

ROL: 1852-2020

Caratulado: “CLUB DE DEPORTE AVENTURA NEWEN LEUFÚ/HIDROENERGIA CHILE INVERSIONES SPA”

Libro: Protección

RECURSO DE APELACIÓN

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT

HUGO CASTRO CHARLES, abogado, por la parte recurrente en causa de Protección **Rol N.º 1852-2020**, caratulado “CLUB DE DEPORTE AVENTURA NEWEN LEUFÚ/HIDROENERGIA CHILE INVERSIONES SPA”, respetuosamente digo:

Que en representación de los recurrentes de protección COMUNIDAD INDÍGENA ANTIÑIRRE KIMUNPUCHE y otros, interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia dictada con **fecha 09 de abril de 2021**, que causa agravio a mis representados, por cuanto rechazó el recurso de protección interpuesto en contra de la empresa Hidroeléctrica Río Negro SpA y la Ilustre Municipalidad de Hualaihué, declinando declarar la ilegalidad y/o arbitrariedad -y la correlativa vulneración de garantías constitucionales- de los actos consistentes en la construcción de la “*CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE PASADA RÍO NEGRO HORNOPIRÉN*” y el otorgamiento del respectivo permiso de edificación para su casa de máquinas, emitido por la Dirección de Obras Municipales de Hualaihué; Así como denegando las demás peticiones enunciadas en el recurso, en especial la solicitud de que se ordene el ingreso del Proyecto a evaluación ambiental dentro del SEIA y se desarrolle la Consulta Indígena, de manera previa a su construcción.

La sentencia definitiva de primera instancia deberá ser revocada y, en consecuencia, acogerse el recurso de protección interpuesto, en virtud de

los antecedentes de hecho y argumentos de derecho que a continuación se exponen:

I.- LA SENTENCIA APELADA.

La sentencia apelada dictada por la Primera Sala de esta Ilustrísima Corte rechazó el recurso de protección deducido en autos, señalando en su parte resolutive lo siguiente:

*“**Vigésimo Segundo:** Que atendido lo razonado en los motivos que preceden, el presente recurso de protección no se encuentra en condiciones de prosperar en razón de haberse planteado en forma extemporánea y por los motivos de fondo, sin perjuicio de otras acciones que pudieren corresponder a los recurrentes.*

*Por las consideraciones expuestas, lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se rechaza** el recurso de protección deducido por Hugo Castro Charles, abogado, en representación de la **COMUNIDAD INDÍGENA ANTIÑIRRE KIMUNPUCHE, la JUNTA DE VECINOS CHAQUEIHUA HORNOPIRÉN, y el CLUB DE DEPORTE AVENTURA NEWÉN LEUFÚ,** en contra de la empresa **Hidroeléctrica Río Negro SpA e Ilustre Municipalidad de Hualaihué,** por la construcción de la “CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE PASADA RÍO NEGRO HORNOPIRÉN” y el otorgamiento de permiso de edificación para su casa de máquinas, por la Dirección de Obras Municipales de Hualaihué”.*

II.- ERRORES EN QUE INCURRE LA SENTENCIA APELADA:

La sentencia dictada, que por esta vía se impugna, incurrió en los siguientes errores:

A.- Primer error: declaración de extemporaneidad del recurso.

1.- La sentencia recurrida rechazó el recurso de protección, en lo principal, por estimar equivocadamente que fue presentado extemporáneamente. Los fundamentos de dicha conclusión se expresan en sus considerandos 3° y 4°, que indican lo siguiente:

“Tercero: *Que el presente recurso, ha sido interpuesto con fecha 6 de noviembre del año 2020, y la parte recurrida alega su extemporaneidad por estimar que la recurrente solamente expresa haber tomado conocimiento de los hechos recién el 6 de octubre de 2020, pero dicho plazo debería computarse desde el conocimiento a tal permiso de edificación, conocido para efectos generales con bastante anticipación según se aprecia en la publicación del sitio electrónico de la Municipalidad de Hualaihué, efectuada con fecha 9 de junio de 2020; considerando además que la aprobación del proyecto incluso tendría una fecha muy anterior a esa fecha.*

Cuarto: *Que, sin perjuicio de lo expuesto, incluso considerando la fecha expuesta por el recurrente como aquella en la habría tomado conocimiento, esto es el día 6 de octubre de 2020, igualmente se debe concluir que su presentación ha ocurrido luego de transcurrir el plazo para ello, pues fue interpuesto con fecha 6 de noviembre de 2020, cuando ya había transcurrido en su integridad el plazo fatal de 30 días corridos, establecido en el numeral primero del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección, pues de la fecha señalada por el recurrente a la época de interposición de la acción cautelar, aparece claramente que fue interpuesto el trigésimo primer (31) día, más allá del plazo fatal de treinta días (30) corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos; resultando en consecuencia extemporáneo el presente recurso, debiendo por esta sola circunstancia ser rechazada la acción cautelar”.*

2.- De lo expuesto en los considerandos precitados se desprende que, la razón dirimente recogida por el fallo para desechar el recurso por extemporaneidad ha sido su presentación el día 06 de noviembre de 2020, en circunstancias que se habría tomado conocimiento del acto con fecha 06 de octubre de 2020, y, por ende, la interposición del recurso habría sido fuera del plazo de 30 días corridos, contados en este caso desde que tuvo noticias o conocimiento cierto del acto.

Dicha conclusión es equivocada y **no se condice con los antecedentes que se acompañaron en la presentación del recurso de protección y constan en el proceso**. Así, si bien esta parte cometió un error involuntario de tipeo, al momento de exponer en el escrito del recurso de protección la fecha en que se tomó conocimiento cierto de los hechos, señalando que aquello había ocurrido el día 6 de octubre de 2020, lo concreto y probado en autos es que efectivamente se tomó dicho conocimiento el **día 7 de octubre de 2020**. Lo anterior queda acreditado en la documentación que se acompañó en la presentación del recurso de protección, en la que consta la carta presentada el día 6 de octubre por la recurrente, COMUNIDAD INDÍGENA ANTIÑIRRE KIMUNPUCHE, solicitando por escrito a la Ilustre Municipalidad de Hualaihué, información sobre la instalación de la central hidroeléctrica de pasada Río Negro Hornopirén. Dicho requerimiento fue contestado por la administradora municipal vía correo electrónico el día 7 de octubre de 2020, correo cuya copia fue también acompañada en la presentación del recurso de protección.

De esta forma, y según exige el Auto Acordado N.º 94-2015, hemos hecho “constar en autos” el momento y la forma en que se tomó conocimiento del acto, esto es mediante el correo electrónico del 7 de octubre de 2020. Dichos documentos no fueron controvertidos por las recurridas, por lo que se entiende constituye plena prueba al respecto. Más aún, esta ilustrísima Corte de Apelaciones, en su examen de admisibilidad nada señaló respecto de la presunta extemporaneidad.

Por ende, como se ha descrito, se ha tomado conocimiento cabal y efectivo de la dictación del permiso municipal y la reactivación de las obras el día 07 de octubre de 2020, fecha en que los recurrentes fueron informados oficialmente por la Municipalidad, vía correo electrónico enviado por la Administradora Municipal a la dirección de correo electrónico de la comunidad recurrente, Comunidad Indígena Antiñirre Kimunpuche, y, por ende, el recurso ha sido presentado dentro del plazo.

3.- Respecto a la aseveración de la contraparte citada en el fallo en cuanto a que el plazo debió comenzar a contarse desde la dictación del decreto o bien desde su “...*publicación del sitio electrónico de la Municipalidad de Hualaihué*”, cabe mencionar lo siguiente:

Primero, como contexto relevante de lo acontecido, cabe recordar que con fecha 21 de enero de 2020, y en respuesta a las solicitudes planteadas por la comunidad de Hornopirén en reuniones sostenidas con la empresa recurrida y autoridades políticas y administrativas con competencia ambiental, el titular del Proyecto anunció la paralización del mismo, entendiendo por ende mis representados, de buena fe, se había dejado de desarrollar esta iniciativa, poniendo fin a las vulneraciones o amenazas a sus derechos.

De esta forma, el correo electrónico enviado el 7 de octubre de 2021 por la administradora municipal fue la primera noticia tanto del otorgamiento del permiso de edificación, así como de la reactivación del proyecto, no resultando esperable que mis representados, organizaciones comunitarias de escasos recursos, estuvieran revisando plataformas digitales de la Municipalidad o de cualquier otro ente público.

