

Causa R-20-2019 “Comunidad Indígena ATAP y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes”

1. Datos del procedimiento.

Reclamantes:

- Comunidad Indígena ATAP
- Comunidad Indígena Kawéskar Grupos Familiares Nómades del Mar
- Comunidad Indígena Residente Río Primero

Reclamado:

- Comisión de Evaluación Ambiental Región de Magallanes y la Antártica Chilena [COEVA]

2. Hechos esenciales que originaron el procedimiento y decisión del asunto controvertido.

Los Reclamantes impugnaron la decisión de la COEVA, que rechazó la solicitud de invalidación administrativa presentada contra la calificación ambiental favorable de la Declaración de Impacto Ambiental [DIA] del proyecto “Centro de Cultivo de Salmónidos Seno Taraba, Bahía Sin Nombre, Península Benson, N° de Solicitud 212122064” [Proyecto], aprobado por la misma COEVA. Dicho Proyecto pretende emplazarse en la comuna de Natales, Región de Magallanes y la Antártica Chilena.

Los Reclamantes argumentaron, en cuanto al plazo para interponer su recurso, que fueron notificados de la resolución que rechazó su solicitud de invalidación el día 28 de agosto de 2019, por lo que, conforme al art. 46 inc. 3° de la ley N° 19.880 [LBPA], la notificación se entendería practicada el 31 de agosto de 2019, fecha desde la que deberían contabilizarse los 30 días que dispone el art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 [LTA].

En cuanto a los argumentos de fondo, en primer lugar, indicaron que el proyecto no debió ser calificado ambientalmente favorable, porque el Titular

no aportó los antecedentes para descartar efectos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables. Agregaron que habría existido una falta de caracterización del área de influencia del proyecto, en especial su biodiversidad. En cuanto a la modelación realizada durante la evaluación, reprocharon que no permite descartar el impacto a la biodiversidad en el medio marino, porque sus resultados fueron interpretados con base sólo en literatura científica.

Los Reclamantes agregaron, en segundo lugar, que se omitió la evaluación de todos los posibles impactos en un área protegida, pues el proyecto se ubicaría a 1600 m del Parque Nacional Kawésqar [ex Reserva Nacional Alacalufe]. En efecto, la evaluación sólo descartó el impacto visual y turístico, pero ignoró los impactos a la biodiversidad de la referida área protegida, por lo que correspondía que el Proyecto ingresara vía Estudio de Impacto Ambiental [EIA], por aplicación del art. 11 letra d) de la Ley N° 19.300 [LBGMA].

Por último, los Reclamantes alegaron que el proyecto no consideró el uso ancestral, costumbres ni sitios con valor cultural pertenecientes al pueblo Kawésqar. Añadió que el Seno Taraba forma parte del maritorio y territorio de la referida etnia y tiene gran importancia para la pesca, valor arqueológico [sitios funerarios, conchales, etc.], lo que se encontraría reconocido en el Decreto que creó el Parque Nacional Kawésqar, medida administrativa que fue sometida a un Procedimiento de Consulta Indígena [PCI] y en una solicitud de Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios [ECMPO]. Además, reprocharon que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena [CONADI] los ubicó como comunidades en tierra, olvidando su condición de nómades del mar, lo que constituiría una vulneración al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo [OIT] y al art. 86 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental [RSEIA]. De este modo, concluyeron, al existir afectación significativa a sus sistemas de vida y costumbre, el proyecto debió ingresar mediante EIA y realizarse un PCI.

Considerando lo anterior, solicitaron que el Tribunal declare la ilegalidad de la Resolución Reclamada y ordene la invalidación de la RCA favorable al proyecto.

La COEVA, por su parte, sostuvo que la reclamación judicial fue interpuesta fuera de plazo, pues la carta certificada en que se notificó a los Reclamantes fue entregada el 28 de agosto de 2019, por lo que al haberse interpuesto la reclamación el 16 de octubre de 2019, se encontraría fuera del plazo de 30 días que dispone el art. 17 N° 8 de la LTA.

En cuanto a los argumentos de fondo, indicó que el área de influencia del proyecto fue correctamente determinada, en base a una modelación cuyos resultados fueron comparados con literatura referida a balance entre demanda

y disponibilidad de oxígeno. En cuanto a la información sobre biodiversidad marina, puntualizó que durante la evaluación se solicitó al Servicio Nacional de Pesca un pronunciamiento al respecto, el que fue evacuado con la conformidad de dicho Servicio. Además, enfatizó que no basta con la sola localización del proyecto cerca de un área protegida para ingresar por EIA, sino que es necesaria la circunstancia o condición adicional de que dicha área sea susceptible de verse afectada en cuanto a sus objetivos de protección, lo que se descartó con las modelaciones. Además, la zonificación del borde costero de la zona no prohíbe actividades aptas para la acuicultura sino que, por el contrario, las permite.

La COEVA indicó que no existirá afectación al pueblo Kawésqar y que la circunstancia de haberse presentado una solicitud de ECMPO no permite concluir que exista afectación a las comunidades Reclamantes. Agregó que en el Seno Taraba no hay bancos naturales de peces y que los usos culturales y restos arqueológicos no fueron precisados en su ubicación, siendo imposible que cada canal, archipiélago o fiordo sea de interés para las comunidades. Con todo, se descartó presencia de población Kawésqar que resida en el lugar o que desarrolle actividades económicas, extractivas o de orden cultural, que pudiesen verse afectadas por el Proyecto.

