

Santiago, doce de abril de dos mil veintiuno.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que en estos autos Rol N°85.090-2020, caratulados "Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue con Central Hidroeléctrica Caren S.A.", juicio sobre demanda por daño ambiental, se ha ordenado dar cuenta, de conformidad a los artículos 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil, de los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por la parte demandante en contra de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Ambiental que rechazó la demanda en todas sus partes, con costas.

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

Segundo: Que el recurso de nulidad formal esgrime la infracción a lo establecido en el artículo 25 de la Ley N°20.600 por infracción de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, en relación con el artículo 26 inciso 4° del mismo cuerpo legal, sosteniendo que la apreciación de los medios de prueba documentales presentados por la demandante, de las declaraciones de testigos de la demandada, acta de inspección del tribunal y prueba confesional, se ha ejecutado con prescindencia de los estándares mínimos que rigen la apreciación de la prueba en los procedimientos jurisdiccionales ambientales.



El razonamiento deductivo utilizado por el tribunal para ponderar gran parte de la prueba documental, incurre en un evidente ejercicio en que no se utilizaron los principios de la sana crítica.

En primer término, y en relación a la determinación de la existencia y características del denominado Sitio Arqueológico Caren Alto 1, la afectación del mismo por la demandada y la relación etno - religiosa de los actores que le habilitan a ejercer la acción, aduce que el presupuesto fáctico de la demanda radica en el daño ambiental causado en un sitio arqueológico, reconocido como tal por el Consejo de Monumentos Nacionales, el cual contiene restos arqueológicos y paleontológicos de antiguas culturas originarias, y en la intervención no autorizada y ejecutada por la empresa demandada sobre el mismo.

Añade que la sentencia hace una extensiva mención y análisis de la prueba documental en virtud de la cual se ha establecido como hecho cierto que en el sector de Huechelepún de la comuna de Melipeuco de la Región de La Araucanía, existe un sitio arqueológico denominado Sitio Arqueológico Caren Alto 1 (recurre a una serie de documentos); luego, la sentencia expresa el resultado de la Inspección Personal de 14 de octubre de 2019, señalando haber detectado la ejecución de obras de excavación de gran envergadura, en los siguientes términos: "*Este sitio,*



denominado Parcela 3 se encuentra a un costado del sitio Carén Alto 1, contiguo a la Parcela 4, es el lugar donde se está construyendo una estructura de hormigón armado llamado machón, cuyo fin es servir de contrapeso para el sistema de andarivel, y que está a unos 25 metros del límite del sitio arqueológico.

Luego, la sentencia reconoce que en el concepto de Sitio arqueológico, debe considerarse no solo la superficie delimitada con coordenadas geográficas del sitio original de prospecciones autorizados por el Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante CMN) sino que además el denominado "Buffer de Protección" que como área protegida se agrega al área original definida por el CMN reconociendo que la extensión del mismo es de 30 metros más allá de la extensión original.

Indica que el yerro se manifiesta al expresar el Tribunal Ambiental, que las obras de recambio de la tubería de aducción, al desarrollarse desde la chimenea de equilibrio hacia la zona de captación del agua, no se ejecutarán dentro del Sitio Arqueológico ni en su zona buffer, sino que a una distancia de más de 150 m de dicho sitio (en cualquiera de sus proyecciones), y que las obras de instalación del andarivel contemplado para el traslado de las tuberías, particularmente la construcción del machón necesario para contrapeso, tampoco se ejecutan dentro del



Sitio Arqueológico y de su zona buffer, siendo la menor distancia registrada equivalente a 28 m, medidos desde la obra al perímetro más cercano del Sitio Arqueológico, en cualquiera de sus proyecciones. Sostiene que esta afirmación, infringe las reglas de la lógica, de la identidad (SIC) en cuanto se señala como premisa, que existe un área original del sitio arqueológico y que, además, en relación a ésta coexiste un área mayor denominada "Buffer de protección" que se extiende por 30 metros, por todo el perímetro y, seguidamente, la misma sentencia reconoce que la mayor intervención con excavaciones de gran magnitud se han ejecutado dentro de los 28 metros del perímetro del sitio. Así, la afirmación de no existir obras en el sitio arqueológico Caren Alto 1 pierde todo sustento, no obstante la sentencia considera válidas ambas afirmaciones.