Lo anterior más aun considerando que, tal como lo reconoce la empresa recurrida en su Informe, el otorgamiento del permiso municipal es un acto de efectos particulares, y, por ende, su notificación o comunicación -a través de publicación- a terceros absolutos no es obligatoria, requiriendo sólo su notificación al solicitante. De hecho, la publicación en el portal de transparencia activa de la municipalidad recurrida, del

permiso de obras en cuestión, se realizó el 29 de julio de 2020, fecha distinta a la correspondiente al otorgamiento del permiso impugnado (9 de junio de 2020), lo que da cuenta que dicha publicación en cumplimiento de la ley 20.285, no es un mecanismo adecuado para determinar con certeza la época de las actuaciones municipales, por lo que es inoficioso su permanente revisión. Por el contrario, en atención a los principios y normas de la Ley 20.285, entendemos que la única forma de tener conocimiento cierto de actuaciones administrativas de efectos particulares es mediante la respuesta a solicitudes de información, tal como lo realizaron los recurrentes de autos, recibiendo respuesta el día 7 de octubre de 2020, como se acreditó con la prueba documental ya referida.

En este sentido, mediante sentencia recaída en causa Rol N.º 138.439-2020 (acumulado al Rol N.º 140.342-2020) del 29 de marzo 2021, la Excelentísima Corte Suprema señaló en su considerando quinto:

*“...Respecto del recurso deducido bajo el Rol Ingreso Corte Suprema N.º 140.342-2020, si bien se dirige contra decisiones de 5 de junio y 17 de julio de 2019, no puede estimarse que su interposición el 5 de septiembre de ese año sea extemporánea, por cuanto los actores **no tuvieron certeza del contenido de tales actos administrativos sino hasta el día 6 de agosto, cuando les fueron remitidas copias íntegras en virtud de la solicitud de información** que Cecilia Caniuman Antilef promoviera ante el Gobierno Regional de la Araucanía. En consecuencia, **sólo a partir de esta última fecha corresponde computar el término para entablar el arbitrio constitucional**, de lo cual fluye que éste se interpuso de manera oportuna”. (El destacado es nuestro).*

4.- Sin perjuicio de todo lo anteriormente expuestos, es decir que los recurrentes tuvieron conocimiento cierto de los hechos, el 7 de octubre de 2020, según constan en autos, en el caso improbable que su S.S. estime que el plazo de interposición del recurso debió contarse desde el

6 de octubre 2020, o incluso desde una fecha anterior, debe considerarse que la presente acción constitucional de protección fue interpuesta respecto de hechos que se vienen desarrollando durante el año 2020, estando vigente el estado de excepción constitucional, debido a la emergencia sanitaria que afecta al país.

En este contexto, y sumando el hecho que los recurrentes viven en una zona aislada del país, con baja conectividad, circunstancia que genera múltiples dificultades y obstáculos para el ejercicio de sus derechos, debe considerarse la necesidad y pertinencia de realizar una interpretación más flexible respecto del cumplimiento de plazos y formas para acceder a la tutela judicial efectiva. Así lo ha resuelto la Excelentísima Corte Suprema, mediante sentencia del 5 de abril de 2021, recaída en causa rol N. ° 22.193-2021, en la que indica:

“Tercero: *Que, en este escenario, es pertinente recordar que el estado de excepción constitucional que vive el país, así como los efectos prácticos de la contingencia sanitaria, fueron motivo para la dictación de la Ley N.° 21.226 que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile.*

Cuarto: *Que, en ese sentido, tanto el legislador como esta Corte Suprema -en este caso a través del Acta N.° 53-2020- han pretendido impregnar a los procedimientos judiciales de la necesaria flexibilidad para cumplir, en estas circunstancias extraordinarias, con su fin superior, consistente en otorgar a los justiciables accesos a una tutela judicial efectiva.*

Quinto: *Que, bajo dicho prisma, encontrándonos dentro de los supuestos contemplados en la Ley N.° 21.226, en razón de las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria ocasionada por la enfermedad COVID-19, a juicio de estos sentenciadores se*

*hace necesario en este caso **sustraer la interposición del recurso de protección de la aplicación estricta del plazo contenido en el numeral 1° del Acta N.° 94-2015**, debiendo entenderse en consecuencia que el arbitrio constitucional no es extemporáneo”. (el destacado es nuestro)*

5.- Finalmente, cabe relevar que el recurso de protección ha sido interpuesto por la **comisión de dos actos**: i) el otorgamiento del permiso municipal de edificación y **ii) el inicio de construcción del Proyecto por parte de la empresa recurrida**, sin haber ingresado previamente a evaluación ambiental; actuaciones que además se desarrollan sin un proceso de consulta indígena previa. En este sentido, es claro que estos hechos, en especial las acciones de construcción desarrollada por la empresa recurrida **tienen efectos presentes y futuros, constituyendo una actual amenaza y perturbación de los derechos de mis representados**. Al respecto, y como ha señalado el profesor Humberto Nogueira Alcalá:

*“(...) El plazo para interponer la acción de protección tiene como fundamento, sin lugar a dudas, otorgar seguridad jurídica y firmeza a los actos, asegurando la consolidación jurídica de ellos, lo que se concreta en el plazo de caducidad que establece el auto acordado indebidamente, ya que carece de competencia para regular materias que son reserva de ley, además desde el punto de vista sustantivo consideramos que **no se justifica el plazo de caducidad en materia de derechos fundamentales que no tienen carácter patrimonial**, como el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica; el derecho a nacer; el derecho a no ser objeto de apremios ilegítimos; el derecho a no ser discriminado arbitrariamente; el derecho a la libertad de conciencia y culto; el derecho a la libertad de opinión e información; el derecho de petición, entre otros.*

Consideramos que en materia de derechos constitucionales no debiera existir plazo de caducidad para accionar

*jurisdiccionalmente, **mientras el derecho se encuentre afectado ilegal o arbitrariamente**, considerando como única excepción razonable el caso de los derechos patrimoniales. Es insensato y no merece el menor análisis racional, que cuando se ve afectado el derecho a la vida o se vulneren arbitrariamente a una persona su integridad física o psíquica, sólo pueda accionarse dentro del plazo de treinta días, pero cuando se amenace o prive de la libertad personal no haya plazo alguno ya que el recurso de amparo chileno (Habeas Corpus) puede accionarse en cualquier momento mientras el derecho se encuentre afectado. En nuestra opinión, la acción (recurso) de protección se debería interponer mientras subsista la amenaza, perturbación o privación ilegal o arbitraria en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental amparado por la acción constitucional y hasta treinta días después que hayan cesado los efectos directos respecto del agraviado tratándose de ilícitos continuados.”* (Nogueira Alcalá, Humberto. (2010). LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN EN CHILE Y LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN MÉXICO. *Ius et Praxis*, 16(1), 219-286. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100009>).

Da que, **en el presente caso existen amenazas vigentes de vulneración de derechos fundamentales como el derecho a la vida, integridad física y psíquica, el derecho a la igualdad, y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se hace pertinente considerar lo expuesto por el Profesor Nogueira.**

Por todas las razones ya expuestas en este capítulo, es errado lo señalado por la sentencia al declarar extemporáneo el recurso de protección, error que debe ser enmendado por la Excelentísima Corte Suprema, conociendo el fondo del recurso planteado, acogiéndolo por las razones pasamos a exponer.

B.- Segundo error: determinación de improcedencia de ingreso del Proyecto a evaluación ambiental dentro del SEIA.

En cuanto al fondo del recurso, y particularmente en relación con lo resuelto por esta Ilustrísima Corte de Apelaciones, respecto a que la empresa Hidroeléctrica Río Negro SpA no está obligada a ingresar a evaluación ambiental el proyecto “CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE PASADA RÍO NEGRO HORNOPIRÉN” -el que se encuentra actualmente en ejecución-, la sentencia apelada señala:

*“**Décimo Cuarto:** Que, en la especie, de acuerdo a las características especiales y emplazamiento del proyecto, cumpliéndose las exigencias normativas y los presupuestos reglamentarios establecidos, es posible establecer que el proyecto o actividad no es de aquellos susceptibles de la evaluación que dispone el artículo 10 de la Ley 19.300 y artículo 3 del RSEIA.*

***Décimo Quinto:** Que como puede desprenderse del análisis normativo, al no encontrarse las obras de dicho proyecto dentro de los casos del artículo 10 de la Ley N° 19.330, no corresponde analizar si concurre alguna de las hipótesis del artículo 11 de la citada ley, circunscrito a “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias”.*

Para mayor abundamiento, esta Ilustrísima Corte de Apelaciones, refuerza esta conclusión señalando:

*“**Décimo Séptimo:** Que, por otra parte, la empresa recurrida ha cumplido lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Supremo N° 40/2012, que regula las consultas de pertinencias de ingreso al SEIA al disponer que “Sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un*

pronunciamiento sobre sí, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia”.

