; infracción del art. 2 letra i) LBGMA; infracción del art. 11 LBGMA, en sus literales b), c), d), e) y f), en relación con los arts. 6, 10 y 11 del RSEIA 2001; infracción del art. 12 LBGMA, en sus diversos literales; omisión de las medidas de mitigación correspondientes, relacionadas a las infracciones antes señaladas; e infracción de los arts. 8° y 41 LBPA.

SÉPTIMO. Que, en forma adicional, los Srs. Passalacqua Aravena y Otros alegaron la existencia de un vicio de nulidad de derecho público de la Resolución Reclamada, fundado en la existencia de un vicio esencial del procedimiento de evaluación ambiental. Esto, por cuanto la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) no cumpliría con la normativa ambiental, ni se haría cargo de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA, ni propondría medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. De esta manera, a juicio de los reclamantes, se configuraría la nulidad del procedimiento de evaluación ambiental por infracción del art. 9 bis LBGMA, en relación con el art. 16 y 11 de la misma Ley en sus diversos literales.

I.3. ALEGACIONES DE LOS SRS. FERNÁNDEZ SOCÍAS Y OTROS

OCTAVO. Que, por su parte, los Srs. Fernández Socías y Otros, alegaron tener legitimación activa, fundada en lo dispuesto en el art. 18 LTA, en relación con lo dispuesto en los numerales 5 y 6 del art. 17 de igual cuerpo legal, para lo cual fundamentaron su comparecencia conforme lo dispuesto en el art. 23 del CPC.

Estos terceros señalaron tener intereses concordantes con los de los reclamantes de las causas R-30-2016 y R-32-2016, que se traducía en la afectación de derechos a partir de la Resolución Reclamada, de la que pretenden se declare su nulidad. Fundaron lo anterior, en una supuesta consideración incorrecta de sus observaciones formuladas; al igual que en una presunta infracción del art. 16 inciso final LBGMA, por falta de información esencial del Proyecto, en un condicionamiento ilícito de la autorización ambiental por parte del Comité de Ministros; y en una presumible

infracción a las normas sobre procedimiento administrativo y participación ciudadana.

I.4. ALEGACIONES DEL COMITÉ DE MINISTROS

NOVENO. Que el Comité de Ministros, representado por el Director Ejecutivo del SEA, fundó su Informe en argumentos comunes para rechazar las reclamaciones, para luego contraargumentar respecto de cada reclamación por separado.

Entre los argumentos comunes expuestos, refirió a la importancia de aplicar el principio de congruencia del art. 41 LBPA, porque en los procedimientos tramitados a solicitud de interesado, la resolución deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste. De lo anterior, el Comité de Ministros afirmó que solo pudo pronunciarse respecto de aquello que fue sometido a su conocimiento; lo que, a su vez, fijó la competencia del Tribunal Ambiental.

Por otra parte señaló que los arts. 29 y 30 bis LBGMA en relación con el art. 20 de igual norma, constituían una herramienta recursiva amplia, que permitía al Comité de Ministros revisar tanto la legalidad, como también aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia. A su juicio, esta conclusión se encuentra en plena concordancia con el art. 59 LBPA. De lo anterior se seguiría que las competencias del Comité de Ministros eran amplias, pudiendo inclusive imponer nuevas condiciones o exigencias o nuevas medidas de mitigación, compensación y reparación, si fuere necesario.

DÉCIMO. Que respecto de la reclamación del Sr. Cayún Quiroz, el Comité de Ministros señaló que la consulta de una RCA solo procede respecto de aquellos proyectos que generan algún impacto ambiental significativo de los contemplados en el art. 11 LBGMA, por lo que la afectación directa a la que refiere el Convenio 169 en su art. 6°, se encuentra comprendida dentro de aquellos efectos.

Señaló, además, que el Proyecto no generará ninguno de los efectos características o circunstancias del art. 11 letra d) LBGMA reclamados, porque para que ello ocurra se requiere la cercanía del Proyecto a la población protegida y una posibilidad cierta de

afectación, lo que en la práctica no ocurría con la Comunidad Domingo Cayún Panicheo, puesto que ella se ubicaba a 33 kms de la parte más próxima del Proyecto.

UNDÉCIMO. Que, en lo que dice relación con el contenido del Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA, el Comité de Ministros sostuvo que se debía priorizar la finalidad perseguida por el SEIA; esto es, hacerse cargo y pronunciarse respecto de cada una de las observaciones en los fundamentos de la RCA.

DUODÉCIMO. Que respecto del Estudio Antropológico Original y su Ampliación, el Comité de Ministros sostuvo que para descartar la generación de impactos al medio humano, aquellos fueron debidamente abordados y que la única comunidad indígena dentro de la línea de base del Proyecto era la Comunidad Domingo Cayún Panicheo. Que de lo expuesto, el Estudio Antropológico Original y su Ampliación, no fueron los únicos antecedentes tenidos a la vista al evaluar el componente medio humano, para descartar los impactos ambientales significativos del art. 11 LBGMA; y que habían sido los propios entrevistados los que no identificaron alteraciones a sus sistemas de vida y tampoco reconocieron sitios de significación cultural.

DECIMOTERCERO. Que en lo que respecta a las alegaciones sobre el incumplimiento del Convenio 169, el Comité de Ministros afirmó que no existía ninguna de las hipótesis planteadas por el reclamante, puesto que el Proyecto no causará alto impacto a los pueblos indígenas y no se requería del traslado de aquellos.

DECIMOCUARTO. Que el Comité de Ministros al referirse en particular a la Reclamación de los Srs. Passalacqua Aravena y Otros, señaló que no correspondía que se reclamase ante este Tribunal materias no observadas por los reclamantes de autos. Al respecto se aludió a la alegación de la Sra. Nora Rosalía Corbalán, sobre la eventual infracción del Tratado Internacional entre Chile y Argentina sobre Medio Ambiente, y al hecho de no haber acudido ésta a la presente sede judicial, puesto lo contrario implicaría vulnerar el principio de congruencia, conforme lo dispone el inciso 4° del art. 46 RSEIA 2001 y los arts. 17 N° 6 y 18 N° 5 LTA.

DECIMOQUINTO. Que, el Comité de Ministros señaló no corresponder las alegaciones sobre falta de pronunciamiento de fondo de la Resolución Reclamada y falta de consideración de las observaciones de la misma Resolución, porque se cumplió, a su juicio, con el sentido del proceso de participación ciudadana, al contestar el Comité de Ministros cada una de las reclamaciones.

En el mismo sentido, señaló que al resolver, ese Comité puso especial atención en el bien jurídico protegido y en el medio ambiente, porque el análisis realizado no se enfocó en la forma en que se dio la respuesta, sino que en el proceso de evaluación mismo, haciéndose cargo del fondo. Que por lo demás, el proceso de participación no tiene por objeto acceder a las observaciones, sino que dar respuesta fundada de ellas, lo que constaba haber sucedido.

I.5. ALEGACIONES DE MEDITERRÁNEO

DECIMOSEXTO. Que el tercero independiente Mediterráneo a fs. 1288 y ss., señaló ser el titular de la RCA, calidad que le habilitaba para comparecer conforme lo dispuesto en el art. 23 CPC, al tener un interés actual en los resultados del juicio.

Luego con fecha 05 de mayo de 2016, Mediterráneo realizó tres presentaciones. Mediante la primera de fs. 1300 y ss., señaló respecto de la acción presentada por el Sr. Cayún Quiroz, que la Resolución Reclamada se fundó en una correcta evaluación de la materia reclamada ante el Comité de Ministros, en una adecuada metodología utilizada en el Estudio Antropológico Original y su Ampliación, y en que el reclamante no presentó nueva información que permitiera desvirtuar las conclusiones obtenidas en el proceso de evaluación.

DECIMOSÉPTIMO. Que a fs. 1338 y ss., respecto de la reclamación de los Srs. Passalacqua Aravena y Otros, Mediterráneo justificó la decisión del Comité de Ministros distinguiendo entre los recursos administrativos rechazados totalmente y los recursos administrativos acogidos parcialmente. Respecto de los primeros, se refirió a la alegación respecto a la infracción del Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA, el que carecería de fuerza

vinculante para las Comisiones de Evaluación Ambiental. Luego se refirió a la necesidad de dar cumplimiento al Principio de Congruencia, aludiendo en particular a la materia observada por la Sra. Nora Rosalía Corbalán, relativa a la supuesta infracción del Tratado sobre Recursos Hídricos Compartidos entre Argentina y Chile, señalando que no era reclamante en autos.

Seguidamente, Mediterráneo justificó la adecuada ponderación por parte del Comité de Ministros de los rechazos de las reclamaciones sobre los componentes evaluados, correspondientes a remoción en masas, fraccionamiento, componente arqueológico, componente flora y fauna íctica.

Por su parte, respecto de los recursos administrativos acogidos parcialmente, a fs. 1399 y ss., Mediterráneo señaló que la RCA constituía un acto de naturaleza híbrida, porque al mismo tiempo era un acto reglado y discrecional. Al respecto se refirió al Principio Pro Condición, para luego analizar las observaciones de los reclamantes y justificar la decisión del Comité de Ministros.

DECIMOCTAVO. Que Mediterráneo alegó la improcedencia del Reclamo del Sr. Cayún Quiroz, por fundarse éste en dos supuestos erróneos. El primero de ellos se encontraría al considerar que el Proyecto se emplazaría dentro de tierras indígenas, lo que descartó; señalando que la Comunidad se encontraba a más de 30 kms de la obra más cercana, y el segundo error, al considerar que con ocasión del Proyecto se generarían graves impactos en los sistemas de vida y costumbres de la comunidad, lo que descartaba porque en ningún momento el Sr. Cayún Quiroz explicó en qué consistían los graves impactos alegados.

Luego, el tercero señaló que la metodología del Estudio Antropológico Original y su Ampliación era la usual para este tipo de proyectos, y que se siguió una secuencia cronológica y metodológica que consideró desde revisión normativa hasta el desarrollo de actividades en terreno. Indicó además que se abordaron aspectos específicos de la identidad Mapuche, con lo que se habría completado una muestra cercana al 90% de las familias de pueblos originarios de la comuna. A partir del criterio muestral del Estudio Antropológico Original y su

Ampliación concluyó la no generación de alteraciones significativas en los sistemas de vida de los miembros de los pueblos originarios de la comuna, que el Proyecto no se emplazaría en tierras indígenas, y que en la especie no resultaba procedente realizar una consulta indígena de conformidad al Convenio 169.

Mediterráneo también afirmó que no se daban los supuestos necesarios, para que fuere procedente la consulta indígena, conforme lo dispuesto por el art. 6 letra a) del Convenio 169, los arts. 1°, 2° y 7° del Decreto 124 del Ministerio de Planificación, del 25 de septiembre de 2009, y el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, del 15 de julio de 2009. Al efecto señaló que la zona de emplazamiento del Proyecto no es tierra o territorio indígena, para lo cual citó la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 3863-2012, pues no habría susceptibilidad de afectación directa.

Del mismo modo, Mediterráneo indicó que el Proyecto no producirá impactos significativos ni susceptibilidad de afectación directa sobre la Comunidad, porque el lugar en que éste se emplazaba no había sido declarado tierra indígena de acuerdo a la Ley N° 19.253, citando al efecto las sentencias de la Corte Suprema Rol N° 1602-2012 y Rol N° 12457-2013. En relación a lo mismo, señaló que para que proceda la reclamación debe acreditarse la afectación de forma razonable y en función de los antecedentes concretos, y que si como resultado de una evaluación se concluyó la inexistencia de alteración significativa, el Convenio 169 no resultaría aplicable.

Mediterráneo, además, descartó una eventual afectación de la Comunidad Domingo Cayún Panicheo al evaluar el Proyecto, porque las observaciones manifestadas por la Municipalidad de Cochamó y la CONADI, fueron debidamente respondidas en Adenda N° 1, 2 y 3.

Por último, Mediterráneo señaló que la Resolución Reclamada se encontraba fundada, porque se basaba en los distintos pronunciamientos de la Autoridad competente, conforme dan cuenta los puntos N° 14.1 y ss. de la misma.

DECIMONOVENO. Que Mediterráneo solicitó tener por acreditado que la reclamación de los Srs. Passalacqua Aravena y Otros carecía de sustento técnico y jurídico, fundado en haberse proporcionado todos los antecedentes necesarios para una completa evaluación de los componentes ambientales reclamados, señalando además que los servicios que participaron de la evaluación se manifestaron conformes.

Respecto de lo anterior, Mediterráneo señaló que el Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA solo tiene por objeto orientar a las direcciones regionales del SEA, respecto de la elaboración de las respuestas a las observaciones ciudadanas, careciendo de jerarquía legal. Por este último motivo su infracción no acarreaba la revocación de la RCA. En la misma línea, señaló que dicho Oficio solo obliga a los miembros del SEA, no siendo vinculante respecto de las COEVAs ni tampoco respecto del Comité de Ministros, y que todos los cuestionamientos de fondo efectuados por los reclamantes fueron debidamente considerados.

Mediterráneo se refirió, además, a la importancia del Principio de Congruencia, como rector de la actividad procesal, consagrado en el art. 41 LBPA, la que establece la obligación de la Autoridad de ajustar la resolución a las peticiones formuladas por el interesado. A su juicio, le corresponde al Tribunal conocer solo de las materias reclamadas administrativamente ante el Comité de Ministros.

Respecto de cada una de las alegaciones formuladas por los reclamantes que fueron rechazadas totalmente por el Comité de Ministros, Mediterráneo argumentó en apoyo de tal decisión lo adecuado de la evaluación ambiental. El tercero se refirió reiteradamente al contenido de la misma, consistente tanto en adendas, informes, pronunciamientos favorables de los servicios con competencia ambiental y pronunciamientos favorables de la Autoridad Ambiental a través de las resoluciones respectivas.

Adicionalmente, respecto de la infracción del Tratado Internacional de Recursos Hídricos compartidos con Argentina, promovida como observación por la Sra. Nora Rosalía Corbalán, Mediterráneo alegó que aquella no era reclamante en estos autos;

y que, por lo demás, no era necesario invocar el incumplimiento de un Tratado internacional, porque el cuidado del medio ambiente, se satisfacía plenamente con el cumplimiento de la regulación ambiental por cada país.