Arguye que los sentenciadores han infringido el principio de la razón suficiente, respecto de la existencia de afectación del sitio arqueológico, por cuanto de haberse establecido correctamente el perímetro de afectación a que hace referencia el considerando cuadragésimo sexto, no existe justificación para rechazar la demanda fundada en la no existencia de ejecución de obras de excavación en el sitio arqueológico como lo concluye en el motivo cuadragésimo noveno.



En segundo lugar, la infracción también se produce en relación a la titularidad de la demandante para ejercer la acción, pues la sentencia considera que carecen de legitimidad activa, conclusión que se obtiene con infracción del principio de la lógica, de la razón suficiente. Expone que la sentencia señala que las demandantes no lograron demostrar la existencia de un vínculo sagrado entre la comunidad demandante y los restos arqueológicos descubiertos durante la ejecución de la Central, ya que, por una parte, no existe evidencia de que la Comunidad Painetru Sahuelhue haya realizado ceremonias de forma sostenida en el tiempo.

Afirma que esta conclusión es contradictoria con lo sostenido en otros considerandos, en especial aquel que hace referencia a la acreditación legal de la demandante conforme a las normas de la Ley N°19.253, como ocurre en el considerando quincuagésimo octavo en que el Tribunal reconoce al menos la existencia de una ceremonia de carácter religioso por los integrantes de la comunidad demandante; por ende, no es posible que reconozca la calidad de indígena de la entidad demandante, lo que conlleva el reconocimiento de los derechos que a sus integrantes reconoce nuestro ordenamiento jurídico entre ellos el de la libertad religiosa y la realización de una ceremonia religiosa en el lugar, para seguidamente concluir



que no tiene vinculación religiosa en relación al daño ambiental denunciado.

En el mismo sentido, expresa que lo que el tribunal concluye fuera de toda lógica, es que es la vecindad en el sector es lo que determina el vínculo religioso cultural, ello junto con desconocer el derecho a la manifestación libre religiosa (SIC), llevaría a la conclusión absurda que si se dañara un sitio protegido por el Consejo de Monumentos Nacionales como la Catedral de Santiago, sólo podrían ejercer la acción por daño ambiental cultural los vecinos de la Plaza de Armas de la misma ciudad y no los católicos del país.

Tercero: Que, antes de entrar al análisis de los vicios denunciados en el libelo de casación formal, resulta indispensable dejar constancia de los antecedentes del proyecto del cual es titular la demandada, de cuál ha sido el marco de la controversia y de cómo fue resuelta por los jueces del fondo.

A.- ANTECEDENTES DEL PROYECTO CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE PASADA CARILAFQUÉN. Se trata de una Central Hidroeléctrica que poseía una potencia original total de 18,3 MW, la cual provenía de los 11,9 MW del Río Carilafquén y 6,4 MW del Río Malalcahuello. El caudal de diseño original para el Río Carilafquén era de 3,4 m³ /seg y para el Río Malalcahuello 2,37 m³ /seg. , quedando un



caudal total de diseño para la central de 5,77 m³ /seg., dicho proyecto fue aprobado ambientalmente mediante RCA N°145/2008 que calificó favorablemente la DIA, "Central de Pasada Carilafquen-Malalcahuello".

Posteriormente mediante RCA N° 77/2014 se modificó el proyecto con el fin de cambiar el sistema de barrera fija existente en el Río Malalcahuello y aumentar el umbral de generación de la central Carilafquén en 3 MW para lo cual se adicionó el caudal de agua a utilizar en el Río Carilafquén, acumulándose respecto de este Río sólo los derechos de aguas sobre el mismo conferidos adicionalmente a la demandada mediante resolución N° 60/2010 de la DGA.

Finalmente, y sin nueva evaluación ambiental, se dictó la RCA la N°132 de fecha 16 de abril 2014, del SEA que, a su vez refunde la RCA N°145/2008 y la RCA N°77/2014. Por lo que actualmente consiste en la operación de una central generadora de electricidad del tipo pasada con una potencia total de 29 MW, la cual se divide en 19,8 MW del Río Carilafquén y 9,2 MW del Río Malalcahuello.