Décimo Octavo: *Que, habiéndose efectuado esta consulta ante la Dirección Regional, dicho organismo de forma expresa y como ya se explicó en esta sentencia, se pronunció disponiendo que por sus características el proyecto no requiere someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, como pretende el recurrente para requerir la paralización de las obras. Se concluye, así, y conforme a lo previsto por el artículo 26 del RSEIA, que los hechos descritos en el recurso no son constitutivos de ilegalidad alguna, ni de alguna irregularidad reglamentaria como la que se ha planteado por los actores. Pues ha sido del mérito de la consulta efectuada el 16 de noviembre de 2018, que la autoridad administrativa competente informó al recurrido que dicho proyecto no requiere ingreso obligatorio al SEIA.” (el destacado es nuestro)*

De la lectura de los considerandos citados podemos colegir que estos sentenciadores concluyen la inexistencia de obligación de ingreso basándose principalmente en dos razones:

- i) La obtención por el titular de una respuesta “favorable” del SEA ante su Consulta de Pertinencia -en el sentido de que el Proyecto en cuestión no debía ingresar a evaluación-, y
- ii) El no encontrarse el Proyecto dentro de los listados en el artículo 10 de la Ley N.º 19.300 -ni del artículo 3 del RSEIA- y, por ende, a su juicio, no corresponder realizar el análisis de concurrencia de algunas de las hipótesis del artículo 11 de la citada Ley.

Dicha conclusión a nuestro juicio es errada, y debe ser enmendada. En concreto, por cuanto la primera implica atribuirle un carácter infalible, decisorio e inalterable a la resolución emitida por el SEA al responder la

Consulta de Pertinencia; constituyendo la segunda una interpretación incorrecta de la normativa ambiental aplicable al caso, en particular respecto a las normas contenidas en los artículos 10 y 11 de la Ley N.º 19.300 -las cuales concibe aisladamente-, estableciendo además como pre-requisito para efectuar el análisis de aplicabilidad del art. 11 precitado, el encontrarse el Proyecto en cuestión dentro del listado del art. 10 de la misma Ley.

1.- En cuanto a la insuficiencia de la primera razón para efectos de justificar la inexistencia de la obligación de ingresar al SEIA, basta con realizar una somera revisión del concepto y naturaleza de las Consultas de Pertinencia y, al mismo tiempo, considerar las circunstancias que concurrieron en el caso concreto.

Así, en cuanto al concepto de la institución de la consulta de pertinencia, reparamos que aquella se encuentra definida a nivel normativo en términos similares tanto en el art. 26 del RSEIA así como en el Instructivo N° 13.456 sobre *“Consultas de pertinencia de ingreso de proyectos o actividades o sus modificaciones al Sistema de Evaluación Ambiental”*. Destacamos la definición existente en este Instructivo, el cual las concibe como *“aquella petición de un proponente dirigida al Director Regional o al Director Ejecutivo del SEA, según corresponda, mediante la cual se solicita un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al SEIA”*.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la doctrina y jurisprudencia reciente de la Excelentísima Corte Suprema, han señalado que constituyen solamente una *“declaración de juicio”* o bien una *“opinión” “no vinculante”*, otorgada por la autoridad ambiental, a partir únicamente de los *“antecedentes entregados”* por el interesado, respecto a la correspondencia o no de un proyecto con la descripciones o tipologías señaladas en el art.10 de la Ley 19.300 -artículo 3 del RSEIA-.

La supeditación de la respuesta del SEA a la veracidad de los antecedentes entregados por el proponente, es referida en el caso concreto, en la **Resolución Exenta del SEA Los Lagos de fecha 02 de enero 2019**, que da respuesta a la consulta de pertinencia efectuada por Hidroenergía Chile Inversiones SPA, al señalar en su considerando 7, en lo pertinente:

“... Que, este pronunciamiento ha sido elaborado sobre la base de los antecedentes proporcionados por el Señor Enrico Gatti, en representación de Hidroenergía Chile Inversiones SPA, cuya veracidad es de su exclusiva responsabilidad y en ningún caso lo exime del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable al Proyecto...”

A nivel de jurisprudencia, lo anterior ha sido ratificado, entre otras, mediante sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 21 de septiembre de 2020, en causa Rol 2.608-2020, la cual señala en su Considerando Décimo Tercero que:

*“...La consulta de pertinencia es una herramienta meramente informativa estructurada en función de los antecedentes que el proyectista aporta al Servicio de forma que, por un lado, el pronunciamiento que se pueda obtener en sede administrativa no impide que, **contrastados aquellos antecedentes con la realidad**, el sentido de la **decisión varíe** y el proyecto se enfrente a la **necesidad de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental** a través de los instrumentos que la ley prescribe, sea que ello se decida en sede administrativa o judicial”.*
(lo destacado es nuestro)

Destacamos además respecto al caso zanjado en el precitado fallo, el que se trataba de un proyecto de sondajes de exploración minera, **el cual contaba con la opinión tanto del SEA como de la Superintendencia de Medio Ambiente, de no tener la obligación de ingresar al SEIA.**

Por su parte, y atendiendo a la relevancia para el caso, destacamos también lo señalado en el precitado Instructivo sobre “*Consultas de pertinencia*” en relación con quién es el primer obligado a realizar el análisis de procedencia de ingreso de un proyecto al SEIA. Así, en su introducción, dicho Instructivo señala que:

“Puesto que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA) es un procedimiento que se inicia a petición de parte, es responsabilidad del proponente del proyecto o actividad realizar, en primera instancia, el análisis respecto a si su proyecto o actividad debe someterse o no a dicho Sistema...”. (el destacado es nuestro)

Al respecto, cabe tener también presente el establecimiento, por parte del legislador ambiental, de otras “*instancias*” de consulta u obtención de información para los titulares de Proyecto. En particular y respecto de la información sobre variables indígenas, el art. 27 del RSEIA establece la facultad de dirigirse al Director Regional o Director Ejecutivo del SEA, de manera previa al ingreso de un proyecto, en el caso de “*dudas en relación a la afectación*” de población indígena.

De lo señalado en el Instructivo, la doctrina y jurisprudencia precitada podemos concluir que:

- i) Las Consultas de Pertinencias se responden por el SEA exclusivamente en base a los antecedentes otorgados por el titular, siendo la veracidad de aquellos de su exclusiva responsabilidad.
- ii) La respuesta del SEA es solo una “*declaración de juicio*” u “*opinión*” de la autoridad ambiental, entregada como se dijo en base a los antecedentes otorgados por el titular, y, por ende, no tiene carácter vinculante,
- iii) Por lo mismo, el pronunciamiento obtenido en sede administrativa por el proponente no impide que, contrastados aquellos antecedentes con la realidad, varíe el sentido de la decisión, pudiendo esto ocurrir en sede administrativa o judicial.

iv) Existe obligaciones del titular o proponente tanto de entregar una información veraz, así como también de realizar un primer análisis respecto de si el proyecto debe o no ingresar a evaluación, destacándose el hecho de contar además con instancias legales para recabar la información pertinente.

La sentencia apelada yerra en atribuir un carácter infalible, inmutable y/o vinculante a las respuestas de las Consultas de Pertinencia, no pudiendo plantearse a estas últimas como justificación válida suficiente de la inexistencia de la obligación de ingreso al SEIA. Esto más aún en el caso concreto por cuanto, **se ha acreditado, que el proponente del Proyecto no informó al SEA respecto de la proximidad de población y áreas protegidas** y, por ende, a la luz de la información que consta en estos autos, resulta perfectamente atendible se modifique la decisión de no ingresar a evaluación ambiental.

2.- En cuanto a la segunda razón señalada en el fallo para justificar la inexistencia de obligación de ingreso del Proyecto al SEIA, podemos apreciar que implica el planteamiento de dos premisas erradas, las cuales son: a) el carácter omnicomprendivo de todos los proyectos susceptibles de causar impacto del art. 10 de la Ley N. ° 19.300, y b) el carácter de “*pre-requisito*” para la procedencia del artículo 11, que tiene el encontrarse el proyecto en cuestión incluido dentro de los listados en el artículo 10 precitado, siendo ambas cuestionables, según ha planteado la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema citada en estos autos.

Así, es errado sostener que el art. 10 de la Ley N.° 19.300 contiene todos los proyectos y actividades susceptibles de causar impacto, por cuanto aquel contiene solamente los que el legislador estableció como de ingreso obligatorio al SEIA. Esta interpretación se fundamenta en la existencia de una obligación general de preservar y proteger la naturaleza y el medio ambiente que pesa sobre las autoridades, cuyo cumplimiento requiere que, en el caso de existir un riesgo de producción de un daño ambiental -definido en el art. 2 letra e) de la precitada Ley como “*toda pérdida,*

disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”, se deberá evaluar el impacto ambiental que un proyecto determinado puede producir, el cual a su vez se define en la letra j) del art. 2 de la Ley en comento “la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”.