Respecto del supuesto fraccionamiento del Proyecto, el tercero alegó que la prohibición del art. 11 bis LBGMA, recae en fraccionamiento de proyectos a sabiendas. A su juicio, esto no se ha dado en la especie, fundado tanto en la R.E. N° 453 de 2011 de la SMA, a la que se ha hecho referencia a fs. 1366, como en las sentencias de la Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 9.305-2013, de la C.A. de Stgo. Rol N° 35693-2012 y de la C.S. Rol N° 10.220-2011.

Por último, respecto del supuesto impacto sobre el patrimonio arqueológico, Mediterráneo advirtió que el Sr. Cristián Paredes Meza no fue incluido ni en la reclamación, ni en el mandato judicial de aquella, motivo que le impedía al Tribunal pronunciarse respecto de las observaciones ciudadanas formuladas por éste. Señaló, sin embargo, que en ciertos sectores, como en la junta del Río Torrentoso con el Río Manso, se registraba evidencia de pinturas rupestres. Sin perjuicio de lo anterior, el lugar se encontraba a más de 2 km al Noreste de la zona de influencia del Proyecto, al igual que todos los asentamientos y restos patrimoniales documentados. Mediterráneo reconoció la existencia de sitios arqueológicos sin reconocimiento de calidad de Monumentos Nacionales, los que se encontrarían a unos 2,5 y 3,5 km de distancia de la bocatoma del Proyecto.

VIGÉSIMO. Que Mediterráneo mediante su presentación de fs. 1399, solicitó se consideraran los argumentos expuestos en relación con los recursos administrativos acogidos parcialmente por el Comité de Ministros. A este efecto, se refirió a la competencia de ese Comité, a los Principios Precautorio, de Participación Ciudadana y de Justicia Ambiental que los reclamantes estimaron infringidos. Igualmente hizo presente que la RCA del Proyecto tendría naturaleza híbrida, por cuanto puede establecer condiciones adicionales sobre un proyecto aprobado, resultado de la facultad discrecional del Comité de Ministros. Agregó una referencia al Principio Pro Condición por el que la Autoridad debía preferir la

imposición de condiciones antes que el rechazo del EIA. Se refirió al análisis de las reclamaciones acogidas parcialmente por el Comité de Ministros sobre turismo, medio humano y fauna, justificando la amplitud de las atribuciones de ese Comité, con relación a los pronunciamientos respecto de las reclamaciones de los reclamantes Sra. Krag Panduro, y Srs. Zúñiga Torres y Passalacqua Aravena respecto del elemento fauna; de los Srs. Bustos Bischof, Nahmías Aravena, Soto Oyarzo, y de las Sras. Fernández Miranda y Epprecht González respecto del medio humano y de los reclamantes Sra. Fernández Miranda, y Srs. Zúñiga Torres y Torrijos Carrasco en relación con el elemento turismo.

II) CONTROVERSIAS DE LA CAUSA

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, las controversias promovidas por las partes son múltiples. El Tribunal las ha analizado, y es del parecer que estas pueden ser resumidas en cuatro:

- 1) **Presunta vulneración de la vía idónea de impugnación de la RCA:** tanto el Comité de Ministros (fs. 73 y ss., y fs. 1641) como Mediterráneo (fs. 1338 y ss.) alegaron que en la acción de los Srs. Passalacqua Aravena y Otros, se reclamaba de ciertas observaciones que no habían sido presentadas por los actores en el procedimiento de evaluación ambiental. De tal manera que los Srs. Passalacqua Aravena y Otros reclamaban de las observaciones presentadas por la Sra. Nora Rosalía Corvalán y por los Sres. Ricardo Girardi, Jaime Fernández y Andrés Amengual, ninguno de los cuales son parte en la presente causa.

Además, el Comité de Ministros también alegó (fs. 1641), al igual como lo hizo Mediterráneo S.A., que los terceros coadyuvantes Srs. Fernández Socías y Otros, carecerían de la facultad de promover alegaciones distintas a las promovidas en autos por las partes directas.

Por su parte, Mediterráneo alegó (fs. 1370) que en la reclamación de los Srs. Passalacqua Aravena y Otros, se incluía al Sr. Cristián Paredes Meza, del cual no constaba su personería.

- 2) **Presunta ilegalidad por falta de motivación de la RCA:** las controversias aquí incorporadas se refieren tanto a la supuesta falta de resolución de cuestiones de fondo planteadas por los reclamantes, como a la pretendida ausencia de información en el proceso de evaluación ambiental. En ambos casos, el vicio subyacente alegado se refiere a una pretendida ilegalidad cometida por la Autoridad al no motivar la Resolución Reclamada, o al hacerlo erróneamente, puesto que se habría basado ya sea en antecedentes incorrectos o en carencia de información suficiente. En esta esfera serán consideradas, (i) la efectividad de que la reclamación del Sr. Cayún Quiroz ante el Comité de Ministros no fue debidamente considerada, al omitirse la existencia de susceptibilidad de afectación directa de su Comunidad, bajo los supuestos de hecho que justificarían un procedimiento de consulta indígena previo; (ii) la efectividad de que la reclamación de los Srs. Passalacqua Aravena y Otros ante el Comité de Ministros no fuese considerada, al omitir la Resolución Reclamada pronunciamiento de fondo respecto de las infracciones normativas alegadas, las que fueron rechazadas totalmente en relación con ciertas materias; y, (iii) una posible ausencia de información alegada por los Srs. Fernández Socías y Otros.
- 3) **Presunta ilegalidad competencial o atributiva:** también se acusó que el Comité de Ministros se excedió supuestamente en sus facultades para resolver la reclamación administrativa, respecto de los elementos fauna, medio humano y turismo reclamados tanto por los Srs. Passalacqua Aravena y Otros, como por los Srs. Fernández Socías y Otros.
- 4) **Presuntas ilegalidades por vicios de forma:** del mismo modo, se alegaron incorrecciones en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental. Los Srs. Passalacqua Aravena y Otros sostuvieron que la Resolución Reclamada adolecía de nulidad de derecho público, por la existencia de vicios esenciales durante la evaluación ambiental del Proyecto. Mientras, los Srs. Fernández Socías y Otros sostuvieron la infracción a normas sobre el procedimiento administrativo y al principio

participativo por exclusión infundada de solicitud de apertura de un nuevo proceso de participación ciudadana.

II.1) PRIMERA CONTROVERSIA: PRESUNTA VULNERACIÓN DE LA VÍA IDÓNEA DE IMPUGNACIÓN DE LA RCA (FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE CIERTOS RECLAMANTES)

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, revisada la reclamación de los Srs. Passalacqua Aravena y Otros, de fs. 1 y ss., correspondiente a la Causa Rol R-32-2016, acumulada a estos autos, se constata que la Sra. Nora Rosalía Corvalán y los Srs. Ricardo Girardi, Jaime Fernández y Andrés Amengual, no comparecieron en autos conforme las disposiciones de la Ley N° 18.120, sobre comparecencia en juicio, tal como lo ordena el art. 21 LTA.

Sin embargo, los Srs. Ricardo Girardi, Jaime Fernández y Andrés Amengual comparecieron a fs. 1117 como terceros coadyuvantes, a los que este Tribunal reconoció dicha calidad a fs. 1294.

Por lo anterior, el Tribunal no tendrá como partes directas en la presente causa a la Sra. Nora Rosalía Corvalán y a los Srs. Ricardo Girardi, Jaime Fernández y Andrés Amengual. En tanto, sí tendrá como partes indirectas a los Srs. Ricardo Girardi de Esteve, Jaime Fernández Socías y Andrés Amengual Martín.

VIGÉSIMO TERCERO. Que, en lo que dice relación con el Sr. Cristián Guillermo Paredes Meza, se constata que en la reclamación de fs. 1 y ss. de la causa R-32-2016 (acumulada a la R-30-2016), en varios de sus pasajes se le individualiza como «representado» de la abogada patrocinante (fs. 12 vta. y fs. 13 de la causa Rol R-32-2016). Sin perjuicio de aquello, el Sr. Paredes Meza no fue individualizado al comienzo de la reclamación, ni consta haya otorgado mandato alguno para ser representado en la presente causa, motivo por el cual no se le considerará en calidad de parte.

VIGÉSIMO CUARTO. Que, respecto de la posibilidad de las partes de reclamar sobre observaciones cuyos titulares no reclamaron en esta sede, se debe señalar que el tenor literal del art. 17 N° 6 LTA permite que personas naturales o jurídicas ocurran ante esta sede jurisdiccional, recurriendo en contra de la determinación

del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo del SEA que resuelva su recurso administrativo, con motivo de no haber sido consideradas sus observaciones en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los arts. 29 y 30 bis LBGMA.

A juicio de estos sentenciadores, la norma referida es clara al conceder el derecho de acción ante este Tribunal a las personas que hayan presentado observaciones durante el procedimiento de evaluación ambiental de un EIA (29 LBGMA) o de una DIA (30bis LBGMA), siempre que su observación no haya sido considerada y se haya agotado la vía recursiva administrativa ante, ya sea el Comité de Ministros (EIA) o el Director Ejecutivo del SEA (DIA). Por lo que una persona no tiene derecho a reclamar judicialmente de la observación -no considerada- promovida por un tercero en el procedimiento de evaluación ambiental. A lo más, podrá referirla como ilustrativa de una conducta general de la Autoridad Ambiental.

De lo expuesto, siendo la calidad de parte un requisito de existencia de toda relación procesal y, por lo mismo, requisito previo a la legitimación activa (requisito de eficacia), se desechará lo concerniente a las alegaciones de la Sra. Rosalía Corvalán, y de los Srs. Girardi, Fernández y Amengual, al igual que respecto del Sr. Paredes Meza, contenidas en la Reclamación de los Srs. Passalacqua Aravena y Otros.

VIGÉSIMO QUINTO. Que, por su parte, en lo que respecta a la comparecencia de los terceros coadyuvantes Srs. Fernández Socías y Otros, aun cuando ellos cuestionan la validez de la Resolución Reclamada, consta que tanto la Sra. Carolina Fuentes Sepúlveda como los Sres. Andrés Amengual Martín, Ricardo Girardi de Esteve, Federico Medina Villacura, Alejandro Condeza Venturelli y Jaime Fernández Socías, este último por sí o en representación de Turismo el Barraco Ltda., alegaron, desde fs. 1129 a 1137, respecto de sus observaciones en el procedimiento de evaluación ambiental, siendo que no reclamaron como partes directas en la presente causa. Lo anterior, imposibilita considerar dichos argumentos como coadyuvantes de las alegaciones de las partes directas de autos, porque en la práctica lo que se ha pretendido

es que el Tribunal considere cuestiones propias de un tercero independiente. Por este motivo, el Tribunal desechará las alegaciones individuales, derivadas de las observaciones de la Sra. Fuentes Sepúlveda, y Sres. Amengual Martín, Girardi de Esteve, Medina Villacura, Condeza Venturelli y Fernández Socías, este último por sí o en representación de Turismo El Barraco Ltda.

II.2) SEGUNDA CONTROVERSIA: PRESUNTA ILEGALIDAD POR FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA RCA

VIGÉSIMO SEXTO. Que, tanto el Sr. Cayún Quiroz, como los Srs. Passalacqua Aravena y Otros, y los Srs. Fernández Socías y Otros, alegaron supuestos vicios de falta de motivación de la Resolución Reclamada.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, el Sr. Cayún Quiroz presentó cuatro alegaciones (ver Considerando Tercero) que constituyen un solo argumento. La premisa mayor corresponde a su afirmación de que el Estudio Antropológico Original y su Ampliación poseería serias deficiencias metodológicas. A raíz de ese hecho, sigue el argumento, la Autoridad Ambiental habría desechado arbitraria e ilegalmente la susceptibilidad de afectación directa -en los términos del Convenio 169-. Dicho vicio, continúa el argumento, se asocia a una supuesta infracción al Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA, ya que la Resolución Reclamada se habría remitido a las conclusiones del Proponente del Proyecto en su Estudio Antropológico Original y su Ampliación, sin hacerse cargo de sus alegaciones sobre las deficiencias del mismo. De esta forma, el reclamante concluyó que el Proyecto fue aprobado sin mediar consulta indígena previa, lo que debió haber sido corregido por la Resolución Reclamada.

A juicio del Tribunal, el argumento del Sr. Cayún Quiroz se refiere a un eventual yerro en la decisión del Comité de Ministros al haberse apoyado solo en un Estudio Antropológico Original y su Ampliación, el que era presuntamente deficiente. De ahí, que la alegación se reduce a la motivación del acto.

De consiguiente, y relacionado con ésta controversia, el Tribunal procederá a analizar lo siguiente:

- a) Presunto error en los supuestos de hecho de la RCA y de la Resolución Recurrida;
- b) Presunta infracción al Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA, por falta de consideración; y,
- c) Presunta arbitrariedad e ilegalidad al haber sido desechada la susceptibilidad de afectación directa.

II.2.1) PRESUNTO ERROR EN LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LA RCA Y DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, el Sr. Cayún Quiroz cuestionó la validez de la metodología del Estudio Antropológico Original y su Ampliación. Dicho estudio habría sustentado los supuestos de hecho (línea de base antropológica) acogidos por la COEVA, y ratificados por el Comité de Ministros, para desechar el trámite de consulta indígena previa.

VIGÉSIMO NOVENO. Que, a fs. 1647, el Tribunal ordenó traer a la vista el expediente electrónico de evaluación ambiental del Proyecto.

El referido Estudio Antropológico se encuentra contenido en el Anexo 3 de la Adenda 2 del Expediente Electrónico de Evaluación de Impacto Ambiental del Proyecto, en adelante «Estudio Antropológico Original», URL http://seia.sea.gob.cl/archivos/922_Anexo_3.pdf. En tanto, su ampliación está contenida en el Anexo 19 de la Adenda 3 del Expediente Electrónico de Evaluación de Impacto Ambiental del Proyecto, en adelante «Ampliación Estudio Antropológico», URL http://seia.sea.gob.cl/archivos/63b_Anexo_19.pdf. No obstante la existencia de dos documentos, la referencia al Estudio Antropológico reúne a ambos.