Esta central de pasada cuenta con diferentes obras, comenzado por una bocatoma tipo barrera móvil de 4 compuertas radiales y una captación lateral que conduce las aguas del Río Carilafquén a la cámara de carga. En dicho sector empalma con la tubería de aducción, la cual será materializada en HDPE de 2.579 metros de largo hasta



la ubicación de la chimenea de equilibrio de hormigón armado. Aguas abajo de esta obra **comienza la tubería forzada de 1.421 metros de longitud en acero** (obra precisa que ha generado la controversia de autos) hasta su conexión con la casa de máquinas, donde el agua pasa por dos turbinas Felton. Finalmente, las aguas son devueltas al Río Carilafquén mediante una tubería de HDPE de 765 metros de longitud, correspondiente a la obra de restitución.

Para el caso de la denominada Bocatoma, la obra de captación del proyecto se ubicaría en el Río Carilafquén inmediatamente aguas abajo de su confluencia con el Río Chufquén, y estaría conformada por una barrera transversal al río de aproximadamente 18,5 metros de longitud y una captación lateral en la ribera derecha del río diseñada para desviar un caudal máximo de 5,2 m³/s (caudal de diseño de la central).

B.- LA DEMANDA. La acción por daño ambiental, se fundó en la realización de construcciones, excavaciones, extracción de materiales y haber depositado tuberías desechadas en un *Eltun* Pehuenche existente en el sector de Huechelepún de la comuna de Melipeuco, que forma parte del Sitio Arqueológico Carén Alto 1. Adicionalmente, puso énfasis en el riesgo que dicho lugar se transforme en un basural puesto que no se ha aprobado fórmula alguna para la disposición de las tuberías que la Empresa desechará.



Destaca, enseguida, que el daño ambiental se produjo con la destrucción de restos arqueológicos y paleontológicos y en la alteración de un *Eltun* perteneciente de la cultura Pehuenche que se ubican en el Sitio Arqueológico Carén Alto 1.

En cuanto a los elementos de culpa y dolo, aseveró que se materializaron con el actuar negligente de la Empresa, por no haber respetado las respectivas RCA y diversas normas sectoriales en consideración a la línea de base del patrimonio cultural indígena del Proyecto Central Hidroeléctrica Carilafquén- Malalcahuello, por lo que sería aplicable la presunción de responsabilidad del artículo 52 de la Ley N° 19.300. Asimismo, postuló que se omitió dolosamente informar a los organismos ambientales, al CMN y a la Conadi, sobre los hallazgos arqueológicos de la zona al solicitar pronunciamiento sobre la pertinencia de ingreso al «SEIA»- del Proyecto «Reemplazo del sistema de tuberías de aducción de las centrales Carilafquén y Malalcahuello».

Sostuvo que la causalidad se evidencia en que el daño ambiental señalado tiene como única causa el actuar negligente de la demandada, con infracción a la normativa vigente.

Pidió declarar que la demandada ha causado dolosamente o en forma culpable un daño ambiental grave al *Eltun*



Pehuenche existente en el sector de Huechelepún de la comuna de Melipeuco, que forma parte del Sitio Arqueológico Carén Alto 1. b) Condenar a la Empresa a suspender toda actividad en el terreno comprendido en el *Eltun* Pehuenche, ya indicado, hasta que se cumpla con su obligación de presentar un Estudio de Impacto Ambiental y se dé cumplimiento a lo establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley N° 19.253 y en el artículo 14 del D.S. N° 392 de 1993, del Ministerio de Planificación y Cooperación; c) Condenar a la Empresa a la reparación material de los daños ambientales causados de conformidad a lo establecido en el artículo 53 de la Ley N° 19.300, ordenando adoptar todas las medidas de mitigación y reparación del daño ambiental y patrimonial causado que este Tribunal determine, y d) Condenar en costas a la Empresa.

Cuarto: Que la sentencia estableció como hechos no controvertidos, los siguientes:

1.- La existencia de la RCA y sus modificaciones, ya aludidas en el motivo precedente.

2.- Que, el Sitio Arqueológico fue descubierto accidentalmente el 2014 durante el desarrollo del proyecto Central de Pasada Carilafquén-Malalcahuello aprobado por la Autoridad administrativa ambiental respectiva.

3.- Las obras alegadas consisten en el reemplazo de la totalidad de la tubería de baja presión de HDPE según lo



estableció la DGA mediante su Res. Ex. N° 2.749, de 25 de octubre de 2018.