En el caso concreto, dada la presencia de población indígena protegida, esta obligación general resulta más evidente y amplia, considerando el mandato particular de conservación y fomento de las personas y cultura indígena, que pesa sobre “los órganos del estado”; contenida en el inciso segundo del artículo 4 de la misma Ley N.º 19.300, el cual prescribe que:

“Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

A su vez, la conclusión planteada, se encuentra en línea con lo preceptuado en el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, por cuanto establece, primero, que “El titular de todo proyecto o actividad comprendido en el artículo 10 deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda”, y en segundo lugar, y más importante para el caso, establece la posibilidad de ingresar voluntariamente a evaluación para aquellos proyectos que no se encuentren listados en el art. 10 precitado.

Por lo mismo, yerra también el fallo en considerar como prerrequisito para realizar el análisis de las hipótesis del art. 11 de la Ley 19.300, el encontrarse el proyecto en cuestión listado en el Artículo 10 precitado.

La existencia de una interpretación errónea de las normas precitadas en el fallo recurrido se aprecia también al analizar sentencias recientes dictadas por la Excelentísima Corte Suprema. Así, por ejemplo, en sentencia causa **rol 15.499-2018**, dictado con fecha 24 de diciembre de 2018, estableció en su Considerando Décimo:

“...Que, en este orden de ideas, se hace necesario consignar que los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental no son únicamente aquellos enumerados en el artículo 10 de la Ley N°19.300 y en el artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Dichas disposiciones, sólo señalan aquéllos en que resulta obligatorio para el desarrollador someterlos al sistema de evaluación de impacto ambiental, pero no se excluye la posibilidad de que otros proyectos puedan ser también evaluados. En efecto, el artículo 9, inciso 1°, segunda parte de la Ley N°19.300 permite a los titulares de proyectos acogerse voluntariamente al sistema de evaluación, pudiendo también realizar consultas de pertinencia sobre la necesidad de ingresar al mismo.”

Cabe señalar que el recurso de protección que dio origen a la causa citada, fue presentado por una Junta de Vecinos, en contra de resolución complementaria dictada por el Director de Obras Municipales que, al igual que en el presente caso de autos. La jurisprudencia citada ha sido reproducida de manera idéntica, en el considerando 9° en la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, dictada con fecha 21 de septiembre de 2020, en causa rol 2.608-2020. En este caso, -referido anteriormente a propósito del carácter no vinculante de las Consultas de Pertinencia-, la excelentísima Corte Suprema ordenó el ingreso a evaluación ambiental de un proyecto de sondajes, por cuanto a pesar de contar con resoluciones favorables del SEA y la SMA en sentido que el proyecto no requería ingresar al SEIA, se constató a través de antecedentes allegados al proceso, el riesgo para las comunidades indígenas afectadas y la susceptibilidad de causar impacto ambiental que tenía el proyecto, y por

ende, la vulneración de la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que el acto ilegal y arbitrario de la recurrida implicaba.

Establecidos, a la luz de lo resuelto por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, el fundamento del por qué el artículo 10 de la Ley N.º 19.300 **no contiene todos los proyectos susceptibles de causar afectación al medio ambiente**, debiendo siempre analizarse en el caso concreto, la generación de contaminación o impactos ambientales.

La conclusión de existencia de obligación de ingreso al SEIA en cada caso concreto se debe determinar, para el cumplimiento de los fines de preservación y protección medioambiental, mediante la realización de una INTERPRETACIÓN ARMÓNICA E INTEGRADA de la normativa ambiental y los principios que la rigen.

En el caso de autos, existen antecedentes claros que permiten **configurar la aplicabilidad del art. 11 letra d) y, por ende, existe la obligación de ingresar el Proyecto a evaluación ambiental**, debido a lo establecido en el art. 10 letra p) y art. 11 letra d) de la Ley N.º 19.300.

Así, si bien el primero establece la obligatoriedad de ingreso al SEIA exclusivamente en el caso de emplazamiento de obras o actividades en áreas colocadas bajo protección oficial, el segundo hace también extensivo la obligación de ingreso a los proyectos con emplazamiento “PRÓXIMO” a las áreas protegidas. En este segundo caso, exigiendo además como requisito, el hecho que dichos proyectos PUEDAN AFECTAR POTENCIALMENTE a aquellas zonas protegidas. En este sentido a resuelto la Excelentísima Corte Suprema en fallo recaído en causa **Rol 10.477-2019**, de fecha 05 de junio de 2019, el cual en su Considerando Sexto establece:

“Que, de la interpretación armónica de las dos reglas transcritas en el motivo anterior, es posible afirmar, en abstracto, que TODA obra, programa o actividad PRÓXIMA a un ÁREA PROTEGIDA SUSCEPTIBLE DE SER AFECTADA POR ÉSTA, debe ingresar al

sistema de evaluación de impacto ambiental a través del instrumento de revisión más intenso contemplado en la legislación vigente, consistente en el estudio de impacto ambiental. En efecto, si bien el artículo 10 literal p) de la Ley N° 19.300 indica expresamente que la susceptibilidad de causar impacto ambiental se restringe a los proyectos emplazados “en” áreas de protección oficial (entre otras), ciertamente el literal d) del artículo 11 amplía el espectro de aplicabilidad de la norma al abordar una situación específica y especial consistente en la ubicación de obras, programas o actividades ubicadas “en” o “próximas” a áreas protegidas, exigiendo para la imposición de la obligación de ingreso que dichos proyectos puedan afectar, potencialmente, a aquellas zonas”.

Dicha interpretación armónica e integrada de las normas citadas, responde a la aplicación del principio precautorio, rector de nuestro derecho ambiental. Al respecto la Excelentísima Corte Suprema, en causa rol N.° 86.160-2020, seguida también en contra de la recurrida **Hidroeléctrica Río Negro SpA**, mediante sentencia del 17 de marzo del 2021, en que se acreditó el incumplimiento de normativas ambientales y la susceptibilidad de impactos ambientales, respecto de dichos principios se señaló:

*“**Octavo:** Que, como se adelantó, lo anterior reviste la máxima relevancia, toda vez que el **principio rector en materia ambiental es el principio precautorio** que “impone una actuación anticipada, incluyendo las situaciones en que no se cuenta con la certeza absoluta de los efectos que un determinado hecho puede tener para el medio ambiente”, el que difiere del principio preventivo que “supone el conocimiento científico de las consecuencias ambientales de una determinada actividad. Es decir, opera cuando el daño ambiental es previsible, de acuerdo con la evidencia con que se cuenta. **El ámbito de aplicación del principio precautorio, en cambio, es una etapa anterior: opera en casos de una amenaza potencial, pero debido a la incertidumbre o controversia***

científica no es posible hacer una predicción apropiada del impacto ambiental” (“Fundamentos de Derecho Ambiental”, Jorge Bermúdez Soto. Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición. Página 47).

*También se ha expresado que “la acción preventiva tiene tres ámbitos principales. En primer lugar, la técnica jurídica que permite el conocimiento y valoración anticipados de los peligros y de los riesgos asociados a ciertas actividades y productos, así como instalaciones. Este conocimiento y valoración se llevan a cabo mediante la evaluación previa de todo aquello que encierra peligros y que puede actualizarse en daño. [...] En segundo lugar, la prevención es la base de las autorizaciones o permisos ambientales. [...] En tercer lugar, la prevención es una obligación jurídica que pesa tanto sobre los titulares de actividades calificadas como ambientalmente peligrosas como sobre los sujetos responsables de cualquier actividad económica o profesional. En este último supuesto **todos los operadores están constreñidos a adoptar medidas de prevención y de evitación de los daños ambientales ante una amenaza inminente** o, una vez producidos, para evitar que se ocasionen nuevos daños. **La obligación surge de la posibilidad del daño.** [...] El correlato a la obligación impuesta es la habilitación a la Administración, en caso de incumplimiento, a adoptar todas las medidas preventivas a costa del inicialmente obligado” (Betancor Rodríguez, op. cit., páginas 256 a 260).*

En lo que atañe al principio precautorio, este último autor consigna que “es el principio inspirador de la política y de la acción ambiental en un contexto muy singular, aunque muy frecuente: el de la incertidumbre. En este contexto, establece unas pautas que han de reforzar la prevención para evitar la producción de los daños ambientales”.