TRIGÉSIMO. Que, en primer lugar, el Proponente utilizó como base para el diseño metodológico del Estudio Antropológico Original y su Ampliación una «Guía de apoyo para la evaluación de efectos significativos sobre pueblos originarios en el SEIA de marzo de 2011» (Estudio Antropológico Original, pág. 8; Ampliación Estudio

Antropológico, pág. 7). No obstante, la citada guía no representaba un documento oficial, ya que no había sido publicada por la Autoridad Ambiental, como consta en el listado de guías vigentes y no vigentes del SEA y de la CONAMA (Resolución Exenta N° 1010/2015, de 6/8/2015, del Director Ejecutivo del SEA). A pesar que esta guía no fue acompañada al proceso, la metodología de los estudios citados igualmente debe cumplir con el estándar científico básico para investigaciones aplicadas en el área de las ciencias sociales.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que la literatura sobre investigación cualitativa (aplicable a las características generales del estudio cuya metodología ha sido cuestionada), considera que una investigación que recabe información primaria debe comprender ciertas etapas, reagrupadas por estos sentenciadores en tres grandes fases como se indica a continuación (Patton, M.Q. 2002. *Qualitative Research & Evaluation Methods*. Sage Publications, Inc.; Valles, M.S. 2007. *Técnicas Cualitativas de Investigación Social*. Editorial Síntesis S.A., pág. 76; Rodríguez Gómez, G., Gil Flores, J. & García Jiménez, E. 1999. *Metodología de la Investigación Cualitativa*, Ediciones Aljibe, S.L., págs. 63-77):

- 1) **Diseño de la investigación o fase preparatoria** (definir el problema; diseño del trabajo; establecer objetivos; definir restricciones; establecer unidad de estudio; diseñar la muestra, su tamaño y las estrategias de muestreo y diseñar los instrumentos a aplicar en las entrevistas);
- 2) **Trabajo de Campo** (recolección de datos); y,
- 3) **Análisis, interpretación y reporte** (validación e informe, etapas analítica e informativa).

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que, en relación con el Estudio Antropológico Original (aludido por el Comité de Ministros en la Resolución Recurrida como «estudio antropológico» o «informe antropológico», punto 14.4, a fs. 957 de autos), éste constó de dos fases de ejecución: la primera en la cual se aplicó una metodología exploratoria, y la segunda llamada de investigación (Estudio Antropológico Original, pág. 7).

TRIGÉSIMO TERCERO. Que la primera alegación específica respecto de las falencias metodológicas reclamadas por el Sr. Cayún Quiroz corresponde a que no se habría especificado el criterio muestral del estudio, ni la técnica utilizada. Es importante destacar en este sentido, que según lo revisado en el considerando anterior, el criterio o diseño muestral utilizado se debe definir durante la primera etapa de una investigación, es decir, durante el diseño de un estudio -previamente al trabajo de campo.

Luego, la sección «2.1. Metodología» del Estudio Antropológico Original da cuenta de una técnica exploratoria para determinar la muestra en terreno, utilizando el método conocido como «bola de nieve». La razón de su aplicación estuvo, según explicó el Proponente, en indagar «[...] *la ubicación de las familias mapuche en la zona y a partir de ello ubicar nuevas familias*» (Estudio Antropológico Original, pág. 7). Agregó el Estudio que su aplicación permitió «[...] *determinar que había más familias mapuche que las que se suponía inicialmente, lo que significó planificar un segundo viaje de investigación con propósitos de mayor cobertura*» (Estudio Antropológico Original, pág. 7).

Esta técnica de muestreo es utilizada en el contexto de «muestras de propósito», cuya lógica y fortaleza radica en seleccionar casos, u observaciones muestrales, ricos en información para estudios en profundidad (Patton, Op. Cit., págs. 230-237). Luego, la técnica de muestreo específica de «bola de nieve» es un enfoque para localizar informantes clave o críticos (Patton, Op. Cit., pág. 237). En el caso en cuestión se identifican inconsistencias ya que, por un lado, esta técnica se utilizó para ubicar a las familias mapuche de la zona (no solo a aquellas con conocimiento clave o crítico); y por otro, la técnica se ocupó en un contexto en el cual la cobertura o representatividad se indica como relevante (mientras que las muestras de propósito no buscan tener representatividad), ya que precisamente por falta de cobertura es que se debió planificar un segundo viaje para levantar información, correspondiente a la segunda fase del estudio original (Estudio Antropológico Original, pág. 7).

Además, la técnica de muestreo de bola de nieve se utilizó, durante la primera fase de investigación, en base a suposiciones

sobre el universo muestral -según reconoce el Proponente al señalar que luego de su aplicación se encontraron más familias que las que se suponía existían en la zona (Estudio Antropológico Original, pág. 7). Suposiciones no descritas en parte alguna del Estudio Original o su Ampliación y sobre las cuales no hay constancia de información que las respalde, ni aún menos sobre el número de familias que se pretendía encontrar inicialmente. Esto plantea dudas sobre si el desarrollo del estudio involucró un diseño muestral previo al primer trabajo de campo; aspecto que es cuestionable en el contexto nacional, pues existe un amplio acceso a bases de datos, de público conocimiento, para informar el diseño de investigaciones en las ciencias sociales.

Basta mencionar el Censo de 2002, que levantó el universo de población auto-declarada indígena dentro de la comuna de Cochamó, el cual incluso es conocido por los investigadores, ya que su información fue utilizada para caracterizar a la población indígena de la comuna (Estudio Antropológico Original, pág. 18), pero no para informar el diseño muestral (o al menos no se deja constancia alguna de ello). El Censo de 2002 puede resultar desactualizado, pero al menos habría aportado una aproximación para establecer el universo, con el fin de diseñar una muestra de amplia representatividad y de manera previa al primer trabajo de campo. Si se hubiese consultado fuentes de información secundaria de manera previa al primer trabajo de campo, es decir, durante la etapa de diseño de la investigación, los investigadores habrían podido establecer supuestos realistas acerca de las características y número de población de origen indígena de la zona (con fines de diseño muestral).

Continúa el Estudio Antropológico Original reportando sobre la segunda fase del estudio, la cual habría considerado un criterio muestral previo a la realización de entrevistas. No obstante, como se revisa a continuación, resulta inconsistente la explicación dada por el Proponente sobre el diseño de la muestra de la segunda fase, al señalar que ésta habría sido representativa en cada una de las localidades del área de influencia del Proyecto, respecto del universo muestral (diseño que habría sido realizado en base a la Ficha de Protección Social; Estudio

Antropológico Original, pág. 15). La inconsistencia radica principalmente en lo señalado por CONADI que cuestionó fuertemente el diseño muestral y solicitó ampliar la muestra, como se revisa en detalle más adelante.

Además, el criterio muestral descrito, en relación con la segunda fase del estudio original (Estudio Antropológico Original, pág. 15), no establece las metodologías o técnicas de muestreo utilizadas. Esto no permite a este Tribunal determinar si la cobertura de familias entrevistadas es representativa respecto del universo muestral; lo cual es sugerido por los autores sin respaldo metodológico alguno respecto de técnicas de muestreo (Estudio Antropológico Original, pág. 15-16).

De hecho, como se introdujo anteriormente, la CONADI llama la atención respecto de los aspectos metodológicos deficientes en términos de muestreo, contradiciendo absolutamente al titular respecto de la supuesta representatividad muestral, del Estudio Antropológico Original, dentro del área de influencia del proyecto. El oficio ordinario N° 371/13 (obstante en el expediente de evaluación del proyecto, URL: http://seia.sea.gob.cl/archivos/Ord_371-13_CONADI.PDF) señala, en referencia al Estudio Antropológico Original:

«Por otra parte, la metodología aplicada para la obtención de las muestras pareciera no ser la más indicada para poder evaluar adecuadamente los potenciales impactos que generaría la implementación de la central. Toda vez que existen muestras [parece referirse a «muestras»] no representativas al incluir, por ejemplo, residentes indígenas urbanos. Al respecto, se debe considerar a la población directamente afectada, vale decir, la cercana a la central, sub estaciones y la presente contigua al trazado de la línea de alta tensión y los que se vean afectados en su cotidianeidad al desarrollar. Por tanto, su condición de urbanos, así como las opiniones que puedan tener respecto del proyecto, no aportan información relevante a la evaluación» (CONADI, oficio ordinario N° 371/13).

Luego, la crítica de la CONADI influye en la realización de la Ampliación Estudio Antropológico (aludida por el Comité de Ministros en la Resolución Recurrida, punto 14.5, a fs. 960 de autos) —que no muestra diferencias metodológicas significativas respecto del Estudio Antropológico Original, sino solo una ampliación del área de la muestra y un énfasis mayor en la identificación de ciertos aspectos de estudio (no modifica los instrumentos ni las dimensiones de análisis, solo su énfasis).

En esta ampliación, la descripción del diseño muestral tampoco da cuenta de las técnicas de muestreo definidas en el diseño para ser aplicadas en el trabajo de campo (para identificar la muestra diseñada en terreno), describiendo simplemente el logro de entrevistas y los sectores relevantes a cubrir, respecto de los sectores finalmente cubiertos, en base a la información de la Ficha de Protección Social (Ampliación Estudio Antropológico, pág. 8-9). A esto, además, se agrega que los sectores descritos en relación con la presencia de población indígena (universo muestral dado por la Ficha de Protección Social) no coinciden con los sectores descritos respecto del logro de entrevistas (Ampliación Estudio Antropológico, pág. 8-9). En particular, las entrevistas realizadas según el Proponente en los sectores «El Manso», «Lago Tagua-Tagua» y «Sector Poica» (Ampliación Estudio Antropológico, pág. 9) se presentan en un territorio incierto en términos del diseño muestral, ya que éstos no coinciden con la lista de sectores con presencia de personas auto-declaradas indígenas (obtenida a partir de la Ficha de Protección Social) que informó dicho diseño (Ampliación Estudio Antropológico, pág. 8). Incluso suponiendo que se realizó un diseño muestral previo a las entrevistas en la Ampliación del Estudio Antropológico, según señala el Proponente, éste pierde toda validez al no considerarse en el trabajo de campo, lo cual queda en evidencia al reportar entrevistas en sectores no descritos ni escogidos durante el diseño muestral.

TRIGÉSIMO CUARTO. Que en términos de la representatividad territorial, el Estudio Antropológico Original presenta deficiencias ya que en la sección «2.9 Área de Estudio» éste entrega una descripción de los diferentes criterios de

segmentación territorial en la zona, sin establecer cuál es el área cubierta por el estudio. Éste solo señala que la cobertura territorial fue ampliada respecto del área definida por el EIA (asumiendo que se refiere al área de influencia; Estudio Antropológico Original, pág. 15).

De hecho, el Estudio Antropológico Original informa de aspectos de cobertura muestral contradictoria respecto de los antecedentes que constan en el expediente de evaluación, señalando que «(...) se elaboró un diseño muestral sobre el universo total, que tuviera representación sobre cada una de las localidades que integran el área de influencia del proyecto» (Estudio Antropológico Original, pág. 15). Esto, nuevamente, no se condice con lo señalado por la CONADI al momento de revisar dicho estudio, según lo ya citado por este Tribunal respecto del oficio ordinario N° 371/13 de ese organismo.

La incertidumbre recurrente en ambos estudios (Estudio Antropológico Original y su Ampliación) respecto de la cobertura territorial de la línea de base antropológica —en términos de áreas de muestreo o diseño muestral (la Ampliación Estudio Antropológico, en su última página, incluye un mapa con la ubicación del logro de entrevistas pero no en relación con las áreas de muestreo)—, además de resultar inconsistente, no permite establecer cuál es el porcentaje de entrevistas logradas en cada sector donde existe información acerca del universo muestral. Lo anterior impide a este Tribunal establecer criterios de referencia sobre los cuales determinar la representatividad geográfica de las entrevistas, en base a la información de la Ficha de Protección Social, a partir de la cual se habría diseñado la muestra de la segunda fase del Estudio Antropológico Original (Estudio Antropológico Original, pág. 12-13) y de la ampliación del mismo estudio (Ampliación Estudio Antropológico, pág. 8).

TRIGÉSIMO QUINTO. Que los antecedentes aparejados impiden a este Tribunal determinar el criterio muestral utilizado en la fase de diseño de la investigación, dando más bien la impresión de la realización de un trabajo de campo conducido de manera espontánea en terreno. Los antecedentes, antes revisados, que fundan esta conclusión se sintetizan en:

- 1) la descripción de la aplicación de una técnica de muestreo poco idónea a las características de la investigación en controversia y sólo utilizada durante uno de los tres trabajos de campo (bola de nieve);
- 2) la omisión absoluta de una descripción sobre las técnicas de muestreo utilizadas para seleccionar la muestra lograda durante los dos trabajos de campo siguientes;
- 3) el reconocimiento por parte del titular de la existencia de supuestos que son desconocidos por este Tribunal (no descritos ni respaldados) sobre el número de familias mapuche existentes en la zona con anterioridad al primer trabajo de campo; y
- 4) la ausencia de antecedentes que acrediten tanto la efectiva realización temprana de un diseño muestral para informar los dos últimos trabajos de campo como de la real utilización de un diseño muestral para guiar dichos trabajos de campo en terreno.

En consecuencia, con los antecedentes metodológicos que constan sobre el diseño muestral, este Tribunal concuerda con el alegato del Sr. Cayún de que no se habría especificado el criterio muestral del estudio ni la técnica utilizada en el Estudio Antropológico Original y en su Ampliación.

TRIGÉSIMO SEXTO. Que al Tribunal le asiste la convicción que desde el punto de vista metodológico los problemas expuestos en los considerandos anteriores constituyen serios problemas, ya que ante una débil rigurosidad en el diseño de una investigación, quedan dudas acerca de la consideración de otros aspectos importantes relacionados con el diseño, algunos de los cuales ni siquiera fueron mencionados en los informes, tales como:

- 1) el número de entrevistadores (que no necesariamente corresponden a los autores del estudio);
- 2) su calificación para levantar y procesar información cualitativa; y,
- 3) su competencia cultural al momento de enfrentarse a una población que en algunos casos puede ser vulnerable y/o perteneciente a una cultura ajena, etc.