4.- Estas obras se iniciaron el 26 de agosto de 2019.

Luego, el fallo en revisión asentó, en mérito de la prueba rendida, los presupuestos fácticos que a continuación se indican:

a.- Que, si bien es cierto que no existe controversia entre las partes respecto al descubrimiento de los restos que dieron origen al Sitio Arqueológico Carén Alto 1, en el año 2014, ni respecto de su ubicación y dimensiones, es necesario tener presente que no existe absoluta claridad respecto de la delimitación de dicho Sitio.

b.- Que, habiéndose pronunciado el CMN de modo favorable respecto de un polígono de 5 vértices, que tiene una superficie de 4.500 m² y que fue definido en consideración a la densidad de hallazgos arqueológicos, y también por otro de cuatro vértices.

c.- Que, independientemente de la forma y extensión del Sitio Arqueológico, está demostrado que existe una zona desafectada, cuyo ancho es de 18 m, por la que discurre la servidumbre de paso de una de las tuberías de carga de la central hidroeléctrica. Consta además que en la franja correspondiente a la servidumbre de paso de la tubería, se realizó una prospección arqueológica que dio cuenta de la existencia de vestigios relevantes, incluyendo restos



funerarios, los cuales habrían sido rescatados en su totalidad y destinados al Museo Regional de la Araucanía.

d.- Que la demandada se encuentra en la obligación de realizar el recambio de la tubería de aducción o baja presión (Res. Ex. N° 2.749, de 25 de octubre de 2018, de la DGA de fs. 341). Según su consulta de pertinencia, y la correspondiente resolución del SEA, la demandada realizará el reemplazo de las tuberías del HDPE de ambas centrales por otra de espesor mínimo mayor y constante, en contraste con la tubería original.

e.- Que, según la RCA del Proyecto la tubería de HDPE llega hasta una estructura denominada chimenea de equilibrio. De allí hasta la turbina el agua es conducida a través de una tubería a presión de acero o *Penstock*, la cual no requiere ser removida. De esta forma, las excavaciones y demás obras necesarias para el reemplazo de la tubería de HDPE se desarrollarán desde la chimenea de equilibrio (visitada durante la Inspección Personal) en dirección a la captación y no en dirección a la turbina.

f.- Que, para el traslado de las tuberías, la demandada considera un sistema de andarivel, el cual se instalaría en «*el cerro adyacente*» a la zona de recambio (fs.366). Las obras desarrolladas al momento de la demanda de autos correspondían a la instalación de dicho andarivel



y su necesaria obra de contrapeso, también denominada «machón».

g.- Que, para construcción del machón, la demandada hizo ingreso al Sitio Arqueológico con vehículos, maquinaria, personal y contenedores, vulnerando las medidas establecidas por el CMN.

h.- Que, en la inspección personal, el Tribunal percibió la ubicación de las obras de excavación y construcción del machón del andarivel para traslado de las tuberías, la zona donde se encuentra la tubería de acero que en parte corresponde a la franja desafectada por el CMN y la zona donde hubo tránsito de maquinarias, vehículos y personal de la Empresa.

i.- Que las obras de recambio de la tubería de aducción, al desarrollarse desde la chimenea de equilibrio hacia la zona de captación del agua, no se ejecutarán dentro del Sitio Arqueológico ni en su zona *buffer*, sino que a una distancia de más de 150 metros de dicho sitio (en cualquiera de sus proyecciones). Asimismo, las obras de instalación del andarivel contemplado para el traslado de las tuberías, particularmente la construcción del machón necesario para contrapeso, tampoco se ejecutan dentro del Sitio Arqueológico y de su zona *buffer*, siendo la menor distancia registrada equivalente a 28 metros, medidos desde



la obra al perímetro más cercano del Sitio Arqueológico, en cualquiera de sus proyecciones.

j.- Que, respecto del ingreso de maquinaria, vehículos, personal y otro tipo de equipamiento al Sitio Arqueológico, el Tribunal no aprecia que esta circunstancia haya implicado excavaciones y/o movimiento de tierra; sin embargo, se trata de acciones que se efectuaron dentro del Sitio Arqueológico Carén Alto 1.