De esta forma, la sentencia apelada equivoca su razonamiento, al señalar, sin mayor fundamento y en base a una interpretación que no se

condice con los principios rectores del derecho ambiental, que se acreditó fehacientemente que el proyecto no requiere evaluación ambiental, teniendo como único parámetro la supuesta no inclusión del proyecto en el listado del artículo 10 de la ley 19.300, sin considerar las demás normas y principios ambientales aplicables, descartando también erróneamente la posibilidad de realizar el análisis de configuración de las hipótesis del art. 11 de la misma Ley.

Como expondremos a continuación, existen antecedentes claros que dan cuenta de vulneración y amenazas a los derechos constitucionales de los recurrentes, debido a que el proyecto que pretende construir la recurrida es una amenaza potencial al medio ambiente, que no ha sido evaluada, por lo que no se han adaptado las medidas necesarias para evitar que se concreten dichas amenazas ambientales.

C.- Tercer error: falta de antecedentes que den cuenta de la existencia de “efectos o riesgos” del art 11 derivados del Proyecto, y ausencia de pruebas de potencial afectación de población indígena.

En cuanto a la acreditación de los supuestos de hecho de las normas que se plantean como infringidas, la sentencia apelada señala:

***Décimo Sexto:** Que no obstante lo anterior y para ser aún más riguroso en las exigencias, tampoco existe algún antecedente concreto y efectivo que permita concluir que las obras en cuestión pudiesen generar alguno de los efectos o riesgos descritos en la enumeración del mismo artículo 11 citado -aun cuando su aplicación como ya se indicó no procede-, pues los recurrentes no han aportado elementos o antecedentes que permitan a esta Corte concluir, de forma concreta, que este proyecto configure una amenaza o perturbación a los derechos de los recurrentes. Tal conclusión se extiende a la determinación de algún grado potencial de afectación a un grupo de personas protegidas, de modo que el proyecto, al ajustarse en la forma indicada a la legislación ambiental, sin que conste su ubicación en propiedad indígena, ni que afecte a un grupo*

protegido de manera causal, resulta igualmente improcedente la consulta indígena que te pretenden los recurrentes.

El considerando precitado, como se demuestra a continuación, contiene dos aseveraciones erróneas, referidas a las siguientes temáticas:

1.- La inexistencia de antecedentes que den cuenta de potenciales “riesgos” derivados de las obras del Proyecto, los cuales “configure una amenaza o perturbación a los derechos de los recurrentes.

Al respecto, destacamos lo establecido en reciente sentencia de fecha 17.03.2021, dictada por nuestra Excma. Corte Suprema en causa rol 86.169-2020, revocando el fallo de primera instancia dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en causa rol 96-2020, el cual había rechazado las peticiones del Comité de Agua Potable de Hornopirén, consistentes, en lo principal, en la paralización de las obras del mismo Proyecto que se objeta por esta vía, por cuanto afectaría el suministro de agua potable del pueblo de Hornopirén. En dicho proceso, la Excelentísima Corte Suprema, a pesar de no contar con los antecedentes de proximidad de población y áreas protegidas acompañados a este expediente -y que se expondrán a continuación-, **estableció la existencia de un riesgo para el abastecimiento de agua potable de la población de Hornopirén, derivado del inicio de obras ejecutadas por la recurrida.** La anterior conclusión la formuló principalmente a partir de la prevención que a este respecto realizó la Seremi de Salud de la región de los Lagos, mediante Oficio emitido con fecha 11 de febrero del 2020, determinando así mismo el fallo la existencia de un riesgo para la vida e integridad física, y eventualmente para el medio ambiente, en los siguientes términos:

Considerando noveno “...por lo que tal como lo sostiene el actor, el actuar de la recurrida vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 numerales 1 y 8 de la carta Fundamental, pues existe un riesgo en relación a la integridad física de los habitantes de Hornopirén, sin perjuicio que, además, no es

posible descartar un eventual peligro para el medio ambiente”.

De esta forma, resulta evidente la existencia de riesgos derivados del Proyecto, lo cual implicó en dicho caso se estableciera como infringido el principio precautorio. Más aún, en cuanto a los requisitos de procedencia del Recurso de Protección, en particular la exigencia de que las vulneraciones de derechos constitucionales sean consecuencia de “*una acción u omisión que a todas luces sea ilegal y arbitraria*” -como señala el considerando 6° del mismo fallo precitado-, atendiendo a la identidad del Proyecto recurrido en ambos casos, establecida la infracción del principio precautorio por el inicio de obras del Proyecto, puede concluirse no debiese existir discusión en el caso de marras respecto a la existencia de ilegalidad y arbitrariedad en el obrar de la recurrida, así como tampoco en cuanto a la existencia de un nexo causal entre el actuar ilegal y arbitrario de la recurrida y la vulneración de garantías constitucionales.

2.- La falta de antecedentes que den cuenta de la existencia de los efectos, características o circunstancias del art 11, asociadas al Proyecto.

Como se ha señalado tanto en escritos presentados con fecha 14.03.2021 y 04.04.2021, así como en los alegatos de primera instancia, a pesar de la escasa información entregada por el titular, los Servicios y la denegación de todos los oficios solicitados a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, **se encuentra plenamente acreditados los presupuestos de aplicabilidad de la letra d) del art. 11 de la Ley 19.300**. Esto por cuanto se han acompañado pruebas tanto de la proximidad de áreas y población protegida, como de la susceptibilidad de afectación de estas por el Proyecto, entregándose incluso parámetros o criterios con que puede evaluarse esta susceptibilidad, según exponemos a continuación.

Respecto a las áreas protegidas:

A) En relación con la proximidad del Proyecto con áreas protegidas y su susceptibilidad de afectación por éste, se han acompañado los siguientes antecedentes:

1.- **El Decreto de Ampliación del Parque Nacional Hornopirén**, emitido con fecha 15.01.2018 y publicado en el Diario Oficial el 09.08.2018, el cual fue acompañado en autos.

Cabe recordar que el Parque Nacional se encuentra en una zona de Selva Valdiviana calificada bajo la categoría de “*Bosques Templados Lluviosos de los Andes*”, considerado como uno de los 34 puntos con mayor biodiversidad del planeta y, por lo mismo, declarado Reserva de la Biósfera por la UNESCO en el año 2007; Por lo mismo, se trata de un área silvestre protegida susceptible de afectación, que alberga numerosas especies nativas, en categorías de conservación: vulnerables o en peligro de extinción. Así, el Parque constituye el hábitat de especies emblemáticas para el país, cuya protección resulta hoy en día de vital importancia para mantener nuestra biodiversidad, pudiendo mencionarse a) especies arbóreas tales como el canelo, la lenga y el alerce (clasificado como Monumento Nacional); b) De Fauna, como el puma, la güiña, el coipo, el huillín, el monito de monte, el pudú y el huemul; y c) de aves como al cóndor, el carpintero negro y el Martín pescador.

Esta ampliación del Parque, determinada por la incorporación de tres nuevos predios al área protegida, **tiene relevancia para efectos de configuración del supuesto de la letra d) del art. 11 precitado, por dos razones:**

1.1.- Por cuanto determina la presencia del Parque Hornopirén hacia el Oeste del Proyecto y no solo hacia el Este, como ocurría hasta el año 2018; Así, desde la publicación en el Diario Oficial del Decreto de Ampliación del Parque, esto es, desde el 09 de agosto de 2018, **el área protegida flanquea al Proyecto por ambos costados**, tal como puede visualizarse en Mapa acompañado en escrito Téngase Presente de fecha 08.03.2021.

A su vez, y en cuanto a la real proximidad existente entre el Parque - incluyendo su ampliación- con las obras del Proyecto, según mediciones realizadas con la herramienta Regla de Google Earth sobre el precitado Mapa, **las distancias serían hoy las siguientes:**

i) entre límite Este del Parque y tuberías: **525 metros;**

ii) entre límite Este del Parque y la restitución: 635 metros;

y iii) entre límite Oeste del Parque y las tuberías: 975 metros.

Cabe relevar que dicha situación -la ampliación del Parque-, **no fue informada de forma alguna por el titular en la Consulta de Pertinencia ingresada al SEA en noviembre de 2018**, tal como puede comprobarse de la revisión de los mapas insertos en las páginas 11 y 12 (figura 8 y 9) de la precitada Pertinencia, los cuales no hacen ninguna referencia a la existencia del Parque hacia el lado Oeste del Proyecto. Lo anterior, a pesar de haber sido ingresada dicha Consulta de Pertinencia, dos meses después de la publicación en el diario oficial de la ampliación del Parque.