En la sentencia, el Tribunal acogió la reclamación y anuló la calificación ambiental favorable al Proyecto.

3. Controversias

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

4. Sentencia

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Que la reclamación no fue presentada fuera del plazo de 30 días que dispone el art. 17 N° 8 de la LTA, por cuanto el art. 46 LBPA contiene una ficción jurídica que operará ante la notificación por carta certificada,

independiente de si su recepción fue anterior o posterior al plazo de tres días siguientes a su recepción en la oficina de correos respectiva. Al no tratarse de una presunción, no admite prueba en contrario, pues se persigue otorgar certeza y seguridad jurídica sobre el inicio de la producción de los efectos del acto que se notifica. Inclusive, si se estimara que el art. 46 contiene una presunción, en el comprobante de recepción de la carta consta fecha y lugar de entrega, pero no la individualización de la persona que recibió la notificación, fallando en consecuencia uno de los requisitos necesarios para desvirtuarla, pues la disposición exige que se demuestre que fue entregada «[a] una persona determinada».

- ii. Que, en cuanto al descarte de efectos adversos sobre los recursos naturales, no se consideraron elementos suficientes y adecuados con relación a la biota marina en el área de influencia del Proyecto, particularmente sobre los organismos presentes en la columna de agua. En efecto, la observación de Sernapesca, que originalmente apuntaba a la necesidad de diagnosticar la biodiversidad en el área de influencia del proyecto, mas allá del efecto en el ecosistema bentónico, no fue representada de la misma manera en que fue formulada por el Servicio en el respectivo Informe Consolidado de Solicitudes de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones [ICSARA], sino que fue objeto de una fuerte restricción, pues no indicó la solicitud expresa de un levantamiento de información y restringiendo los impactos sobre estos componentes al ruido de la operación y tránsito de embarcaciones. Además, el Tribunal determinó que la información aportada durante la evaluación no permite descartar los efectos adversos, por cuanto toda la información recolectada sobre biodiversidad acuática –a excepción de las aves y mamíferos marinos- correspondió a organismos detectados fuera del área de influencia del Proyecto, y no dentro de esta.
- iii. Que, en cuanto a los impactos sobre áreas protegidas, el Tribunal puntualizó que el Parque Nacional Kawésqar fue declarado como tal después de la calificación ambiental favorable del proyecto, por lo que no resulta exigible una evaluación sobre un área protegida no decretada oficialmente como tal. Respecto a la Reserva Forestal Alacalufes, su objeto de protección no es el hábitat marino. Sin perjuicio que los Reclamantes no formularon reproche sobre la posible afectación al valor paisajístico, el Tribunal formuló reproches sobre esta materia, determinando que la evaluación enfrentó y justificó de modo restrictivo el área de influencia del Proyecto, pues el límite de percepción visual se superpone a ésta, sin que se hayan entregado argumentos que permitan descartar por qué los efectos visuales quedaron restringidos únicamente al espacio marítimo,

en circunstancias que éstos, a diferencia de los efectos de los contaminantes que produce el proyecto, no se aprecian sólo desde del agua.

- iv. Sobre la afectación a comunidades Kawésqar, no se acreditó de qué forma podrían verse afectadas, porque los antecedentes aportados no se circunscriben de manera concreta al espacio marítimo en el que se ubicaría el Proyecto, sino que corresponden a un espacio geográfico mucho mayor. El mismo razonamiento es aplicado respecto de la solicitud de ECMPO. Durante la evaluación, tampoco se aportaron antecedentes sobre cómo concretamente se afectaría la vida, creencias, instituciones o bienestar espiritual de las comunidades, por lo que, en consecuencia, no procede la realización de un PCI. Respecto a las reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos originarios del art. 86 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental [RSEIA], el Tribunal consideró que durante la evaluación no hubo ningún indicio de actividad o uso concreto y efectivo por parte de las comunidades reclamantes, por lo que no se cumple el requisito de haberse acreditado que estas se encuentran en las cercanías del Proyecto, necesario para decretar su realización.

5. Normas jurídicas aplicadas para la resolución del asunto

[Ley N° 20.600](#) [art. 17 N°8, 18 N°7, 27, 29, 30 y 47]

[Ley N° 19.880](#) [art. 13, 46 y 53]

[Ley N° 19.300](#) [art. 11 letras b), c) y d), 12 bis, 18 bis, 19]

[Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental](#) [art. 2 letra a), 6, 7, 8, 19 letra b.1), 18 letra d), 48, 85 y 86]

[Código del Trabajo](#) [art. 508]

[Ley N° 18.834](#) [art. 131 inciso final]

[Código Civil](#) [art. 7 y 47]

[Código de Procedimiento Civil](#) [art. 50, 69 y 174]

[Ley N° 19.253](#) [art. 72]

6. Palabras claves

Notificación por carta certificada, ficción jurídica, modelación DEPOMOD, áreas protegidas, valor paisajístico, consulta indígena, reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos originarios, Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, uso ancestral del territorio.