k.- Que, respecto del acopio de tuberías en el Sitio Arqueológico y a la ausencia de un convenio con la Dirección de Vialidad para su reutilización, el Tribunal advierte, en razón de la RCA y comunicaciones electrónicas y Oficio de la Contraloría General de la República, que no se ha aportado evidencia que acredite que dicho acopio se producirá dentro del Sitio Arqueológico, y la ausencia de un convenio para el reciclaje de las tuberías, no permite concluir necesariamente, que estas serán dispuestas en dicho Sitio. Además, se establece que de la prueba aportada, no es posible inferir que para efectuar el acopio de las tuberías nuevas o de las dañadas sea necesario realizar excavaciones dentro del Sitio Arqueológico.

l.- Que, no se han ejecutado obras de construcción, excavación y extracción de materiales y eventual disposición de tuberías desechadas en el Sitio Arqueológico Carén Alto 1.



Quinto: Que, en atención a que se estableció la existencia de acciones dentro del Sitio Arqueológico, los sentenciadores, se abocaron a determinar si la prueba y si tales acciones, realizadas por la demandada, pueden constituir daño ambiental susceptible de ser reparado, teniendo presente que la actora alegó que el perjuicio consistiría en la destrucción de restos arqueológicos y paleontológicos y en la alteración de un *Eltun* o lugar ceremonial, venerado desde tiempos inmemoriales por comunidades indígenas Pehuenches de la zona.

En esta línea de razonamiento, la sentencia da cuenta del análisis de la evidencia, en búsqueda de prueba en torno a la pérdida de elementos pertenecientes al patrimonio cultural, concluyendo que la Empresa, en cumplimiento a las condiciones de su RCA, efectuó diversas prospecciones arqueológicas que permitieron no solo la detección, sino también el rescate, estudio y protección de una serie de elementos cerámicos, líticos y óseos cuyo análisis permite concluir que se trata de vestigios de una ocupación que podría corresponder al límite entre el período alfarero temprano y el tardío, por lo que no es posible determinar que se haya producido destrucción o pérdida de elementos pertenecientes al patrimonio cultural, como tampoco se puede deducir de la demás prueba producida.



En el mismo sentido, y respecto de un supuesto daño a un *Eltun* Pehuenche, la única probanza pertinente, consiste en el registro audiovisual de una ceremonia *Nguillatun* celebrada el 14 de septiembre de 2019 por los integrantes de la Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue, en el que se observa a un grupo de personas rindiendo culto con cánticos ante lo que se aprecia como una hilera de estacas de canelo y la bandera mapuche; no obstante, tal medio no permite dar fe de la ubicación exacta de la ceremonia, y el Tribunal, de su inspección personal, pudo colegir que se realizó en el Lote 3, de propiedad de la Sra. Esnilda Pardo, en la porción que no corresponde al Sitio Arqueológico, puesto que este se ubica, en su mayoría, en el Lote 4, de propiedad del Sr. Francisco Pardo, lo cual además consistente con lo expresado por el testigo, Sr. José Custodio Salgado. A lo anterior, añaden los sentenciadores, se debe agregar que la propietaria del predio en cuestión declaró que, a pesar de residir en el lugar, no había atestiguado ningún tipo de ceremonia hasta la celebración de la reportada en autos.

Enseguida, el Tribunal deja constancia que, respecto del vínculo que puede existir entre la Comunidad demandante y la zona de los vestigios, se constata que en la RCA se dejó constancia de la inexistencia de efectos adversos sobre grupos humanos u otro tipo de alteración



significativa de los sistemas de vida y costumbres de comunidades indígenas, constando que la Comunidad más cercana era Comunidad Mapuche Tranuan Alonso, para la cual se consideró el compromiso de cambiar el punto de restitución del derecho de aguas en el río Carilafquén, lo que no se relaciona con la presencia de cementerios indígenas o sitios ceremoniales.

A continuación, el fallo deja constancia que con motivo de la modificación de la RCA original, en el año 2014 el SEA dio inicio a un proceso de Participación Ciudadana sin que ninguna de las observaciones efectuadas haya dicho relación con la existencia de un cementerio mapuche o sitio ceremonial mapuche.