1.2.- El decreto de ampliación es también importante para el análisis de configuración de los supuestos de la letra d) del art. 11 en comento, por cuanto **establece como uno de los objetivos específicos de preservación del parque, la protección de la cuenca de río negro**. así, en su título iii (página 5 del decreto), luego de establecer como **objetivo general del Parque “la preservación de una muestra de los ecosistemas de Bosque Templado Lluvioso, asegurando su biodiversidad y sus procesos evolutivos”** - lo cual también, como se verá, resulta de relevancia-, el decreto señala como primer objetivo específico: **“Proteger la cuenca de los Ríos Blanco, Negro, Traidor, Esperanza del Este y Mariquita, contribuyendo a la mantención de sus regímenes hídricos, como fuente de producción de agua para los procesos naturales y desarrollo humano sustentable”**.

B) Criterios o parámetros de susceptibilidad de afectación de Área Protegido por el Proyecto.

Particularmente en cuanto a la relevancia y utilidad de los objetos de protección para efectos de determinar dicha susceptibilidad, destacamos lo preceptuado en dos normas de nuestra legislación ambiental:

1.1.- El **inciso final del artículo 8 del RSEIA** -que detalla al art. 11 letra d), el cual establece como uno de los criterios a tener en “*especial consideración*” para el análisis de susceptibilidad de afectación de un recurso y áreas protegidas, precisamente a los objetos de protección que se pretenden resguardar. Así, el inciso final del precitado art. 8 señala que:

“A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar recursos y áreas protegidas... (...) ... o territorios con valor ambiental, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención de sus partes, obras o acciones, así como de los impactos generados por el proyecto o actividad, teniendo en especial consideración los objetos de protección que se pretenden resguardar”.

1. 2.-. El **artículo 34 de la Ley 18.362**, que crea el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, es otra norma que da luces respecto a cuándo el legislador ambiental considera que una actividad puede causar afectación a un área protegida. Esto por cuanto, el precitado artículo 34 contiene una prohibición de ejecución de actividades con potencial de generar una alteración en los objetos de protección de un Área Silvestre Protegida, en un perímetro de 1.000 metros desde los límites de la Unidad de Manejo.

Este cuerpo normativo, para efectos del logro de los objetivos de preservación establecidos en su art. 1, tales como: a) *Mantener áreas de carácter único o representativas de la diversidad ecológica natural del país...*d) *Mantener y mejorar los sistemas hidrológicos naturales, y e)*

Preservar y mejorar los recursos escénicos naturales y los elementos culturales ligados a un ambiente natural...”; establece en su artículo 34 el perímetro de prohibición precitado, en los siguientes términos y respecto a las siguientes actividades:

“Tanto en los terrenos particulares que al momento de entrar en vigencia esta ley estén comprendidos dentro de los límites fijados a una unidad de manejo, como en aquellos que se encuentren a una DISTANCIA INFERIOR A MIL METROS contados desde el límite de la unidad, queda prohibido, salvo autorización expresa de la Corporación, realizar las siguientes acciones: ... (...)

e) Provocar contaminación acústica o visual.

f) Realizar cualquier actividad que pueda provocar erosión de los suelos o sedimentación de los cursos de agua.

g) Ejecutar cualquier otra acción que afecte o amenace la flora, la fauna o los ambientes naturales existentes dentro de las áreas silvestres”.

A su vez, el análisis del texto de la norma precitada permite colegir que aquella **ya fue infringida por la empresa recurrida**, al ejecutarse las labores de tala y despeje de terreno, en enero de 2020, sin que conste haya obtenido la correspondiente autorización de CONAF en los términos del artículo 34 citado supra.

Más importante aún, el tenor de la norma en comento permite concluir que, si se construye la central en los términos y/o condiciones establecidas hasta la fecha -es decir, con la sola consecución de los 5 permisos sectoriales que la empresa ha señalado necesita conseguir-, **esta norma será indefectiblemente vulnerada nuevamente**, con la ejecución de los trabajos requeridos para su construcción, **por cuanto estos se desarrollarán a menos de los mil metros establecidos como perímetro de prohibición de la norma**

C) Antecedente de afectación de los objetos de protección del área protegida por el Proyecto.

1.- Se encuentra en la **Denuncia por Infracción a la Ley 20.283, de fecha 21 de abril de 2020, realizada por CONAF**, la cual fue acompañado por esta Parte en escrito de fecha 14.11.2020. Esta denuncia constituye un **antecedente de afectación o impacto sobre los objetivos de protección del Parque**, esto último, más aún, considerando los perímetros de prohibición establecida en el art 34 de la ley 18.362.

En cuanto al contenido de la denuncia destacamos la constatación de una corta y obras de despeje por parte de CONAF, la cual indicó, en lo pertinente que: *“...el personal fiscalizador constató la existencia de una corta no autorizada de bosque nativo, tanto fuera del área autorizada en el plan de manejo, como en el interior...(...).”;* agregando más tarde que: **“...Los impactos vienen dados por la defragmentación de los sitios y la pérdida de diversidad biológica”**, lo cual constituye el antes referido reconocimiento de impactos ambientales provocados por la empresa recurrida, efectuado por el organismo técnico especializado en materia forestal. Finalmente, y en cuanto a la legalidad de los actos fiscalizados, la Corporación concluye expresando que: *“... al haberse realizado la conducta descrita sin contar con un plan de manejo previamente autorizado por la Corporación nos encontramos en presencia de una infracción al artículo 5 de la ley 20.283...”*; lo cual configura una clara prueba de la comisión de un ACTO ILEGAL por parte de la recurrida.

Respecto a la población protegida:

A) Antecedentes que permiten acreditar la proximidad del Proyecto a población protegida susceptible de afectación;

A través de los medios de prueba que se listan más abajo, se han podido acreditar los siguientes elementos indígenas objeto de protección por normas nacionales e internacionales:

- i) La Comunidad Indígena Antiñirre Kimunpuche y sus actividades de revitalización cultural;
- ii) Las tierras indígenas colindantes al Proyecto propiedad de los socios de la Comunidad, doña María y don Juan Antiñirre;
- iii) Las actividades económicas y de subsistencia desarrolladas por la Sra. María Antiñirre y su grupo familiar;
- iv) El uso de los recursos naturales por los precitados para fines productivos, subsistencia y culturales;
- v) Un derecho de aprovechamiento solicitado por doña Maria Antiñirre.

1.- **El Informe de la DGA, emitido a través del Ord. N.º 59, con fecha 12 de marzo de 2020,** en respuesta a solicitud de oficio efectuada por esta Ilustrísima Corte en causa Rol N.º 96-2020, el cual ha sido ordenado traer a la vista en estos autos;

En este Informe, **la DGA reconoce,** al momento de describir los derechos de aprovechamiento de aguas vigentes en el tramo a ser intervenido por el Proyecto, **la existencia de una solicitud consuntiva de derechos de aprovechamiento de aguas por 49 l/s, efectuada por doña María Antiñirre Soto,** con financiamiento de CONADI, la cual se encuentra actualmente en trámite. Cabe relevar que dicha solicitud tiene su captación precisamente entre la bocatoma y la restitución del Proyecto de marras, según consta a fojas 109 del expediente causa rol 96-2020.

2.- **El “Croquis De Ubicación De Solicitud De Aprovechamiento”,** que ratifica la existencia y ubicación de la precitada solicitud, el cual se encuentra incorporado al expediente de solicitud de derechos de agua en

la DGA, y ha sido acompañado a estos autos en escrito Téngase Presente presentado el 14.03.2021.

La utilidad de este Croquis consiste en permitir una rápida y clara visualización respecto del punto preciso de captación del derecho de aprovechamiento en cuestión, por cuanto se puede apreciar a primera vista que dicho derecho se encuentra en la confluencia del Río Negro con el Río Chaqueihua, precisamente, como se señaló *supra*, en el tramo intermedio entre la bocatoma y restitución del Proyecto recurrido.

3.- **La Carta Solicitud de Derechos de Aprovechamiento, ingresada el año 2016 a la DGA por la solicitante**, la cual confirma a nivel de coordenadas geográficas el emplazamiento del punto de captación.

Cabe destacar que, además de la ubicación del punto de captación, el documento da cuenta de los fines para los que fue solicitado el derecho de aprovechamiento, los que son: ***“...abastecer de agua para consumo humano, animal, riego y turismo...”***, lo cual, a su vez, resulta lógico considerando la condición de agricultura y empresaria turística de la Sra. María Antiñirre.

4.- **El Certificado del Servicio de Impuestos Internos que da cuenta de “las actividades económicas vigentes”, desarrolladas en sus terrenos, por la Sra. María Antiñirre**. Según el Servicio, estas son: *“actividades de restaurantes y de servicio móvil de comida”* y *“otras actividades de alojamiento”*, las cuales fueron autorizadas por el SII desde el año 2016, tal como se aprecia en la copia de certificado acompañado a Téngase Presente citado en el punto anterior.