Visto de otra manera, los estudios de campo en las ciencias sociales deben ser ejecutados conforme a estándares científicos, con el fin de minimizar los impactos derivados de la intervención de un agente externo (el investigador). La ausencia de un diseño de la investigación, previo al trabajo de campo, significa un riesgo sobre la población objetivo de un estudio. Respecto de esto, Michael Patton¹ (Op. Cit.), señala:

«[...] Investigadores no pueden simplemente presumir que ellos tienen el derecho de hacer preguntas intrusivas. Muchos tópicos discutidos libremente en sociedades occidentales son tabú en otras partes del mundo[...] Puede ser insensible o poco delicado preguntar sobre cualquier cantidad de tópicos por parte de personas extrañas, como por ejemplo, materias familiares, visiones políticas, quién es dueño de qué, cómo algunas personas llegaron a estar en ciertas posiciones, y fuentes de ingresos.

[...] diferentes normas gobiernan interacciones interculturales[...].

Los entrevistadores no están en terreno para juzgar o cambiar valores o normas. Los investigadores están ahí para comprender las perspectivas de otros. Obtener información válida, confiable, con sentido y utilizable en medioambientes interculturales requiere de una sensibilidad especial con y respeto frente a diferencias [...].

Sensibilidad y respeto hacia los valores, normas y formas de ver el mundo es tan necesario en casa como en el extranjero»
(págs. 393-4; traducción nuestra).

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en las secciones que refieren a la metodología de la segunda fase de investigación (Estudio

¹ El Sr. Michael Quinn Patton, Dr. en Sociología (Universidad de Wisconsin, Madison, EEUU), tiene más de cuarenta años de experiencia conduciendo investigación aplicada. Fue académico en la Universidad de Minnesota (EEUU) por dieciocho años, cinco de los cuales ocupó el cargo de Director del Minnesota Center for Social Research. También fue Presidente de la Asociación Americana de Evaluación y fundador del International Program for Development Evaluation Training, patrocinado por el Banco Mundial. El Dr. Patton ha recibido varios premios y publicado al menos siete libros.

Antropológico Original, págs. 9 y ss.), no se encuentra la técnica de análisis cualitativo seleccionada para procesar la información obtenida de las entrevistas.

La única referencia a metodologías que podrían entenderse como de análisis o procesamiento de información se encuentra en la sección «2.3 Metodología de la Primera Fase» que da cuenta de la aplicación de «(...) una metodología de carácter exclusivamente cualitativa desde una perspectiva antropológica» (Estudio Antropológico Original, pág. 8). Sin embargo, no señala cuáles metodologías específicas fueron utilizadas, resultando una descripción vaga desde el punto de vista metodológico (algunas técnicas de análisis cualitativo corresponden a etnografía, análisis de discurso, fenomenología, etc.).

Esta falta de rigurosidad metodológica puede derivar en inconsistencias, las cuales en el caso de este Estudio Antropológico Original son llamativas. En primer lugar, en el «Anexo N° 5: Matrices Entrevistas» (Estudio Antropológico Original, pág. sin nro.), en adelante «Anexo 5», se omitió la entrevista de la familia correspondiente al Sr. José Melipillán y la Sra. Guillermina Rain e hija, quienes aparecen en la lista de entrevistados (Estudio Antropológico Original, pág. 17). Luego, se señaló que «sólo una persona entrevistada tiene conocimiento de la Comunidad Domingo Cayún Panicheo» (Estudio Antropológico Original, pág. 31); en circunstancias que las matrices de entrevistas del Anexo 5 daban cuenta de 7 entrevistados que sabían de la existencia de dicha comunidad (de entre 21 matrices de entrevistas, que equivale un tercio de la muestra), de los cuales un entrevistado dijo ser miembro y otra entrevistada señaló ser parte de la familia Cayún. Los entrevistados correspondieron a:

- 1) Sra. Edunilia Cayún Quem, cuya ficha registra: «Piensa que la familia más influyente de la zona es la familia Cayún, de la que ella forma parte» (Estudio Antropológico Original, Anexo 5, pág. sin nro.);
- 2) Srs. Margarita Melipillán, Ana Melipillán y Sergio Velásquez, cuya ficha señala: «[...] ahora se está llamando a inscribirse

en una comunidad indígena [...], aparte de la comunidad Domingo Cayún» (Estudio Antropológico Original, Anexo 5, pág. sin nro.);

- 3) Sr. Eliodoro Millacura, cuya ficha indica: *«Dice pertenecer a la Comunidad de Domingo Cayún» (Estudio Antropológico Original, Anexo 5, pág. sin nro.);*
- 4) Sr. José Sergio Cau, cuya ficha registra: *«Sabe que hay una organización en Segundo Corral y conoce el nombre de Segundo Cayún» (Estudio Antropológico Original, Anexo 5, pág. sin nro.);*
- 5) Sr. Heriberto Angulo Ancapichún, cuya ficha indica: *«Sabe de la existencia de la Comunidad Indígena Domingo Cayún» (Estudio Antropológico Original, Anexo 5, pág. sin nro.);*
- 6) Sr. Hardy Marcelo Nail Ojeda, cuya ficha señala: *«Tiene conocimiento de la existencia de la Comunidad Domingo Cayún Panicheo» (Estudio Antropológico Original, Anexo 5, pág. sin nro.); y,*
- 7) Sr. Hugo Quintui Quintui, cuya ficha registra: *«Tiene conocimiento de la organización indígena Domingo Cayún Panicheo» (Estudio Antropológico Original, Anexo 5, pág. sin nro.).*

Además, en el Estudio Antropológico Original se encuentra que algunas matrices de entrevistas del Anexo N° 5 registraron textos que se repiten literalmente en otras matrices o que son inconsistentes con las características del entrevistado, lo que da cuenta de un procesamiento poco riguroso de la información. Por ejemplo,

- 1) dos entrevistas, de la Sra. Enriqueta Cheún Soto (Estudio Antropológico, Anexo 5, pág. sin nro.) y del Sr. Héctor Hugo Loncón Soto (Estudio Antropológico Original, Anexo 5, pág. sin nro.), registran, *«Cuenta con una vivienda en el terreno, construida de madera y lata, en estado de conservación buena. Además, cuenta con dos bodegas para el almacenaje de productos y un corral para las ovejas».*
- 2) entrevista del Sr. Claudio Uriel Cheún Soffia, quien registra, *«vive con su esposa (34 años) y sus dos hijos (16 y 9 años)»*

y que *«Su economía familiar se basa en los ingresos que aporta su marido, quien se desempeña en una empresa pesquera [...]»* (Claudio es nombre masculino y se refiere a su marido y a su esposa; Estudio Antropológico Original, Anexo 5, pág. sin nro.).

- 3) dos entrevistas de la Sra. Esmelinda Díaz Coñuecar (Estudio Antropológico, Anexo 5, pág. sin nro.) y de la Sra. Nelly del Carmen Díaz Marimán (Estudio Antropológico Original, Anexo 5, pág. sin nro.) que de manera idéntica registran, *«Declara no participar en organizaciones sociales, sólo asiste acompañando a su hija de tres años al jardín infantil al que asiste una vez a la semana por dos horas. Sabe de la existencia de una organización indígena que está en proceso de conformación a la que le gustaría integrarse, sobre todo por los posibles beneficios que ésta le pudiera reportar»*.

Finalmente, por mencionar solo las inconsistencias más evidentes, las fotografías (Anexo N° 4: Registro Fotográfico, en adelante Anexo 4) dan cuenta de debilidades adicionales:

- 1) Aparece, por ejemplo, la fotografía de una casa y la leyenda señala *«Casa Sra. Rosa Cayún (hija de Don Segundo Cayún) [...]»* (Estudio Antropológico Original, Anexo 4, pág. sin nro.), quien no aparece mencionada en los registros de los entrevistados ni en ninguna otra parte del estudio.
- 2) Un segundo ejemplo corresponde a una fotografía de dos hombres con una leyenda que indica: *«El Sr. José Calisto Loncón Soto y el Sr. Héctor Hugo Loncón Soto, conocen el proyecto de Mediterráneo, a través del Plano y el tríptico promocional, en su vivienda ubicada en Sotomó»* (Estudio Antropológico Original, Anexo 4, pág. sin nro.), sugiriendo que comparten o habitan una misma vivienda; pero sus entrevistas son independientes, contabilizadas como dos familias (dos matrices independientes, del Sr. José Calisto Loncón y el Sr. Héctor Hugo Loncón Soto; Estudio Antropológico Original, Anexo 5, págs. sin nro.). Bien podría haber dos familias en un mismo hogar, pero esto no ha sido explicado en el estudio y en el apartado *«4.5 Ámbito Social»* que se refiere a relaciones familiares no se menciona tampoco (Estudio

Antropológico Original, pág. 29). En cualquier caso, esto revela una deficiencia adicional asociada a la falta de descripción de la unidad de estudio.

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que la unidad de estudio es un aspecto muy relevante en la etapa de diseño de las investigaciones.

La literatura metodológica indica que las decisiones sobre el diseño de una muestra dependen de determinaciones previas sobre la unidad apropiada de análisis (Patton, Op. Cit., págs. 228-230). Dependiendo del tipo de estudio, la unidad de estudio puede ser un individuo, una familia, un hogar, una organización, etc. Esto guarda relación con los argumentos finales que se pretendan obtener con el estudio (Patton, Op. Cit., págs. 228-230). En este sentido, la línea de base antropológica no da cuenta del diseño de dicha unidad de estudio o análisis. Así, esto representa otra debilidad metodológica del estudio y se refleja en la ambivalencia de referencias en ambos estudios (Original y su Ampliación) respecto a familias e individuos, en referencia a la muestra. Además, hay evidencia de una inconsistencia, ya mencionada, derivada de dos entrevistas independientes correspondientes a dos hermanos que comparten una misma vivienda según lo indicado en las fotografías y las matrices (Estudio Antropológico Original, Anexo 4 y Anexo 5, págs. sin nro.). Por ende, resulta confuso si la unidad de estudio correspondió a familias (núcleo familiar) u hogares (conjunto de uno o más núcleos familiares), y aunque se asumiera la unidad de estudio como núcleos familiares o familias, no se explica en parte alguna por qué ésta es la unidad adecuada de análisis. Finalmente, esta inconsistencia además se refleja en las referencias sobre cobertura muestral realizadas a nivel individual y familiar, además de no establecer en ningún momento en qué se basan los autores para asumir que una familia se compone en promedio de 4 personas (Estudio Antropológico Original, pág. 4; Ampliación Estudio Antropológico, pág. 9).

Esta falta de fundamentación, respecto de la descripción de la unidad de estudio, otorga valor frente a este Tribunal al alegato del Sr. Cayún respecto de la falta de coherencia con la información aportada por el Proponente en el Estudio Antropológico y su Ampliación, al considerar 23 familias de un total de 42, de

las cuales solo 15 se encuestaron. Esto representa aparentemente una duda derivada de la información confusa aportada indirectamente por el Proponente respecto de la unidad de estudio, que no es descrita.

TRIGÉSIMO NOVENO. Que una mención recurrente en el Estudio Antropológico y su Ampliación, es que se afirma que los miembros de la Comunidad Domingo Cayún Panicheo se negaron a participar del estudio.

En el Estudio Antropológico Original se menciona que en las localidades de Primer y Segundo Corral, donde se identificaron 12 personas, se excluyeron del estudio, por corresponder a «(...) *parte de la Comunidad Indígena "Domingo Cayún Panicheo", quienes no accedieron a ser entrevistadas*» (Estudio Antropológico Original, pág. 16). Esto es reiterado al pie de página N° 3 (Estudio Antropológico Original, pág. 35), donde se señala que se les había intentado contactar vía carta y a través de «*una abogada mapuche*» sin éxito (Estudio Antropológico Original, pág. 35).

Estas afirmaciones, además de no estar respaldadas, resultan inconsistentes con dos elementos que constan en el expediente de evaluación. Por un lado, la falta de interés en participar de los integrantes de la Comunidad Domingo Cayún Panicheo, queda desechada puesto que el expediente de evaluación ambiental da cuenta de dos actividades de participación ciudadana, realizadas con anterioridad a los estudios de la línea de base antropológica (en fechas anteriores: 14/1/2011 y 1/2/2012), en la casa del Lonko Sr. Segundo Cayún (RCA, pág. 83). Y, por otro lado, el Estudio Antropológico Original no aporta antecedentes que acrediten que las 12 personas de Segundo Corral, de la Ficha de Protección Social, excluidas de la muestra, correspondan a miembros de la Comunidad Domingo Cayún Panicheo.

Se reitera, además, en la Ampliación Estudio Antropológico que los dirigentes de la Comunidad Domingo Cayún Panicheo se habrían negado a participar, sin mayores antecedentes que respalden este argumento (Ampliación Estudio Antropológico, pág. 4). Con todo, se afirma que se entrevistó a un miembro de la comunidad (Ampliación Estudio Antropológico, pág. 30), lo cual resta valor

a lo señalado por el Proponente acerca de la reiterada negativa. De haber sido efectiva, no fue impedimento para la participación de miembros de la comunidad, lo que se encuentra refrendado en el Estudio Antropológico Original, como ya fue mencionado, el que posee una matriz de entrevista que señala que el entrevistado dice ser miembro de la comunidad (Estudio Antropológico Original, Anexo 5, pág. sin nro.) y una fotografía de la casa de la hija del Lonko sobre la cual el Estudio Antropológico Original no hace mención adicional alguna (Estudio Antropológico Original, Anexo 4, pág. sin nro.).

Las inconsistencias reiteradas respecto de lo afirmado en la línea de base antropológica sobre la negativa de la Comunidad a participar y los antecedentes que obran en el expediente sobre la efectiva participación de dos miembros de la comunidad, sumado a que no se explican mayores detalles que respalden los argumentos del Proponente, permiten concluir a este Tribunal que la línea de base antropológica no habría especificado por qué se dejaron fuera de la muestra 19 familias pertenecientes a la comunidad. Independientemente del número de familias excluidas de la muestra, este Tribunal no puede comprobar en el expediente de evaluación la veracidad ni mayores antecedentes respecto de las razones de su exclusión.

A mayor abundamiento, la constancia de la fotografía de la vivienda de la hija del Lonko, Sra. Rosa Cayún (Estudio Antropológico Original, Anexo 4, pág. sin nro.) genera dudas a este Tribunal, respecto de si fue entrevistada, pero no considerada en el Estudio Antropológico Original.