Luego, los sentenciadores analizan el Informe Ejecutivo de Rescate Arqueológico, donde se dejó constancia que durante las labores de rescate, la empresa advirtió la presencia de un entierro primario, sin embargo, se dice en el estudio, que podría pertenecer tanto al Período Alfarero Temprano, como Alfarero Tardío; estas conclusiones fueron corroboradas posteriormente por el testigo experto, Sr. Dhirodatta Vila, que en su calidad de arqueólogo cumplía funciones en el marco del proyecto de la Empresa, quien indicó que el hallazgo no corresponde a un cementerio indígena, a diferencia de lo señalado por el absolvente, sino a un entierro aislado, doméstico y estacionario del



Complejo Pitrén del período Alfarero Temprano, lo que no tiene vinculación temporal con la cultura pehuenche o mapuche.

En consecuencia, el Tribunal Ambiental arribó a la conclusión que no hay evidencia que acredite la destrucción de restos arqueológicos ni alteración o afectación de un cementerio indígena, ni tampoco sobre la existencia de vínculos ceremoniales entre las comunidades del sector, distintos a la ceremonia realizada con posterioridad a la presentación de la demanda.

Más adelante, y en lo que atañe a las acciones realizadas por la Empresa dentro del Sitio Arqueológico, que el mismo TA apreció, la demandante no ha podido probar los efectos de estas acciones sobre el patrimonio arqueológico o en la propia comunidad Painetru Sahuelhue, pues en la inspección con personal del CMN no se encontraron nuevos restos arqueológicos ni evidencia de daño atribuible a las actividades de la Empresa, sin perjuicio de las acciones que el CMN pueda emprender en su contra por las alteraciones del sitio las que se encuentran expresamente prohibidas a excepción de aquellas en la zona de exclusión correspondiente a la servidumbre de paso. Por lo razonado, los sentenciadores determinaron que las acciones desarrolladas por la Empresa, al interior del Sitio Arqueológico pueden quedar dentro del ámbito de



acción sectorial del CMN ya que no se logró percibir la existencia de afectación al patrimonio cultural de la demandante, por lo que no es posible concluir que se haya producido daño al medio ambiente.

Para terminar, los sentenciadores se hicieron cargo de la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada, considerando sobre el particular, que no hubo acción alguna ejecutada por la demandada que supusiera la destrucción del patrimonio cultural, o la generación de daño ambiental en los términos alegados por la Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue, no verificándose los requisitos establecidos por el inciso 1° del artículo 54 de la Ley N° 19.300, y por lo tanto, la demandante carece de legitimación activa para obtener la pretensión referida.

Sin perjuicio de lo anterior, y solo a mayor abundamiento, los sentenciadores dejaron constancia que la demandante tampoco logró demostrar la existencia de un vínculo sagrado entre esa comunidad y los restos arqueológicos descubiertos durante la ejecución de la Central, ya que, por una parte, no existe evidencia de que la Comunidad Painetru Sahuelhue haya realizado ceremonias de forma sostenida en el tiempo, y, por otra, los vestigios funerarios encontrados en el Sitio Arqueológico no corresponden a un *Eltun*, al tratarse de elementos vinculados al Complejo Pitrén, ocupación de carácter



alfarero temprano, previa a la ocupación Pehuenche, además que durante el transcurso de la evaluación ambiental del Proyecto, no hubo observaciones en torno a la presencia de centros ceremoniales relacionados con comunidades indígenas en el área de influencia del Proyecto.

Sexto: Que, entrando al análisis del arbitrio de nulidad formal, se ha esgrimido la causal de infracción manifiesta a las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, para lo cual el recurrente ha destinado sus mayores esfuerzos a demostrar que existiría una infracción a las referidas reglas, en especial a las de la lógica. En particular, el recurrente pretende que el vicio estaría en haber concluido que no se acreditó que las obras de recambio de las tuberías se ejecutarán dentro del Sitio Arqueológico no en su zona de buffer, en circunstancias que éste es de 30 metros y el Tribunal estableció que se realizarán obras a los 28 metros de distancia.

Pues bien, la contradicción y falta a la lógica que ve el recurrente no es real, pues parte de un supuesto erróneo -no asentado en la sentencia- como lo es que la zona de buffer o de protección del Sitio Arqueológico es de 30 metros, en circunstancias que se encuentra establecido en la sentencia que comprende una extensión de 10 metros. Este último hecho, no es atacado por medio de la causal en



análisis, por lo que tampoco puede esta Corte modificar este presupuesto fáctico asentado por los jueces del fondo, y en virtud de ello, la causal en comento no puede ser admitida a tramitación.