5.- **Las imágenes e información contenidas en las páginas web en que se promociona el emprendimiento turístico de doña María Antiñirre, cual es el “camping y restaurant y cascades Lankuyencual”**, como por ejemplo:

<https://es-la.facebook.com/pg/restaurantelankuyen/about/>.VER EN GOOGLE MAPS

La información contenida en las plataformas comerciales comentadas da cuenta tanto de la ejecución de las actividades económicas de la Sra. María Antiñirre, sus características, el entorno especial, así como de la ubicación exacta en que desarrollan, lo cual puede apreciarse también en los documentos que se acompañan a esta presentación. En cuanto a la ubicación del emprendimiento, resulta particularmente esclarecer y gráfico consultar el link de Google Maps existentes en las páginas asociadas al emprendimiento, tales como el siguiente:

Dichos links fueron insertados en Téngase Presente presentado con fecha 14.03.2021, dando cuenta del emplazamiento del Camping y Restaurant, precisamente por sobre la confluencia de los Ríos Negro y Chaqueihua.

6.- La copia de inscripción de dominio de la propiedad de doña María Antiñirre Soto (Lote 19-E), acompañado en el precitado Téngase Presente. La propiedad, habitada desde su nacimiento por doña María y su familia, tiene los siguientes deslindes especiales; Noreste: lote 19 F; Sureste Río: Chaqueihua; Oeste lote 19-D y Noreste: Río Negro. De su lectura se aprecia una clara concordancia con los datos de emplazamiento de los elementos indígenas mencionados en los puntos anteriores, como por ejemplo el indicado en el “*Croquis De Ubicación De Solicitud De Aprovechamiento*”, la Carta la solicitud de derechos de aprovechamiento y el link de Google Maps asociado al emprendimiento turístico de la Sra. María Antiñirre, en las plataformas digitales precitadas.

Por lo anterior, queda acreditada la estrecha proximidad -colindancia mediando el Río Negro- del Proyecto recurrido con las tierras, punto de captación de la solicitud de derechos de agua, infraestructura turística y actividades económicas desarrolladas por la Sra. María Antiñirre.

Por su parte, el análisis conjunto de la información contenida en los números anteriores, esto es,: i) la relativa a la existencia de la propiedad e infraestructura turística de la Sra. María, ii) sus actividades económicas y iii) especialmente considerando los fines para los cuales se solicitaron

los derechos de agua el año 2016, dan cuenta de la existencia de USOS ACTUALES RELEVANTES para efectos de aplicabilidad del Convenio 169, -por ejemplo, el uso de la tierra y el agua-; Lo cual tiene particular relevancia por cuanto dicho Convenio otorga protección a las tierras, recursos naturales y actividades económicas ejecutadas por personas indígenas a partir de ellos, sin importar quién ostenta la titularidad de dichos recursos.

Cabe recordar por último la calidad de socia activa de la Comunidad Indígena Antiñirre Kimunpuche, de doña María Antiñirre, siendo precisamente **su propiedad utilizada como centro de encuentro de la Comunidad, así como el lugar donde realizan las rogativas al Río y celebrar el We Tripantu.**

7.- **La copia de inscripción de dominio de propiedad de don Juan Antiñirre Soto,** hermano y vecino de la Sra. María Antiñirre, e igualmente socio de la Comunidad Indígena Antiñirre Kimunpuche. Este documento fue también acompañado en el ya varias veces citado Téngase presente de fecha 14.03.2021 y tiene relevancia por dos razones: a) Da cuenta de otra propiedad con emplazamiento próximo al Proyecto pues limita con el tramo del Río Negro que será intervenido; y b) Contiene la historia de subdivisiones de la hijuela 19, realizadas por la Sra. María Olga Soto Soto, madre de don Juan y doña María Antiñirre Soto. En esta escritura constan los deslindes del lote original propiedad de la Sra. María Olga Soto Soto, que fue subdivido y transferido, entre otros, a sus hijos. Dichos deslindes son: Norte: hijuela 20 y 22; Este: Río Chaqueihua; Sur: Río Negro y Oeste: Río Negro, lo cual da cuenta de la proximidad de todos los lotes con el Proyecto recurrido.

8.- **Los documentos denominados: “Antecedentes Generales Comunidad Indígena”, y los Estatutos de la Comunidad Indígena Antiñirre Kimunpuche,** emitidos por CONADI en los cuales consta el amplio “*espacio territorial*” que CONADI reconoce ocupa la Comunidad, en concreto dicho espacio tiene los siguientes deslindes: Sur: Mar de la

entrada del Golfo de Ancud frente a la Isla Los Ciervos quedando entre el Río Negro y el Río Blanco; Oeste: colindando con la Comunidad del Lago Cabrera Rupalafken, subiendo por el Río Negro tomando parte del Volcán Hornopirén Sector Chaquehiua, y el yate, Norte: Comunidad CI. Cayun Panicheo por el Río Puelo; Este: Rodeando el Parque Nacional Hornopirén...”

En cuanto a los objetivos señalados en los Estatutos, destacamos: *“...defender, rescatar, preservar y proteger nuestro territorio, manteniendo la cosmovisión de la Cultura Mapuche y la revitalización del Puilli y el Kimun...”*. Esto es, el espíritu y el conocimiento o sabiduría Mapuche, lo cual da cuenta de una especial preocupación por el medio ambiente y un proceso de revitalización cultural en curso, caracterizado este último por su fragilidad y susceptibilidad de afectación a causa de las intervenciones que puedan ejecutarse en su medio.

B) Antecedente de susceptibilidad de afectación de los elementos indígenas próximos al Proyecto:

En cuanto a los antecedentes que dan cuenta de la susceptibilidad de afectación de estos elementos indígenas por el Proyecto, destacamos:

1.- Oficio de la SEREMI de Salud, emitido con fecha 11 de febrero del 2020, el cual, dio cuenta de los riesgos asociados a la futura construcción del Proyecto, especialmente para efectos de abastecimiento de agua potable. Así considerando que la Seremi concluye en su informe que *“...estas obras ponen en riesgo la calidad, cantidad y continuidad del servicio de abastecimiento de agua apta para el consumo humano para la comuna de Hualaihue, debiendo entonces considerarse, las medidas paleativas y de mitigación respectivas”*, resulta lógica entender **se encuentren también en riesgo de afectación las actividades indígenas citados supra, en particular y respecto a la Sra. María Antiñirre y sus vecinos, el abastecimiento de agua para su consumo, el de sus animales, cultivos y emprendimientos turísticos; así como el necesario para las ceremonias y actividades ejecutadas por su**

Comunidad, esto es, la Comunidad Indígena Antañirre Kimunpuche recurrente en autos.

Cabe recordar al respecto el escenario de escases hídrica que afecta al país, el cual se ha traducido en las últimas temporadas estivales en un insuficiente caudal del Río Negro, incluso para efectos de satisfacer el requerimiento del agua potable en las actuales condiciones de demanda, esto es, sin proyecto, tal como ocurrió de manera crítica el año 2016.

2.- **Las imágenes y comentarios contenido en las páginas web del “camping y restaurant y cascades Lankuyencual”**, constituyen a su vez otro antecedente que permite colegir factibilidad de afectación de las actividades económicas de la Sra. María Antañirre y su grupo familiar. Esto por cuanto dan cuenta de la valorización que hacen sus clientes de la tranquilidad, belleza escénica y paisaje del recinto, particularmente de las cascadas, las que son señaladas expresamente, como consta en publicaciones insertadas en Téngase Presente de fecha 14.03.2021, como su “*principal atractivo*”, lo cual, por lo demás, está en línea con el nombre del emprendimiento.

Al respecto cabe destacar las implicancias que conllevaría la intervención y disminución del caudal del Río Negro, para las actividades deportivas y turísticas que se desarrollan en las cascadas y sus inmediaciones, tales como la pesca deportiva, bajadas en rafting y kayak por el Río o bien el salto en kayak, siendo incluso lógicamente presumible la imposibilidad absoluta de seguir ejecutar esta última actividad, considerando además que todas ellas son desarrolladas principalmente en el verano.

Por último, y en cuanto a actividades desarrolladas por otro de los recurrentes y su susceptibilidad de afectación por el Proyecto, destacamos la que sufriría a causa de la disminución de caudal del Río Negro, **el Festival del Río Hornopirén**. Esto por cuanto, como se adelantó, es precisamente en el trayecto intervenido por el Proyecto - entre su bocatoma y restitución-, el lugar donde se realiza año a año, desde el 2015.

Dicho festival es **organizado por el Club de Deporte y Aventura Newén Leufú**, para lo cual ha recibido incluso financiamiento del Gobierno Regional de Los Lagos y SERNATUR - tal como da cuenta uno de los documentos acompañados a esta presentación-, así como otros tipos de apoyo de parte de la Ilustre Municipalidad de Hualaihué y Patagonia Verde, entre otros.