CUADRAGÉSIMO. Que se señala en la Ampliación Estudio Antropológico (Adenda 3) que, «[...] se aplicó el cuestionario o pauta de entrevista sin grabadora para mayor confianza y respeto de la privacidad de los entrevistados y se solicitó la firma de la Ficha de Registro de Entrevista en forma voluntaria» (Ampliación Estudio Antropológico, pág. 10).

Respecto de la firma voluntaria, el Estudio Antropológico Original hacía referencia a este aspecto (Estudio Antropológico Original, pág. 11), pero no así a la ausencia de grabadora (ni a su

utilización). Si bien en ciertas circunstancias puede no ser apropiado registrar audios de entrevistas, especialmente cuando quien es entrevistado(a) se opone, los estudios cualitativos hacen énfasis en las citas exactas (Patton, Op. Cit., págs. 380-381). Esto presenta dos aspectos adicionales sobre la calidad metodológica del estudio que son cuestionables.

En esta ampliación se tomó la decisión de excluir grabadoras sin evaluar en terreno si su uso era apropiado. Sin embargo, en estudios cualitativos «[...] la mayoría de las entrevistas son organizadas de una manera tal que hace apropiadas las grabadoras si esto es correctamente explicado al entrevistado» (Patton, Op. Cit., pág. 381; traducción propia).

La ausencia de grabaciones resalta la carencia de citas textuales (frases con contenido literal) sobre lo señalado por las entrevistadas (la referencia a conceptos o palabras entre comillas no aplican) dentro del análisis cualitativo propiamente tal (cuerpo de los documentos, no en anexos). Dicha ausencia de citas llama la atención en estudios puramente cualitativos. Además, las citas textuales sirven para respaldar y dar coherencia al análisis, representando o evidenciando en la investigación el proceso de razonamiento de los investigadores. En este sentido, como evidencia, este estudio pierde validez, ya que «[...] el proceso de razonamiento del experto debe por ende ser claramente identificado» (Bell, E. 2010. «Judicial Assessment of expert evidence». *Judicial Studies Institute Journal*; traducción nuestra), lo cual en el caso de estos estudios no es posible hacer. Lo anterior queda reflejado en las palabras de Patton (Op. Cit.):

«Sin importar el estilo de entrevista elegido o qué tan cuidadosamente se plantean las preguntas, todo se queda en nada si fallas en capturar las palabras concretas de la persona entrevistada [...] Nada puede sustituir esos datos: las cosas precisas dichas por personas reales. Ese es el premio buscado por el investigador cualitativo.»

La interpretación y análisis de información involucra encontrar sentido a lo que la gente ha dicho [...] Estos procesos ocurren principalmente durante la fase de análisis posterior a la recolección de información. Durante el proceso de entrevistas -esto es, durante la fase de recolección de información- el propósito de cada entrevista es registrar de la manera más completa y justa posible la perspectiva particular del entrevistado [...].

[...] una buena grabadora es indispensable para un buen trabajo de campo [...] Obviamente, un investigador realizando entrevistas como parte de un trabajo de campo protegido no da vueltas con una grabadora. Sin embargo, la mayoría de las entrevistas son organizadas de una manera tal que hace apropiadas las grabadoras si esto es correctamente explicado al entrevistado [...].

Cuando no es posible usar una grabadora debido a alguna situación sensible, a una solicitud del entrevistado, o al mal funcionamiento de la grabadora, se debe tomar notas mucho más completas y exhaustivas. Se torna crítico el obtener citas precisas. Cuando el entrevistado ha dicho algo que parece particularmente importante o intuitivo, puede ser necesario decir, "Siento tener que detenerlo en este punto con el fin de registrar exactamente lo que dijo porque no deseo perder esta cita en particular". Este punto pone énfasis de nuevo en la importancia de capturar lo que la gente dice en sus propias palabras» (págs. 380-381, traducción propia).

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que a las consideraciones metodológicas sobre el no uso de grabadora y la ausencia de citas textuales se agregan las numerosas inconsistencias revisadas anteriormente respecto de las matrices de entrevistas, se debe agregar que no se cuenta con información fidedigna que el SEA pudiese haber aportado sobre la veracidad de los argumentos planteados en la línea de base antropológica. Si bien el uso de grabadoras puede no ser un error metodológico, ya que hay alternativas en caso de no contar con este recurso, la inexistencia de estos registros de audio impide corroborar la información original respecto de las

inconsistencias encontradas y, por lo tanto, el alegato del Sr. Cayún respecto de la inidoneidad del sistema de registro de respuestas por la ausencia de grabadora y la falta de las firmas de la ficha de registro, se muestra como un argumento válido.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que, a juicio de este Tribunal existe en el Estudio Antropológico Original y en su Ampliación una tendencia a especular respecto del poblamiento de la zona, basándose en aspectos históricos cuyas referencias bibliográficas no son incluidas (Estudio Antropológico, pág. 18; Ampliación Estudio Antropológico, pág. 19.).

Por ejemplo, la sección «3.1 Antecedentes Históricos» (Estudio Antropológico Original, pág.18) describe cómo se pobló la zona de la comuna de Cochamó, respecto de la población indígena, estableciendo datos importantes sin citar las fuentes de dicha información histórica (Estudio Antropológico Original, pág. 18). Misma información que luego es utilizada para obtener conclusiones especulativas acerca del desarraigo territorial y cultural de los entrevistados (Estudio Antropológico Original, pág.28).

Además, aunque se asumiera que dicha información es correcta, no es lo suficientemente contundente como para elaborar conclusiones a partir de la misma, resultando éstas aparentemente especulativas, antecedente que hace perder peso al razonamiento ante un tribunal (Bell, Op. Cit., pág. 61).

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que, es el parecer de este Tribunal que la lectura del Estudio Antropológico Original y su Ampliación, no permite establecer el diseño muestral de ambos ni la representatividad de la muestra lograda respecto del universo muestral, dentro del área de influencia del Proyecto. Ello muestra que la manipulación de la información fue deficiente; y su análisis, además de no evidenciar el proceso de raciocinio del investigador, es inconsistente con la información analizada (matrices de entrevistas). Finalmente, evidencia que las referencias a la Comunidad Domingo Cayún Panicheo son imprecisas y, en algunos casos, inciertas (respecto de la información de las matrices de entrevistas aportadas en el mismo estudio). En consecuencia, este Tribunal ha llegado a la convicción de que las

conclusiones a las que arribó el Estudio Antropológico Original y su Ampliación fueron inciertas e inconcluyentes, debido a las múltiples falencias metodológicas, por lo cual concederá este punto al Sr. Cayún Quiroz.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que, la decisión del Comité de Ministros se sostuvo en que, a su juicio, no concurrían las circunstancias del art. 11 letra d) LBGMA, y, por tanto, no era ilegal. Por lo que no correspondía efectuar un procedimiento de consulta indígena, dado que, «[...] el Proyecto no se encuentra cercano a la Comunidad -la que se encuentra alejada a unos 33 km aproximadamente de la parte más próxima del Proyecto-» (Informe, fs. 101). Sin embargo, el mismo Comité de Ministros reconoce que, «[...] una parte del Proyecto -la línea de alta tensión- se encontraría cercana a algunas familias mapuches que serían miembros de la Comunidad» (Ibíd.).

Para sostener dicha afirmación, el Comité de Ministros se basó en el Estudio Antropológico Original y su Ampliación (fs. 105).

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Que, en este contexto, corresponde que el Tribunal continúe ponderando si tanto la RCA como la Resolución Reclamada se conforman o no a la normativa vigente; en particular, si esas decisiones fueron motivadas o no al estar basadas en los estudios ya indicados. Esto, por cuanto la Autoridad Ambiental tiene el deber de motivar debidamente la decisión. De esta forma, el art. 20 LBGMA exige una «resolución fundada». Además, los arts. 11, 16 y 41 LBPA, aplicables supletoriamente (art. 1° LBPA), razonan sobre la misma exigencia de fundamentación o motivación del acto que resuelve un procedimiento administrativo, correspondiendo el examen sobre la debida motivación del acto reclamado a este órgano de control jurisdiccional (competencia contemplada expresamente en el art. 20 LBGMA y 17 LTA).

Por lo tanto, el Tribunal continuará controlando la motivación de la Resolución Reclamada, y en lo que corresponda de la RCA, la que es parte de su legalidad en conformidad a las disposiciones citadas.

CUADRAGÉSIMO SEXTO. Que, la motivación y los alcances de su control jurisdiccional, ya han sido abordados por este Tribunal, entre otros en sentencia de la causa ROL N° R-6-2014 (considerandos Nonagésimo primero a Centésimo primero).

Siguiendo la doctrina nacional (Prof. R. Saavedra) y comparada (Profs. L. Parejo, T.R. Fernández, y E. Schmidth-Assman, entre otros), este Tribunal ha señalado que la motivación debe ser expresa, suficiente y racional, de manera de permitir la comprensión del acto por su destinatario y posibilitar su control posterior por el tribunal respectivo (sentencia R-6-2014).

Respecto de su control, el Tribunal ha sostenido que si bien no le corresponde sustituir la decisión que atañe adoptar a la Administración, ello no significa desconocer la competencia de este órgano jurisdiccional para revisar y verificar si el acto se encuentra o no motivado.

De acuerdo al estándar señalado (expresión, suficiencia y racionalidad), la motivación para el caso sublite, requiere la exposición -en el acto reclamado- de las circunstancias de hecho y de derecho que motivan la decisión del Comité de Ministros.

En abstracto se ha sostenido que el acto administrativo será motivado si expresa el «por qué» del mismo (Bermúdez, J. *Derecho Administrativo General*, 2014, pág. 149); expresión que -como también ha señalado este Tribunal, siguiendo a los Profs. T.R. Fernández y L. Parejo-, debe ser suficiente para comprender las razones del acto.

De esta forma, para que un acto administrativo se encuentre motivado -esto es, que existan razones que lo justifiquen-, no basta con la expresión de los motivos; sino que también requiere que éstos se refieran a la situación de hecho concreta en la que actúa la Administración.

Es decir, un acto no es motivado, aun cuando exprese las razones que se tuvieron en cuenta para dictarlo, si éstas, por ejemplo, son falsas, ilógicas o erróneas. Esto es así, porque el ejercicio de las potestades administrativas, incluso las discrecionales, como señala la doctrina comparada, se apoya en una realidad de

hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata (García de Enterría, E. y Fernández T-R, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, XV edición, 2011, pág. 405). Es decir, suponen un antecedente de hecho que es el que autoriza legalmente la actuación de la Administración. Por lo tanto, para ejercer legítimamente una potestad administrativa deben concurrir los supuestos de hecho (o hechos netos) que la ley contempla para autorizar su ejercicio. Es decir, no basta con la sola expresión de motivos, sino que además mostrar cómo se subsumieron los hechos netos a la hipótesis de la norma.

En la doctrina comparada, a lo mismo se llega desde el punto de vista de los presupuestos de hecho como elemento objetivo del acto administrativo. Así, por ejemplo, el Prof. José María Rodríguez de Santiago señala:

«Sin duda, el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho [...] ha de significar, cuando la norma vincula una consecuencia jurídica a la realización de un supuesto de hecho, que dicha consecuencia jurídica solo va a ser aplicada si racionalmente puede aceptarse que son verdaderos los hechos de la realidad (aquí se denominarán "hecho neto") que van a subsumirse en el enunciado perteneciente al mundo de lo deóntico en que consiste el supuesto de hecho normativo. No elaborar los hechos conforme a reglas que garanticen la racionalidad y el rigor en su fijación puede dar al traste con el sometimiento de la Administración al Derecho de la misma manera que la ligereza y la falta de esfuerzo en la tarea de interpretar las normas» (Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa. 2015. Madrid: Marcial Pons. Págs. 33 y 34).

Lo expresado explica la extensión de la revisión jurisdiccional a la concurrencia de los hechos que justifican la dictación del acto, pues dado que los presupuestos de hecho (netos) provienen directamente de la misma norma atributiva de potestad, estos son siempre «elementos reglados del acto»; sosteniéndose que si el presupuesto de hecho legalmente tipificado no se cumple en la

realidad, la potestad legalmente configurada en función de dicho presupuesto no ha podido ser utilizada correctamente (García de Enterría, E. et al. *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, XV ed., 2011, pág. 578).

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, a efectos de la verificación de la debida motivación del acto del Comité de Ministros que rechazó el reclamo administrativo, corresponde verificar si éste contiene de manera suficiente la expresión de las circunstancias de hecho y de derecho que lo motivaron.

El análisis no se agota en la verificación de dicha expresión y de su suficiencia; sino que además se extiende a su racionalidad, lo que supone el análisis de su concurrencia.

Es decir, un defecto en el antecedente –el Estudio Antropológico Original y su Ampliación– que acredita la concurrencia del supuesto de hecho –efectos del art. 11 LBGMA– considerado para la dictación del acto administrativo, transforma el acto en inmotivado. Esta conclusión es lógica, pues aunque dicho acto exprese su fundamento y se estime que esta expresión es suficiente, en dichas condiciones no es posible la verificación de los supuestos de hecho del acto; y, por tanto, de la concurrencia de los motivos y –mucho menos– de su racionalidad, con lo que fallaría uno de los requisitos que este Tribunal ha establecido para estimar que un acto es motivado.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Que, en la presente causa se ha dejado establecido que el Estudio Antropológico Original y su Ampliación impiden aceptar sus conclusiones fácticas dado el alto grado de incertidumbre que le inyectan las falencias metodológicas denunciadas y corroboradas en esta sentencia.

Los hechos de que dan cuenta el Estudio Antropológico Original y su Ampliación (hechos brutos) son improbables, por lo que el relato fáctico relevante (hecho neto: si el Proyecto iba a afectar poblaciones o alterar de forma significativa los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, en especial indígenas) no puede ser derivado del mismo.

Esta inadvertencia del Comité de Ministros, le impedía arribar a la conclusión de que no se verificaban –incluso que se verificaban– los hechos netos necesarios para haberse pronunciado sobre el proceso de consulta previa indígena que se ha reclamado en estos autos.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Que, el Estudio Antropológico Original y su Ampliación fue la única fuente fáctica en que se apoyó el Comité de Ministros para arribar a la conclusión de que no existía afectación del art. 11 LBGMA.