Séptimo: Que, la misma causal se esgrime en lo relativo a la decisión sobre la falta de legitimación activa de la demandante. Al respecto cabe tener presente que el Tribunal Ambiental estableció que la actora no logró acreditar haber sufrido un daño o perjuicio en los términos del artículo 54 de la Ley N°19.300, y a partir del ello, concluyó que la actora no era titular de la acción ambiental del artículo 53 de la misma recopilación.

La recurrente, por su parte, sostuvo que la infracción a las normas de la sana crítica estaba en la contradicción de reconocer, por un lado, la calidad de comunidad indígena de la actora y, desconocer, por otro, su vinculación con el *Eltum* o lugar ceremonial.

El recurso así planteado no puede prosperar, toda vez que el argumento que ataca esta causal fue esbozado por el tribunal sólo a mayor abundamiento, pues la razón del rechazo de la demanda es que no se probó que la demandada ejecutara acciones que pudieran ser constitutivas de daño ambiental en el Sitio Arqueológico, tampoco que se haya producido destrucción o pérdida de elementos pertenecientes al patrimonio cultural de la cultura Pehuenche, y por



último, que tampoco se logró probar un supuesto daño a un *Eltum Pehuenche*, sin perjuicio de dejar constancia que este *Eltum* no se ubica dentro del Sitio Arqueológico como alegó la actora.

En consecuencia, la denuncia no tiene influencia en lo dispositivo del fallo, pues aún cuando fuere efectiva la contradicción, lo cierto es que ello en nada cambia o afecta las conclusiones anteriormente referidas y, por ende, la decisión adoptada en el dictamen en revisión debe permanecer inalterada. Huelga recordar que la existencia de perjuicio o que el vicio haya influido en lo dispositivo del fallo, es un requisito legal al tenor del inciso penúltimo del artículo 768, del Código de Procedimiento Civil.

Por último vale la pena dejar constancia que no se advierte que la sentencia impugnada utilice el criterio de la vecindad para descartar los requisitos de la acción por daño ambiental, pues la única referencia en dicho sentido, es aquella en la que el Tribunal Ambiental tiene presente que de acuerdo a la RCA se dejó constancia de la inexistencia de efectos adversos sobre grupos humanos u otro tipo de alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de comunidades indígenas, constando que la comunidad más cercana era la Comunidad Mapuche Tranuan



Alonso. De esta afirmación no se sigue en absoluto la enunciada por la recurrente.

Octavo: Que por todo lo antes razonado, el recurso de casación en la forma deberá ser desestimado.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo:

Noveno: Que el arbitrio de nulidad sustancial denuncia dos capítulos de infracciones. En un primer apartado denuncia la infracción a las leyes reguladoras de la prueba, aduciendo que consta en autos que su parte solicitó la rendición de prueba, en concreto, la confesional del gerente general de la empresa demandada, en atención a la regulación del artículo 46 y 49 de la Ley N°20.600. Esgrimió que dicha norma debe entenderse complementada con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley sobre Sociedades Anónimas dado el carácter de la empresa demandada, de la cual fluye claramente que la representación legal solo corresponde al Gerente de la sociedad y que dicho cargo y, evidentemente, las facultades que le corresponden, son incompatibles con aquellas que corresponde al Presidente del Directorio.

Añade que, no obstante haberse solicitado y accedido por el tribunal a que la prueba confesional fuere realizada en la persona del gerente general de la empresa, en la misma audiencia de juicio, el Tribunal de oficio admitió a rendir declaración al Presidente del Directorio don Michael



Timmermann Slater, persona no autorizada legalmente, lo que se traduce en que el Tribunal Ambiental ha aceptado un medio de prueba no autorizado por la ley y ha rechazado uno que sí lo estaba.

En un segundo capítulo, denuncia la infracción a las normas sobre la titularidad de la acción, esto es, del artículo 54 Ley N°19.300, conforme a la cual son titulares las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio. Denuncia que la sentencia niega una vinculación religiosa de los actores, desconociendo el sentimiento y manifestación efectiva de dicha religiosidad en relación a los bienes culturales que son objeto de la protección estatal arqueológica cultural.