Por la belleza de su entorno y el atractivo de sus actividades, el festival ha alcanzado reconocimiento a nivel nacional, destacando sus participantes la idoneidad de las aguas del Río Negro para el ejercicio de deportes de aguas blancas, tales como las bajadas en Rafting y el Kayak, siendo el circuito existente, precisamente el tramo entre el punto elegido para la bocatoma y la restitución del Proyecto. Además, se desarrolla en el sector actividades educativas para niños, orientadas a fomentar las actividades deportivas y la conservación del medio ambiente.

Por todo lo anterior, **entendemos se encuentra plenamente acreditada la configuración de los supuestos de hecho del art. 11 letra d) y del art. 6 del Convenio 169 de la OIT** -como se explicará en alegatos-, **los cuales son a su vez los presupuestos de aplicabilidad de normas que se acusan como incumplidas por las recurridas al iniciar y autorizar, respectivamente, la ejecución del Proyecto en cuestión.** Por los mismo, y considerando no ha existido controversia respecto de la ocurrencia de los actos contra los que se recurre - esto es, la existencia de un Proyecto de Central hidroeléctrica que pretende construirse, y el otorgamiento del Permiso de Edificación para dicho Proyecto-, consideramos probado el carácter ilegal y arbitrario de las conductas ejecutadas por las recurridas y por ende, establecidos los dos primeros requisitos básicos de procedencia de la acción de protección en el caso concreto.

D.- Cuarto error: La sentencia apelada declaró la improcedencia de realizar un proceso de consulta indígena.

Como se puede apreciar, se estableció la existencia de un riesgo para la salud y el medio ambiente derivado de la instalación de este Proyecto, lo cual implica la configuración de procedencia de la Consulta indígena a partir de lo preceptuado en el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, como se indicó, en el considerando 16°, la sentencia apelada, sin mayor fundamento señaló:

*“(...) Tal conclusión se extiende a la determinación de algún grado potencial de afectación a un grupo de personas protegidas, de modo que **el proyecto, al ajustarse en la forma indicada a la legislación ambiental, sin que conste su ubicación en propiedad indígena, ni que afecte a un grupo protegido de manera causal, resulta igualmente improcedente la consulta indígena que te pretenden los recurrentes**”.*

Como ya expusimos anteriormente, a pesar de existir múltiples antecedentes que dan cuenta de la afectación directa sobre los derechos de la comunidad indígena recurrente y sus integrantes que genera la construcción y futuro funcionamiento de la CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE PASADA RÍO NEGRO HORNOPIRÉN. Todos los elementos indicados anteriormente y que constan en el proceso, hacen obligatorio la realización de un proceso de consulta indígena, previa a la construcción de dicho proyecto y de la dictación del acto recurrido y demás permisos sectoriales.

El estándar de susceptibilidad de afectación directa que hace obligatorio la realización de un proceso de consulta indígena ha sido definido por la Excelentísima Corte Suprema, la cual mediante sentencia dictada en causa Rol N.º 138.439-2020 (acumulado al Rol N°140.342-2020), de fecha 29 de marzo de 2021, señaló al respecto:

***“Décimo:** Que, a la luz de lo razonado, no resulta admisible el argumento de la autoridad administrativa, en orden a que la consulta indígena no procedía por no existir afectación a las comunidades y personas naturales en nombre de quienes se recurre,*

puesto que la obligatoriedad de este proceso exige únicamente una afectación potencial, cuya materialización será precisamente analizada en el marco de la señalada consulta.

Por tanto, **para que exista susceptibilidad de afectación directa en los términos exigidos por el Convenio N.º 169 de la OIT, es necesario que se encuentre establecido en autos que se verifica dicha potencialidad,** cuestión que en estos antecedentes efectivamente ocurre (...)

En idéntico sentido, la excelentísima Corte Suprema, mediante sentencia de fecha 9 de septiembre de 2020, recaída en causa rol 20.389-2019, señaló:

“Cuarto: Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales, establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. **De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella.** Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados”.

En base a lo expuesto, en especial los hechos expuestos en el capítulo anterior, reiteramos, que los actos recurridos son susceptibles de afectar derechos de los recurrentes, debido a las afectaciones que producirán en sus sistemas de vida, sin haber sido previamente consultados, en conformidad al Convenio 169 de la OIT. Por lo anterior, la sentencia

apelada genera un perjuicio a los recurrentes, que debe ser enmendado conforme a derecho.

E.- Quinto error: La sentencia apelada declaró la falta de legitimidad activa de la Ilustre Municipalidad de Hualaihué.

La sentencia apelada, señala finalmente, como otro motivo de rechazo del presente recurso de protección, la falta de legitimidad pasiva de la Ilustre Municipalidad de Hualaihué. Al respecto señaló:

*“Vigésimo Primero: Que en relación al otorgamiento de permiso de edificación para su casa de máquinas, por la Dirección de Obras Municipales de Hualaihué, **la Municipalidad recurrida indicó que los permisos de construcción correspondientes han sido otorgados por el Director de Obras a la empresa recurrida, previo reclamo a la SEREMI de Vivienda y Urbanismo de la Región de Los Lagos, en conformidad a lo previsto en las normas pertinentes la Ley General de Urbanismo y Construcciones.***

*Que en mérito a dicha circunstancia, debe tenerse en consideración que el Director de Obras Municipales es un funcionario que depende técnicamente de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda, a quien corresponde conocer de los reclamos de ilegalidad de sus resoluciones, y por lo tanto para estos efectos es su superior jerárquico; **por lo que no puede ser sujeto pasivo del presente recurso, careciendo el mismo de fundamentos en su interposición”.***

Lo anterior es errado, ya que en virtud del artículo 116 de la Ley General de Urbanismos y Construcciones, la autoridad administrativa que otorga permisos de construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación y demolición de edificios y obras de urbanización de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales, es la dirección de obras municipales que depende administrativamente de sus respectivos municipios, que son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica

y patrimonio propio. De esta forma la dirección de obras depende administrativamente de su respectiva municipalidad, siendo dicho ente el responsable de los actos propios de su competencia.

Tampoco es efectivo, como indicaron los recurridos, que la dirección de obras municipales haya estado obligado a emitir el permiso de edificación solicitado por la empresa Hidroeléctrica Río Negro SpA, debido a que la SEREMI de Vivienda y Urbanismo de la región de los Lagos acogió un reclamo administrativo. Según consta en la resolución exenta N.º 364 del 28 de abril de 2020, de dicha secretaría ministerial regional, y que la recurrida Ilustre Municipalidad Hualaihué acompañó en su informe, se le ordenó a la Dirección de Obras Municipal “*se pronuncie derechamente, dentro del plazo de 5 días hábiles sobre el permiso de Edificación objeto de este reclamo, concediéndolo o denegando, según proceda*”. Lo anterior, debido a que el motivo del reclamo fue la tardanza de parte de dicha oficina municipal en la revisión de los antecedentes y en la dictación del respectivo acto administrativo.

De esta forma el permiso de edificación otorgado a la empresa Hidroeléctrica Río Negro SpA, es de exclusiva responsabilidad del municipio recurrido. Dicha actuación administrativa, como se explicó en extenso, es susceptible de afectar los derechos de los recurrentes, en especial de la comunidad indígena recurrente de autos, por lo que debió ser objeto de un proceso de consulta indígena en los términos consagrados en el Convenio N.º 169 de la OIT.

POR TANTO,

A Vuestra Señoría Ilustrísima pido: que, en razón de todo lo precedentemente expuesto y disposiciones legales citadas y demás normas pertinentes, se sirva tener por interpuesto recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de fecha 9 de abril de 2021, que rechazó el recurso de protección interpuesto por COMUNIDAD INDÍGENA

ANTIÑIRRE KIMUNPUCHE y otros, conceder para ante la EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, a fin de que este Tribunal Superior, acogiendo el presente recurso de apelación, resuelva concretamente que se revoque y enmienda conforme a derecho dicha sentencia definitiva de primera instancia, y, en su lugar, decida que se acoge íntegramente el referido recurso de protección, declarando la ilegalidad de los actos recurridos, ordene la paralización de la construcción de la CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE PASADA RÍO NEGRO HORNOPIRÉN, revoque el permiso de edificación otorgado por la Ilustre Municipalidad de Hualaihué, ordene el ingreso de dicho proyecto a evaluación ambiental, y se realización de un proceso de consulta indígena respecto de todos los actos u actuaciones susceptibles de afectar de derechos de los pueblos indígenas; o se dicte las medidas que se estimen pertinente para el restablecimiento del derecho, todo con expresa condenación en costas.