Así, el Comité de Ministros se limitó a dar cuenta (fs. 105-113) del Estudio Antropológico Original y su Ampliación, de pronunciamientos sectoriales y de actos trámite en su Informe. De ellos se observa la particular dinámica por la que el Proponente primero «[...] no contempló en el Estudio información relacionada con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas [...]» (Informe, fs. 105); y luego los pronunciamientos sectoriales hacen «[...] mención a la omisión en la línea de base del medio humano de la Comunidad Indígena Domingo Cayún Panicheo, inscrita en los registros municipales desde el año 2004» (Ibíd.). Posteriormente se producen un gran número de interacciones entre esos servicios y el Proponente (fs. 956) a propósito de la calidad del Estudio Antropológico Original y su Ampliación que se vio requerido a presentar.

El Tribunal observa que a pesar de los múltiples actos (Ej. pronunciamientos sectoriales, ICSARAs y Adendas), ellos siempre giraron en torno a la actividad en terreno del Proponente en su Estudio Antropológico Original y su Ampliación, sin que se haya aparejado otras fuentes fácticas independientes. Lo anterior demuestra, a juicio del Tribunal, que tanto la COEVA como el Comité de Ministros hicieron suyo el Estudio Antropológico y su Ampliación, sin reparar en los problemas metodológicos de los que adolecía, aun cuando el Sr. Cayún Quiroz se lo hizo saber mediante su reclamación administrativa (fs. 456-467). Patente de esta dependencia, es la siguiente frase de la Resolución Recurrida,

«Respecto de la concurrencia de los efectos, características y circunstancias previstos en el literal d) del artículo 11

de la ley N° 19.300: Se menciona el análisis que se realizó durante el proceso de evaluación ambiental de la información obtenida mediante el Estudio Antropológico y su complementación. Se concluye que "los estudios antropológicos permitieron caracterizar las personas y grupos humanos indígenas, y analizar la susceptibilidad de afectación de ellas con ocasión de ejecución del Proyecto, descartándose tal situación"» (Punto 14.6, párrafo segundo, fs. 960).

QUINCUAGÉSIMO. Que estos sentenciadores han arribado a la convicción de que la incertidumbre de las conclusiones del Estudio Antropológico y de su Ampliación, en ningún caso permitió ni a la COEVA ni al Comité de Ministros aceptar —o dar por probada— la existencia o inexistencia de los hechos netos contemplados en el art. 11 LBGMA. Esta circunstancia impidió lógicamente al Comité de Ministros haber llegado a conclusión alguna sobre la procedencia o improcedencia de realizar un proceso de consulta a los pueblos indígenas, tal como lo mandatan los arts. 6° del Convenio 169 y 11 LBGMA.

De lo anterior se sigue que la Resolución Reclamada será considerada como inmotivada. Así, al fallar éste acto administrativo en su racionalidad, se convierte en ilegal al ser contrario al art. 11 inc. 2° LBPA.

II.2.2) PRESUNTA INFRACCIÓN AL OF. 130.528 DEL DIRECTOR EJECUTIVO DEL SEA, POR FALTA DE CONSIDERACIÓN

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Que, con fecha 16 de octubre de 2013, el Sr. Cayún Quiroz presentó una observación al EIA del Proyecto, dentro del proceso de participación ciudadana correspondiente.

En dicha observación, el Sr. Cayún Quiroz se identificó como miembro de una comunidad indígena, y afirmó que ni él ni otros integrantes de su mismo grupo fueron consultados en el EIA del Proyecto, ni considerados en su línea de base, a pesar de que su agrupación tenía presencia en la cuenca del río Puelo. Esta circunstancia habría hecho, a su juicio, que sus actividades

tradicionales y estilo de vida no hayan sido consideradas en el EIA.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. Que, la pág. 393 de la RCA (URL: http://seia.sea.gob.cl/archivos/RCA_128-14_Mediterraneo.pdf) contiene la respuesta (o «evaluación técnica») que entregó la COEVA a la observación (N° 121) del Sr. Cayún Quiroz:

«Evaluación técnica de la observación:

Se considera pertinente la observación toda vez que hace referencia a los aspectos ambientales del proyecto en evaluación. Respecto de lo observado cabe señalar que la observación forma parte de la segunda etapa de participación ciudadana, abierta por afectación sustantiva del proyecto según lo dispuesto por el artículo 29 inciso 2° de la Ley N°19.300, y de acuerdo a los antecedentes del proceso de evaluación, cabe señalar que en respuesta a pregunta 26 del Capítulo 5 de la Adenda N°2 (páginas 172-178) y a la pregunta 12 del Capítulo 4 de la Adenda N°1 (páginas 158-160) se presentan antecedentes respecto de los grupos humanos indígenas pertenecientes a la comunidad indígena Domingo Cayún Panicheo.

Con respecto a las comunidades indígenas, como lo indica la respuesta a la pregunta 4.8 de Adenda N°3, la ampliación del informe antropológico (Anexo 19 de Adenda N°3) ha recogido todos los aspectos socioculturales de los pueblos indígenas de la zona, considerando, al igual que el primer informe, la apreciación de personas de ascendencia indígena. Ambos estudios antropológicos realizados abarcaron un total de 148 personas, correspondiente al 88,09% del total de personas de pueblos originarios según la información entregada por el Departamento Social de la Ilustre Municipalidad de Cochamó, que indica que el total son 168 personas».

En atención a la respuesta transcrita, el Sr. Cayún Quiroz alegó que su observación no fue debidamente considerada, ya que ésta se basó únicamente en las respuestas entregadas por el Proponente del Proyecto durante el EIA, vulnerándose —a su juicio— el oficio

del SEA que imparte instrucciones sobre la consideración de las observaciones ciudadanas en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, correspondiente al Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO. Que, sobre la falta de consideración acusada por el Sr. Cayún Quiroz, el Comité de Ministros sostuvo a fs. 104 y 105 que entre los criterios seguidos para dar respuesta a las observaciones formuladas por la comunidad, se encuentran los de (a) completitud y precisión,² y de (b) autosuficiencia³. Estos criterios encuentran su origen en el Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA.

No obstante lo anterior, el Comité de Ministros hizo presente a fs. 104 que muchas veces no se podía «[...] dar estricto cumplimiento a lo prescrito en el instructivo de marras [...]» (fs. 104). De aquí, que este organismo propuso un criterio no considerado por la normativa y, por tanto, ad hoc para subsanar la falta de cumplimiento, señalando:

«[...] se debe atender a la finalidad perseguida por el legislador y dar cuenta de la forma cómo la autoridad ambiental apreció y dio valor a cada una de las observaciones objeto de la presente reclamación, haciéndose cargo y pronunciándose motivadamente respecto de ellas en los fundamentos de la RCA [...]» (fs. 104 y 105).

Asimismo, el Comité de Ministros afirmó en su Informe que para descartar los impactos ambientales significativos del art. 11 LBGMA respecto de la observación del Sr. Cayún Quiroz, no solo tuvo en consideración las Adendas, el Estudio Antropológico y su Ampliación; sino que, adicionalmente, ponderó una larga serie de otros antecedentes recitados entre fs. 105 a 113. Esta aseveración contrasta con el tenor de la «evaluación técnica» que entregó la

² «Se debe identificar cada uno de los temas planteados en la observación y así abordarlos en conformidad a los antecedentes del proceso de evaluación de impacto ambiental. (DIA/EIA y o Adendas);» fs. 103.

³ «Se debe dar una respuesta completa, evitando hacer referencias genéricas al EIA, DIA y/o Adendas. En los casos en que por la naturaleza o extensión de la respuesta sea necesario hacer referencia a un documento presentado durante el proceso de evaluación, este debe ser citado con precisión, como se ejemplifica a continuación: "Adenda 1, anexo a), tabla 4, pág. 53"; "EIA Capítulo V, pág. 7";» fs. 104.

COEVA a la observación (N° 122) del Sr. Cayún Quiroz, puesto que los antecedentes que menciona el Comité de Ministros no fueron ni mencionados ni utilizados en la respuesta dada en la RCA a la observación del Sr. Cayún Quiroz (pág. 393 de la RCA).

De la lectura detenida de la «[...] *síntesis de la forma como se descartó el impacto ambiental significativo alegado por la contraparte durante el proceso de evaluación ambiental del Proyecto* [...]» (fs. 105 y ss.) presentada en el Informe del Comité de Ministros, se observa una serie de comunicaciones de diversas instituciones públicas (pronunciamientos sectoriales), referidas a mejorar la información entregada por el Proponente del Proyecto en relación con familias indígenas, quien en un principio ni siquiera estimó algún impacto a comunidades indígenas. En el mismo tono discurren los ICSARA N° 1, 2, y 3, y Adenda N° 1, 2 y 3. El Tribunal, reitera su apreciación ya avanzada, de observar que a pesar de los múltiples actos (Ej. pronunciamientos sectoriales, ICSARAs y Adendas), ellos siempre giraron en torno a la actividad en terreno del Proponente en su Estudio Antropológico Original y su Ampliación, sin que se haya aparejado otras fuentes fácticas independientes.

QUINCUGÉSIMO CUARTO. Que Mediterráneo argumentó a fs. 1343 que el Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA carecería de fuerza vinculante para las Comisiones de Evaluación Ambiental. Esto por cuanto se encuentra contenido en un oficio de la Administración, por lo que carecería de jerarquía legal, de lo que se seguiría que su infracción no puede dar lugar a la revocación de una resolución de calificación ambiental. En consecuencia, solo se trataría de instrucciones dirigidas a los miembros del SEA, por lo mismo no vinculantes para las COEVAs ni para el Comité de Ministros.

QUINCUGÉSIMO QUINTO. Que el principio de igualdad y de seguridad jurídica imponen a la Administración el deber de consistencia y coherencia en su actuación, y de no comportarse de manera veleidosa cambiando su forma de actuar o sus criterios inesperadamente ante los ciudadanos. De otra forma se genera incertidumbre en los administrados.

En observancia a estos principios, este Tribunal rechazará la alegación de Mediterráneo y su intento por morigerar la fuerza del Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA. Puesto que al ser éste el instructivo que se refiere a la consideración de las observaciones ciudadanas en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, no puede sino generar la expectativa legítima que las respuestas a esas observaciones cumplan el estándar que la misma Administración se ha dado, Dotando con ello al sistema de coherencia y previsibilidad en conformidad a los principios señalados. El sostener lo contrario sería amparar la arbitrariedad.

Con todo, la Administración puede cambiar de opinión y modificar sus actos y criterios, siempre que esto sea advertido a los ciudadanos con la debida antelación, de modo que sus expectativas legítimas se ajusten a estos cambios. Nuevamente, este cambio no puede ser intempestivo y no informado previamente a la ciudadanía.

Lo anterior se ve reforzado en el presente caso, puesto que el SEIA es administrado por el SEA (arts. 8° y 81 letra a LBGMA). Por lo que los ciudadanos involucrados con el sistema, pueden guardar la legítima expectativa de que el sistema es consistente en sus actos y criterios. En consecuencia se desechará esta alegación de Mediterráneo, y procederá a controlarla.

QUINCUGÉSIMO SEXTO. Que, a juicio de estos sentenciadores el Comité de Ministros no se pronunció sobre la falta de consideración reclamada administrativamente por el Sr. Cayún Quiroz, limitándose ese organismo a resolver sobre un asunto no alegado por ese reclamante, esto es sobre «[...] *una falta de análisis antropológico respecto de la afectación del Proyecto a los miembros de una comunidad indígena que se ubicaría cercana al Proyecto [...]*» (fs. 1054). De tal forma que concluyó el Comité de Ministros:

«Que, a la vista de tales antecedentes, sólo procede concluir que la materia reclamada fue correctamente abordada durante el proceso de evaluación, toda vez que el Proponente dio respuesta satisfactoria de todas las consultas y observaciones que le fueron planteadas en los respectivos

ICSARA N°s. 1 a 3, muchas de las cuales fueron formuladas por el mismo SEA Regional, en base a la información aportada.

Por lo demás, en la presente instancia recursiva, los reclamantes no han presentado nueva información al respecto que permita desvirtuar las conclusiones obtenidas en el proceso de evaluación.

En consecuencia, a juicio de este Comité de Ministros, corresponde rechazar los recursos interpuestos en lo que dice referencia a la materia reclamada» (fs. 1060).

QUINCUGÉSIMO SÉPTIMO. Que resulta evidente, para estos sentenciadores, que el Comité de Ministros no entregó motivos suficientes del por qué desechó la reclamación del Sr. Cayún Quiroz en lo referido a su alegación metodológica.

Para estos sentenciadores no constituye ilegalidad que la Autoridad Ambiental motive su decisión en los argumentos de alguno de los intervinientes en el procedimiento administrativo y haga referencia *ad relationem* a los escritos o instrumentos presentados por ellos. Con todo, esto no la libera de entregar las razones fundadas en hechos de por qué desechó los argumentos de los demás intervinientes. De otra forma, se violaría la racionalidad del procedimiento, puesto que la parte perdedora no sabría por qué la Administración no consideró sus alegaciones, y esto le impediría una debida defensa ante las instancias de control jurisdiccional.

QUINCUGÉSIMO OCTAVO. Que, en lo concerniente a la RCA, respecto de la que también se ha predicado el problema de motivación, al no haberse ajustado la COEVA respectiva a la observación del Sr. Cayún Quiroz, se debe establecer lo siguiente.

QUINCUGÉSIMO NOVENO. Que el Sr. Cayún Quiroz hizo la siguiente observación durante el proceso de evaluación ambiental del Proyecto (Pág. 393 RCA, correspondiente a la observación N° 121, ubicada en la URL:http://seia.sea.gob.cl/archivos/RCA_128-14_Mediterraneo.pdf:

«Como miembro de la comunidad Indígena Domingo Cayún Panicheo, no fui consultado en el proceso de evaluación de impacto ambiental, y tampoco considerado en el estudio de línea base. Pasándose por alto nuestras actividades tradicionales y estilo de vida. Debe tomarse en consideración que en el sector donde habitamos, se proyectan grandes obras, una pasarela para cruzar el río Puelo, y el trazado de la línea de alta tensión que pasa por frente de nuestra casa.

Yo soy miembro de la comunidad Cayún Panicheo, ninguno de los integrantes fuimos consultados dentro de la Cuenca del Puelo. Nadie hizo consultas de que pensamos y como seríamos afectados con el proyecto mediterráneo. La comunidad se encuentra en Segundo Corral pero muchos integrantes están en la cuenca completa del Puelo. Tenemos hermanos que tienen tierras en río pangal, lago Tagua Tagua, punta canelo, y en otros lugares».