La Comunidad demandante es una persona jurídica de la Ley N°19.253 en su carácter de Comunidad Indígena, con los derechos que en materia de religiosidad como parte de su cultura que le reconoce dicha normativa (Título IV); añade que este reconocimiento se encuentra también en la Ley N°19.638 y en Tratados Internacionales. Sostiene que la afectación por daño ambiental que reclaman los demandantes, incide en sus creencias religiosas, por lo que el tribunal no puede entrar a calificar su validez o extensión, por ser parte de un derecho esencial garantizado a cada persona y el daño afecta bienes de carácter cultural que interesan a la humanidad en su preservación y en especial a las



manifestaciones religiosas de los pueblos originarios, más aún cuando existe testimonio de una ceremonia religiosa realizada en el lugar, por lo que el tribunal debió aceptar su titularidad por su afectación cultural religiosa.

Décimo: Que, del tenor del escrito por el que se interpone el recurso de casación en estudio, es dable advertir sus defectos, pues prescinde el recurrente y, por lo mismo, no estima quebrantado, el marco normativo que rige la reparación del perjuicio ambiental que reclama, particularmente los artículos 51 a 53 de la Ley N°19.300, preceptos que precisamente contienen los requisitos para que la acción deducida pueda prosperar. Estatuye la primera de estas normas: *"Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley.*

No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil".

A continuación, el artículo 52 del mismo cuerpo legal regula precisamente la situación que pretende hacer valer la demandante, al denunciar que el daño reclamado deriva de



la infracción de la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto de que la demandada es titular, estableciendo en su inciso primero: *"Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias"*.

Finalmente, el artículo 53 es la norma que concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado.

Undécimo: Que estas disposiciones son aquellas que gobiernan el fondo del asunto y no han sido objeto del recurso, circunstancia que impide que este arbitrio de nulidad pueda prosperar. En efecto, aun en el evento que esta Corte concordara en el sentido de haberse producido el yerro que se acusa, tendría que declarar que éste no influye en lo dispositivo de la sentencia, desde que el arbitrio no contiene la denuncia de un error de derecho respecto del fondo de la materia controvertida, como es la existencia y requisitos del daño ambiental cuya reparación se demanda.



Duodécimo: Que, sin perjuicio que lo dicho es suficiente para que el arbitrio no pueda prosperar, y sólo a mayor abundamiento, el primer capítulo debe ser desestimado porque acusa un defecto de carácter formal que debió hacerse valer por la vía del recurso de casación en la forma. Sin perjuicio, esta Corte debe dejar constancia que fue la propia demandante la que citó como absolvente al señor Timmermann Slater, en calidad de representante de la demandada.

Décimo tercero: Que, en cuanto al segundo capítulo, debe tenerse por reproducido lo razonado a propósito del arbitrio de forma, en el motivo séptimo de esta sentencia, en relación a la falta de influencia sustancial de la denuncia, en lo dispositivo del fallo, pues la razón que determinó el rechazo de la demanda es que no se acreditó - por la actora, quien tenía el peso de la prueba- que la demandada haya ejecutado acciones dentro del Sitio Arqueológico que puedan constituir daño ambiental, ni que haya destruido material arqueológico ni que el *Eltum* se ubique en aquél; y es, entonces, desde este punto de vista, que el Tribunal estima que la actora no es titular de la acción del artículo 54 de la Ley N°19.300, sin que se advierta que el fallo desconozca la calidad de Comunidad Indígena de la actora, ni menos sus creencias religiosas y



el ejercicio de éstas; el problema es otro, a saber, el daño ambiental alegado que no pudo probarse.

Décimo cuarto: Que, en estas condiciones, el recurso de casación en el fondo deducido no puede prosperar, atendida su manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764, 766, 768, 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil, artículos 24 y 26 de la Ley N°20.600, **se declara inadmisibile** el recurso de casación en la forma y se **rechaza** el recurso de casación en el fondo, deducidos en la presentación de fecha diecisiete de julio del año dos mil veinte, en contra de la sentencia de veintiséis de junio del mismo año.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Munita.

Rol N°85.090-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M. y por los Abogados Integrantes Sra. Leonor Etcheberry C. y Sr. Diego Munita L. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra Sra. Sandoval, por haber cesado en funciones y la Abogada Integrante Sra. Etcheberry por encontrarse ausente.





NBLXXBXGKX

En Santiago, a doce de abril de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