En tanto, la respuesta a esta observación se encuentra transcrita en el Considerando Quincuagésimo segundo.

Revisado el texto de la respuesta contenida en la RCA a la observación N° 121 del Sr. Cayún Quiroz, es posible constatar que ella era inadecuada, puesto que no la respondió completamente. La COEVA se limitó a reiterar las conclusiones del Estudio Antropológico y su Ampliación, sin siquiera desvirtuar la observación planteada, de lo que se lee de la respuesta a la observación N° 121 en la RCA.

Se debe dejar establecido, además, que la RCA solo se funda en el Estudio Antropológico y su Ampliación. Así, el Sr. Cayún Quiroz debió dilucidar cuáles fueron las asunciones subyacentes -ocultas para él- para completar la -presunta- respuesta. El Comité de Ministros ha dejado patente esta falta, al suplir la falta de motivación con presuntos múltiples antecedentes, pero que el Tribunal ya ha desechado por referirse todos al Estudio Antropológico y su Ampliación.

SEXAGÉSIMO. Que, estos sentenciadores han llegado a la convicción de que la COEVA inobservó el Of. 130.528 del Director Ejecutivo

del SEA. Esto, por cuanto a pesar de que el mismo SEA —en su calidad de administrador del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental— resolvió regular la forma en que se debe dar respuesta —fundada— y considerar las observaciones realizadas en la participación ciudadana; mientras que en la presente causa ha quedado de manifiesto que la respuesta a la observación del Sr. Cayún Quiroz fue incompleta, imprecisa e insuficiente.

La excusa de realidad y extensión de la labor de responder varios cientos de observaciones alegada por el Comité de Ministros resulta atendible. De esta forma, no puede ser exigible que la Administración se extienda latamente sobre cada una de las observaciones en la RCA; pero tampoco es aceptable que se responda ambigua e insuficientemente, máxime cuando se trata de la contestación de la Autoridad explicando el por qué no se consideró someter el Proyecto a consulta indígena.

SEXAGÉSIMO PRIMERO. Que la forma ambigua de respuesta de la COEVA y del Comité de Ministros, al no bastarse a sí misma para satisfacer a la observación y posterior reclamación, obscureció la razón de la esas Autoridades, y obstaculizó el derecho al acceso a la justicia del Sr. Cayún Quiroz. Esto es así, por cuanto la ambigüedad de la COEVA la hace caer en el peligro de ser mal interpretada, y de incurrir en errores en el razonamiento. El reclamante enfrentado a esas circunstancias, tuvo que ajustarse a la respuesta parcial de la Autoridad Ambiental para ocurrir a esta sede jurisdiccional, y alegar —a oscuras— sobre la ilegalidad de la actuación de la misma. Este último hecho, puso al Sr. Cayún Quiroz en desigualdad de armas frente a esa Autoridad, quien solo en esta sede de control judicial ha revelado los antecedentes y razones completas de su decisión.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO. Que, adicionalmente y vistos los antecedentes, es posible concluir que el Comité de Ministros en su Resolución Reclamada desvió su atención hacia una supuesta falta de análisis antropológico, cuando lo que se le reclamó fue —entre otras cosas— sobre los errores metodológicos del Estudio Antropológico Original y su Ampliación. Queda así de manifiesto que la Resolución Reclamada arribó a una conclusión errónea, y siendo la *ignoratio elenchi* una falacia lógica, no queda más que

reconocer que el Comité de Ministros no respondió la reclamación del Sr. Cayún Quiroz. De esta forma, dicho Comité ha vulnerado lo dispuesto en los arts. 11 y 41 LBPA.

SEXAGÉSIMO TERCERO. Que si bien la motivación es un elemento formal del acto administrativo -RCA-, ella se vincula directamente a la comprobación de uno de sus elementos objetivos cual es la existencia del motivo o presupuesto de hecho del acto, el que es concretado en la motivación, por lo que la ausencia, insuficiencia o expresión defectuosa de motivación no puede ser calificada como un vicio de menor entidad sino uno de carácter esencial.

Este Tribunal ya ha señalado que la motivación debe ser expresa, suficiente y racional, de manera de permitir la comprensión del acto por su destinatario y posibilitar su control posterior por el Tribunal respectivo (Sentencia R-6-2014). Respecto de su control se ha sostenido -también por este Tribunal- que si bien a éste no le corresponde sustituir la decisión que adopte la Administración en los casos mencionado en el art. 30 LTA, ello no significa desconocer la competencia del Tribunal para revisar y verificar si el acto se encuentra o no motivado, esto es, conforme a la normativa vigente (art. 30 LTA).

SEXAGÉSIMO CUARTO. Que, a mayor abundamiento y desde otra perspectiva, sin abandonar el raciocinio hasta aquí elaborado por el Tribunal, se puede advertir que el vicio de motivación insuficiente a que se ha hecho referencia, derivado de la falta de idoneidad del Estudio Antropológico Original y su Ampliación considerado para la aprobación del Proyecto, se manifiesta también en el ámbito probatorio del procedimiento que concluyó con la dictación de la RCA.

En este sentido, es pertinente recordar el mandato expreso de los arts. 11, 16 y 41 LBPA, ya citados; esto es, que cuando se trata de la adopción de una decisión administrativa, esta -además de estar sometida a estándares de racionalidad y razonabilidad expresados en su exigencia de fundamentación- se encuentra sujeta a estándares de objetividad e imparcialidad. De manera que -como se ha expresado reiteradamente por la doctrina y jurisprudencia- es deber de la Administración motivar cada uno de sus actos,

mediante la referencia en el acto no solo de las normas que autorizan la adopción de la decisión, sino que también de los hechos subsumidos en la norma que habilita el ejercicio de la potestad.

Lo anterior permite sostener que la exigencia general de fundamentación o motivación del acto resultante del procedimiento administrativo —a la que ya se ha hecho referencia en esta sentencia—, se integra —entre otros aspectos— por la fijación por la Administración de los hechos netos que habilitan el ejercicio de la potestad, mediante el proceso de apreciación o ponderación del material probatorio destinado a acreditar los supuestos fácticos que dan sustento a la decisión final, el que —en conformidad a la regla general contenida en el art. 35 inciso primero LBPA, aplicable en la especie— se ha de efectuar en conciencia.

SEXAGÉSIMO QUINTO. Que, de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia para el ámbito judicial, «[...] apreciar la prueba en conciencia significa autorizar a los tribunales para hacer de ésta una apreciación racional, con recta intención y conforme a la sana crítica, sin estar obligados a someterse a las normas legales establecidas para valorarla» (C.S. Rol N° 31.550-2014). En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina civil (Peñailillo, D. La prueba en materia sustantiva Civil, Editorial Jurídica, Santiago, 1989) y ha sido seguido, también, por parte de la doctrina administrativa en el ámbito específico del procedimiento administrativo (Osorio, C. Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, Thomson Reuters, Santiago, 2016, p. 419).

De esta forma, la Administración, en este caso el SEA, debe —en toda circunstancia— apreciar o valorar racionalmente el material probatorio destinado para acreditar el hecho neto que sustenta su decisión. Es decir, en la especie debió evaluar el Estudio Antropológico Original y su Ampliación que sostuvo la hipótesis fáctica que le permitió aprobar el Proyecto, sin realizar un proceso de consulta a los pueblos indígenas.

La evaluación de la prueba judicial es un proceso complejo, y si éste se aplica analógicamente en sede administrativa, supone dos

etapas previas a la misma, las que consisten en (a) la conformación de los elementos de juicio con los que después se tomará la decisión, o el análisis previo de su idoneidad, pertinencia, relevancia, admisibilidad, procedencia o incluso necesidad, de acuerdo a las atribuciones que el art. 35 LBPA concede al órgano administrativo ante el que se sigue el procedimiento; y (b) en las cuestiones sobre la práctica de la prueba (Ferrer, J., 2015, «Prueba y proceso judicial», disponible en <https://goo.gl/LlULvX>, visitada 14 noviembre 2016).

SEXAGÉSIMO SEXTO. Que, de esta forma, la exigencia legal de argumentación, racionalidad y razonabilidad de las decisiones administrativas se vincula a la apreciación probatoria operante en el procedimiento administrativo, y que incide en la determinación de la concurrencia o no de los hechos que justifican la decisión final.

En definitiva, y como se ha sostenido, para que se considere objetiva y racional la valoración de la prueba, la argumentación debe ser capaz de conectar las hipótesis normativas que plantean la existencia de un hecho neto con la prueba apreciada. De este modo, el valor dado a cada prueba es resultado de dicha conexión, y el resultado de su razonamiento se deduce de las pruebas (como elementos objetivos) practicadas en el procedimiento (Maturana, J., *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*, Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 600-601).

Claramente, en la especie, dicha conexión entre hipótesis fáctica –ausencia de susceptibilidad de afectación a pueblos indígenas– y la prueba que lo acredita –Estudio Antropológico Original y su Ampliación–, no se produce porque la prueba rendida no era idónea para acreditar la falta de susceptibilidad, e incluso la existencia de susceptibilidad, de afectación de pueblos indígenas. El Sr. Cayún Quiroz hizo ver que las cuestiones sobre la práctica de la prueba de la línea de base antropológica –ya referida extensamente– restaban fiabilidad al Estudio Antropológico Original y su Ampliación. Esto produjo una falla en la evaluación del mismo, dada su improbabilidad de arribar a conclusiones verdaderas.

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO. De esta forma, en la especie, la motivación general del acto se ve afectada también por un tratamiento defectuoso de la prueba rendida en el procedimiento. Lo que es lo mismo, la evaluación defectuosa de la prueba destinada a acreditar los presupuestos fácticos que autorizan la calificación favorable del proyecto, afecta la motivación del acto calificadorio, en la medida que —como se analizó previamente— la metodología empleada en un informe técnico o científico fue defectuosamente implementada, no siendo posible estimar que las afirmaciones que contiene el Estudio Antropológico Original y su Ampliación sean confiables o probables. Por lo tanto, la decisión respectiva habrá fallado no solo en la exigencia general de motivación, sino que también en la exigencia específica de motivación contenida en la aplicación de las reglas de evaluación de la prueba en el procedimiento de evaluación ambiental, así como en el estándar probatorio.

SEXAGÉSIMO OCTAVO. Que, en otro orden de cosas, el Comité de Ministros ha solicitado se rechace la reclamación de participación indígena del Sr. Cayún Quiroz, toda vez que sería infundada, puesto que éste no señaló «[...] *claramente que parte o acción del Proyecto es la que produciría un impacto ambiental significativo respecto de la Comunidad y tampoco se señala de qué forma se produciría tal afectación*» (fs. 100). Dicho Comité se extiende en este argumento latamente, citando jurisprudencia.

El sistema de evaluación de impacto ambiental se fundamenta en el principio preventivo. De aquí que sus servicios articuladores — Autoridad Ambiental—, particularmente el SEA, deban orientar sus actos en esa dirección. Dicho de otra manera, son los servicios públicos quienes deben velar porque se impidan o minimicen efectos significativamente adversos para el medio ambiente en los proyectos evaluados (art. 8° inc. 1° CPR, art. 4° inc. 2° LBGMA).

A juicio de estos sentenciadores, contraría este principio el sostener, como lo hace el Comité de Ministros en su Informe, que sería infundada una observación si un ciudadano —que hizo observaciones durante la etapa de participación pertinente— no fue preciso ni (a) en qué parte o acción un proyecto produciría un impacto ambiental significativo respecto de la comunidad, ni

que tampoco (b) señale de qué forma se produciría tal afectación. Este argumento debe ser rechazado, pues demuestra arbitrariedad, toda vez que, por una parte, el Comité de Ministros alega para sí un criterio -atenuante de responsabilidad- de realidad al no ajustarse a sus propias instrucciones (Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA); mientras que por otra es riguroso para exigirle la máxima precisión a los ciudadanos -incluso proponentes- que hacen observaciones (Sr. Cayún Quiroz). En el SEIA es el Estado el encargado de proteger el medio ambiente, y sobre él recae adoptar todas las medidas para evitar cualquier tipo de efecto significativo adverso, máxime si se ven involucradas comunidades vulnerables.

Por de pronto, el art. 29 inc. 1° LBGMA no impone obligación alguna a los participantes, más que «formular observaciones». Si hubiese sido el caso que la observación del Sr. Cayún Quiroz era imprecisa, la Autoridad debió haber solicitado antecedentes adicionales, tal como lo dispone el art. 31 LBPA, o pudo haberle solicitado prueba (art. 35 LBPA). En ambos casos el SEA contaba con las atribuciones y, además, en él recaía el impulso de oficio de la evaluación ambiental en virtud del principio de celeridad (art. 7 LBPA). Sin embargo, el SEA no recurrió a ninguna de las herramientas con las que contaba para aclarar la observación del Sr. Cayún Quiroz, que solo hoy le resulta imprecisa, por lo que se debe entender que al momento de recibir la observación el SEA entendía que era precisa.

Además, la COEVA consideró pertinente la observación del Sr. Cayún Quiroz, según consta en la respuesta a la observación N° 121, pág. 393 de la RCA; luego de un proceso de admisión, conforme lo dispone el Instructivo N° 100142, sobre la admisibilidad de observaciones ciudadanas en los procesos de participación ciudadana en el SEIA, del 15 de noviembre de 2010, de la Dirección Ejecutiva del SEA.

Esta postura de la Autoridad Ambiental es violatoria de principios esenciales como la igualdad ante la ley (al excusarse de su propio incumplimiento y, al mismo tiempo, exigir rigurosos requisitos al reclamante sin excusarlo), y el procedimiento racional (el reclamante no posee la igualdad de armas que la Autoridad

Ambiental, cuando ésta motiva insuficientemente el acto administrativo) (art. 19 N° 3° CPR); además de los principios legales como el de imparcialidad (entrega motivos insuficientes y solo acepta los argumentos de una parte y no considera los de los demás interesados) (art. 11 LBPA), y celeridad (en ningún momento se le hizo ver al Sr. Cayún Quiroz lo infundado de su reclamo) (art. 7° LBPA). De consiguiente, estos sentenciadores desecharán este argumento del Comité de Ministros.

SEXAGÉSIMO NOVENO. Que, en consecuencia, la motivación insuficiente del acto administrativo constituye un vicio de nulidad, al contrariar lo dispuesto en los arts. 9 bis, 20 y 29 inc. 3° LBGMA, y arts. 11 inc. 2°, 16 inc. 1°, 17 letra f) y 41 inc. 4° LBPA. De esta forma se vulneran las garantías constitucionales de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 CPR), y debido proceso (art. 19 N° 3), siendo por ello ilegal. En consecuencia, y teniendo en consideración que tanto la RCA como la Resolución Reclamada no consideraron debidamente la observación del Sr. Cayún Quiroz, este Tribunal acogerá en este punto la reclamación de este reclamante.

*II.2.3) PRESUNTA ARBITRARIEDAD E ILEGALIDAD AL HABER SIDO DESECHADA LA SUSCEPTIBILIDAD
DE AFECTACIÓN DIRECTA*

SEPTUAGÉSIMO. Que, la presente causa se ha iniciado por la reclamación del Sr. Cayún Quiroz y los Srs. Passalacqua Aravena y otros, a los que se les unieron los Srs. Fernández Socías y Otros, denunciando que no se habían considerado sus observaciones durante el procedimiento de evaluación ambiental.

En particular, el Sr. Cayún Quiroz señaló a fs. 17 que el Comité de Ministros al rechazar su reclamación no se hizo cargo de sus alegaciones, no respondió en forma fundada su observación ni subsanó los vicios de legalidad denunciados, en relación con la consulta indígena, que alegó en su observación, en su reclamación y ante este Tribunal.

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO. Que estos sentenciadores ya han manifestado su convicción de que el Comité de Ministros no se hizo cargo de

la alegación de defectos metodológicos del Estudio Antropológico Original y su Ampliación. Esta circunstancia afectó la Resolución Recurrida, pues al obviar los defectos constatados de ambos documentos, y al haberlos considerado como únicas fuentes fiables para pronunciarse sobre la reclamación de consulta indígena promovida por el Sr. Cayún Quiroz, incurrió en la ilegalidad de falta de motivación.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO. Que la ilegalidad de falta de motivación también fue predicada en contra de la RCA, puesto que la reclamación administrativa tenía por objeto acusar esa misma falta respecto del Acto Reclamado.

Dado que el Comité de Ministros no respondió debidamente esta alegación del Sr. Cayún Quiroz, es que este Tribunal procederá a pronunciarse sobre ella.

SEPTUAGÉSIMO TERCERO. Que el Sr. Cayún Quiroz afirmó que su observación «[...] no fue debidamente considerada por la autoridad ambiental en la resolución de Calificación Ambiental, resolución exenta N° 128 de 06 de Marzo de 2014 [...]» (fs. 4).

Asimismo, el reclamante indicó que esta respuesta de la COEVA – contenida en la RCA– vulneraría lo dispuesto en el Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA; por cuanto, vulneraría los principios de «completitud y precisión» y de «autosuficiencia», al no responder fundadamente y no considerar las observaciones ciudadanas. En este caso, el reclamante denunció que, al igual que en el caso del Comité de Ministros, la RCA solo se había fundado en el Estudio Antropológico Original y su Ampliación:

«A la luz de estos criterios, el planteamiento esgrimido en la RCA n.° 128 da cuenta de que el único parámetro utilizado por la autoridad para dar respuesta a las observaciones realizadas al Estudio de Impacto Ambiental, y las adendas sucesivas, fue únicamente la respuesta dada por el titular; circunstancia del todo inaceptable a la luz de las instrucciones dadas por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental. Esta respuesta, infringe los criterios mínimos para dar una respuesta completa y precisa, que goce

de autosuficiencia e independencia y demuestra la falta de minuciosidad con que la autoridad ambiental evaluó los impactos del proyecto» (fs. 5).

SEPTUAGÉSIMO CUARTO. Que estudiada la respuesta N° 121 de la COEVA a la observación del Sr. Cayún Quiroz, contenida en la RCA, se constató que ésta también se basa únicamente en el Estudio Antropológico y su Ampliación (Considerando Quincuagésimo noveno). Esto es patente de la siguiente frase de la respuesta del Acto Reclamado:

«Con respecto a las comunidades indígenas, como lo indica la respuesta a la pregunta 4.8 de Adenda N°3, la ampliación del informe antropológico (Anexo 19 de Adenda N°3) ha recogido todos los aspectos socioculturales de los pueblos indígenas de la zona, considerando, al igual que el primer informe, la apreciación de personas de ascendencia indígena. Ambos estudios antropológicos realizados abarcaron un total de 148 personas, correspondiente al 88,09% del total de personas de pueblos originarios según la información entregada por el Departamento Social de la Ilustre Municipalidad de Cochamó, que indica que el total son 168 personas» (pág. 393).

SEPTUAGÉSIMO QUINTO. Que ya quedó de manifiesto que la principal fuente de información sobre pueblos indígenas durante la evaluación de impacto ambiental del Proyecto fue el Estudio Antropológico Original y su Ampliación. Este antecedente que sirvió de base para la RCA es considerado en esta sentencia como no confiable para concluir sobre la procedencia —o improcedencia— de realizar un proceso de consulta a los pueblos indígenas.

Siendo, además, que a esa evaluación no se aparejó evidencia alternativa a la evaluación ambiental, lo que implica que de los antecedentes ponderados en ese procedimiento no se podía concluir sobre la susceptibilidad de afectación directa y la necesidad de haber mediado consulta indígena previa. Estos sentenciadores, en consecuencia, se encuentran impedidos de pronunciarse sobre este asunto por carecer de evidencia. En consecuencia, este Tribunal no se pronunciará sobre esta parte de la alegación del Sr. Cayún Quiroz.

Con todo, a la luz de las conclusiones previas, al Tribunal le asiste la convicción de que la RCA no pudo concluir si el Proyecto iba a generar o presentar los efectos, características o circunstancias establecidos en el art. 11 LBGMA, relacionados con las comunidades indígenas presentes en la zona.

En particular, el Acto Reclamado no se conformó con lo dispuesto en el art. 16 inc. final LBGMA que requiere que el Estudio de Impacto Ambiental cumpla con la normativa ambiental, y se haga cargo de los efectos, características y circunstancias establecidos en el art. 11 LBGMA. De todo lo anterior se sigue que la RCA no pudo considerar las medidas pertinentes que exige el art. 16 inc. final LBGMA con relación a las comunidades indígenas.

SEPTUAGÉSIMO SEXTO. Que, en consecuencia, este Tribunal concluye que ni la COEVA ni el Comité de Ministros pudo arribar a la conclusión de que el Proyecto se había hecho cargo de todos los impactos ambientales, basándose en un antecedente -Estudio Antropológico Original y su Ampliación - cuyas conclusiones no eran confiables. Al haberse errado en la fijación administrativa de los hechos, la RCA necesariamente debe ser considerada como inmotivada o falta de motivo y, por tanto, violatoria de los arts. 1º, 2º letras i), j) y k), 9º bis, 16 inc. Final, 29 inc. 3º LBGMA, y arts. 11 inc. 2º, 16 inc. 1º y 41 inc. 4º LBPA. De esta forma, se declarará que la RCA no se conforma a la normativa vigente y se anulará totalmente.

SEPTUAGÉSIMO SÉPTIMO. Que estando en presencia de un vicio que afecta de manera esencial y total a los actos administrativos cuestionados por el Sr. Cayún Quiroz; el que resulta suficiente para declarar la anulación de dichos actos, hace innecesario emitir pronunciamiento respecto de las demás alegaciones destinadas al mismo fin; por lo que este Tribunal no se pronunciará sobre las demás controversias, entre ellas las resultantes de la reclamación R-32-2016.

POR TANTO, en virtud de lo expuesto y lo dispuesto en los arts. 17 N° 5, 25 y 30 de la Ley N° 20.600; 20 inciso 4º de la Ley N° 19.300; 170 CPC; y demás normas pertinentes,

SE RESUELVE:

1. Que se acoge la acción presentada en autos por el reclamante Sr. Cayún Quiroz, declarándose que no se conforman a la normativa vigente, tanto (a) la Resolución Exenta N° 105, de fecha 29 de enero de 2016, dictada por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, la que ejecutó el acuerdo N° 16/2015 del Comité de Ministros, adoptado en sesión ordinaria de fecha 02 de noviembre de 2015, como (b) la Resolución de Calificación Ambiental N° 128, de fecha 06 de marzo de 2014, dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos.
2. Que se anulan totalmente ambas resoluciones.
3. Que no se condena en costas a las partes, por estimar que han tenido motivo plausible para litigar.

Acordada con el voto concurrente del Ministro Sr. Roberto Pastén Carrasco, quien estuvo asimismo por acoger la reclamación, pero estimando que, en lo que respecta a la falta de motivo, debió hacerse referencia al estándar de convicción exigible a la Administración al valorar la prueba, indicando:

- 1°. Que, en este caso específico, con la prueba allegada por el Proponente, consistente en un Estudio Antropológico Original y su Ampliación, la Administración se ha convencido que pueden descartarse los efectos del art. 11 letra d) de la Ley N° 19300, resultando por tanto en la improcedencia de la consulta indígena. Sin embargo, los reclamantes sostienen, entre otros aspectos, que ese Estudio Antropológico Original y su Ampliación contiene errores y, por lo tanto, se ha excluido indebidamente la realización de la consulta indígena.
- 2°. Que, en este caso, el Proponente ha ingresado con un Estudio de Impacto Ambiental, pues ha reconocido que se producen algunos de los efectos del art. 11 de la Ley N° 19300. Sin embargo, de acuerdo al art. 12 de dicha ley, sí ha identificado que su Proyecto producirá alguno de estos efectos, además de ingresar con un Estudio de Impacto

Ambiental, tendrá la carga probatoria de demostrar que los efectos que afirma se producirán estarán correctamente mitigados, compensados o reparados, y que los efectos que afirma no se producirán efectivamente no se producirán. En particular, en el caso de autos tiene la carga probatoria de demostrar que no se producirán los efectos del art. 11 letra d), y por lo tanto no se requiere la realización de consulta indígena.

- 3°. Que, una vez presentada la prueba por el Proponente, la Administración debe examinarla y, si supera lo que puede considerarse el estándar de convicción exigible como *minimum minimorum*, que es la preponderancia de la prueba. Por tanto, si es más probable que el impacto no se producirá a que se producirá, pues entonces deberá descartar que éste se producirá y, en este caso, no existiría necesidad de consulta indígena.
- 4°. Que, la apreciación de la prueba que haga la Administración constituirá el motivo de su decisión, esto es, lo que ella considera es la realidad y por tanto la subsume a la norma jurídica aplicable. Sin embargo, si se reclama que el motivo está equivocado, esto irremediablemente nos sitúa en un aspecto probatorio: ¿con la prueba allegada por el Proponente es posible que la Administración concluyera que el Proyecto no produce el efecto del art. 11 letra d) de la Ley N° 19300? Si la respuesta es negativa, significa que el acto administrativo adolece del vicio de ilegalidad de motivos, que es esencial y trascendental, porque no sólo no se establecerían medidas de mitigación, compensación y reparación apropiadas, sino que habría afectado los derechos de las comunidades indígenas a ser consultadas bajo los estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

En efecto, la jurisprudencia asentada por la Corte Suprema «[...] recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación—la ilegalidad de un acto administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma,

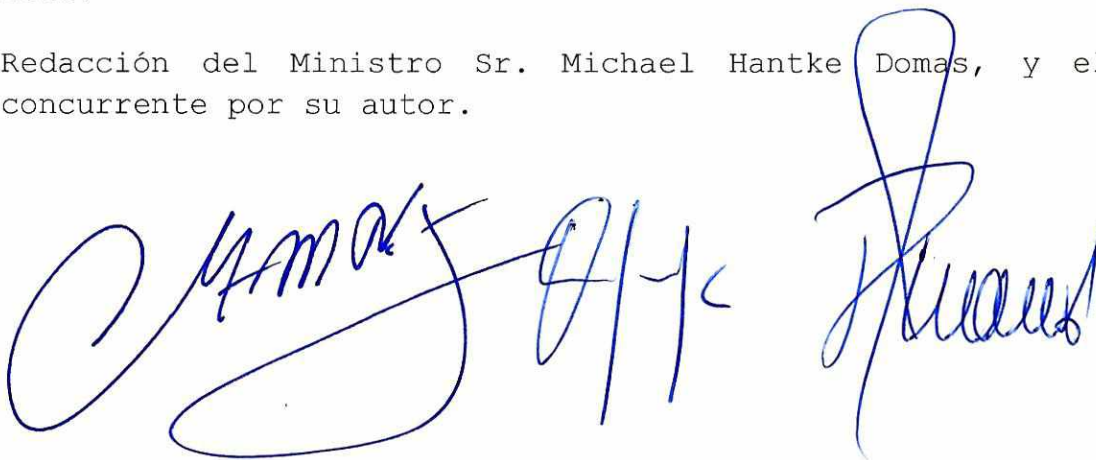
desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable [...]» (Rol N° 2614-2015, c. 11), lo que no obstante puede estar moderado por el principio de conservación del acto administrativo.

5°. Que, siendo el Estudio Antropológico Original y su Ampliación una de las pruebas examinadas en este procedimiento jurisdiccional, de su estudio se ha determinado -de acuerdo a la sana crítica- que éste adolece de problemas metodológicos que afectan severamente su confiabilidad. Por tanto, no es posible que éste hubiese podido válidamente generar convicción en la Administración, siquiera en el *minimum minimorum* que es el estándar de convicción de preponderancia de la prueba, de que no se producirían los efectos del art. 11 letra d), y por tanto mucho menos la generaría aplicando cualquier otro estándar más exigente, como el de prueba clara y convincente.

Regístrese y notifíquese.

Rol N° R- 30-2016, a la cual se le acumuló la causa Rol N° R-32-2016.

Redacción del Ministro Sr. Michael Hantke Domas, y el voto concurrente por su autor.



Pronunciado por el Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros señores Michael Hantke Domas, Roberto Pastén Carrasco y Pablo Miranda Nigro.

Autoriza el Secretario Abogado, Señor Felipe Riesco Eyzaguirre.

En Valdivia, diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, se anunció por el Estado Diario.

