

Causa R-10-2020 “Rosa María Lama Lama y otros con Comité de Ministros”

1. Datos del procedimiento.

Reclamantes:

- Sra. Rosa María Lama Lama
- Sra. Pamela Sperry
- Sra. Daniela Champin Lama
- Sr. Antonio Belmar
- Sr. Guillermo Ramírez
- Sr. Roger Edouard Fiengo
- Sra. Nang Bounmy Houangphthouthong
- Sra. Macarena Sperry
- Sr. Fernando Medina

Reclamada:

- Comité de Ministros [Comité]

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

Mediante la R.E N°51(RCA), de 12 de febrero de 2020, la COEVA de la Región del Biobío calificó ambientalmente favorable el proyecto “Pequeña Central Hidroeléctrica de Pasada Halcones” (Proyecto), cuyo titular es la empresa Aaktei Energía SpA (Titular); el Proyecto pretende emplazarse en la comuna de Pinto, Región del Ñuble.

Los Reclamantes interpusieron reclamación administrativa en contra de la RCA del Proyecto, argumentando la indebida consideración de sus observaciones realizadas durante el proceso de participación ciudadana (PAC) del Proyecto; dicha reclamación fue rechazada por el Comité de Ministros (Comité), mediante la R.E N°135 (Resolución Reclamada), de fecha 12 de marzo de 2020.

Los Reclamantes impugnaron judicialmente la Resolución Reclamada, argumentaron que, tanto la RCA como dicha Resolución no habrían considerado debidamente un amplio conjunto de observaciones ciudadanas

realizadas durante el proceso PAC del Proyecto, respecto –grosso modo- a los impactos significativos del art. 11 de la Ley N°19.300.

Sostuvieron que, respecto al componente vegetación, habrían existido deficiencias y falencias por parte de la autoridad ambiental en cuanto a la determinación de la línea de base de flora y vegetación y en la predicción y evaluación del impacto ambiental.

Afirmaron que, respecto del componente fauna, existirían errores en la línea de base, atendida que esta consideró campañas realizadas en distintas estaciones y años, sumada a que no existirían medidas destinadas a evitar o mitigar impactos sobre dicho componente.

Señalaron que, respecto al recurso hídrico, no se habría considerado la afectación del cauce del río Diguillín, en relación con la sostenida disminución de su caudal.

Agregaron que, respecto al turismo y paisaje, la autoridad ambiental no habría considerado el incremento del flujo de turistas a la Reserva Nacional Ñuble; además, el titular confundiría compromisos ambientales voluntarios con medidas de mitigación y compensación, y se caracterizaría un impacto significativo como potencial, lo que constituiría un error grave y esencial en la evaluación ambiental.

Afirmaron que, la ejecución del Proyecto afectaría los objetos de conservación y protección de la Reserva de la Biosfera Corredor Biológico Nevados de Chillán-Laguna del Laja. Además, se habría ignorado la incompatibilidad territorial del Proyecto con políticas y planes evaluados estratégicamente.

Sostuvieron que, la autoridad ambiental habría omitido dar respuesta a la observación realizada por la Sra. Macarena Sperry, implicando necesariamente la falta de consideración de dicha observación.

En resumen, tanto la RCA como la Resolución Reclamada carecerían de motivación, vulnerando los principios preventivo y precautorio; además, atendido los vicios de ilegalidad de la Resolución Reclamada, esta no gozaría de la presunción de legalidad, por lo que recaería en la parte Reclamada la carga de probar la legalidad del acto administrativo impugnado.

Considerando lo expuesto, solicitaron se dejara sin efecto tanto la Resolución Reclamada como la RCA del Proyecto.

El Comité argumentó que, los Reclamantes habrían incurrido en desviación procesal respecto a sus argumentos relativos a los componentes hídricos, vegetación, fauna, turismo, paisaje, y afectación de poblaciones y/o áreas protegidas. En este orden, en sede judicial, los Reclamantes habrían

incorporado nuevos argumentos/alegaciones o modificado sustantivamente estos, en relación con las alegaciones planteadas en sede administrativa.

Sostuvo que, si bien se omitió dar respuesta a las observaciones realizadas por la Sra. Macarena Sperry, los aspectos de fondo de dichas observaciones también fueron planteados en otras observaciones ciudadanas, respecto de las cuales la autoridad ambiental sí las habría abordado y justificado suficientemente. En este orden, si bien existió un vicio formal, este no afectó el fondo de la evaluación ambiental, por ende, se trataría de un vicio no esencial, no implicando la nulidad de la RCA y la Resolución Reclamada.

Afirmó que, respecto de las observaciones en las que no se incurrió en desviación procesal, habrían sido debidamente consideradas y los impactos del art. 11 de la Ley N°19.300 fueron correctamente identificados y evaluados, estableciéndose medidas de mitigación, compensación y reparación.

Señaló que, no se habrían vulnerado los principios preventivo y precautorio, por cuanto se analizaron todos los impactos que el Proyecto generará, estableciéndose medidas adecuadas para que dichos impactos sean mitigados, compensados o reparados.

Agregó que, la Resolución Reclamada gozaría de la presunción de legalidad, por lo que, la impugnación judicial no implicaría la consecuencia de que sobre la Administración recaiga la carga de la prueba respecto a la legalidad de dicha resolución.

Por su parte, el Titular formuló similares argumentos y alegaciones a los ya planteados por el Comité, solicitando -en definitiva- el rechazo en todas sus partes de la impugnación judicial

En la sentencia, el Tribunal acogió parcialmente la reclamación judicial.

3. Controversias.

- i. Sobre la omisión de las observaciones realizadas por la Sra. Macarena Sperry;
- ii. Sobre la desviación procesal;
- iii. Sobre la debida consideración de las observaciones ciudadanas.

4. Sentencia.

El Tribunal consideró y resolvió:

- i. Que, efectivamente no consta la respuesta por parte de la autoridad ambiental respecto de las observaciones ciudadanas PAC realizadas por la Sra. Macarena Sperry; sin perjuicio de lo anterior, las preocupaciones y

alegaciones de dichas observaciones sí fueron abordadas por el Titular y la Administración durante la evaluación ambiental del Proyecto, al pronunciarse sobre observaciones de otras personas, cuyas preocupaciones y asuntos de fondo coincidan con las planteadas por la Sra. Sperry.

- ii. Que, se configuró un vicio formal que, en principio no es esencial y no genera perjuicio al interesado; lo anterior, no implica que las observaciones aludidas hayan sido debidamente consideradas en el fondo o en la parte sustantiva, lo que se detallará más adelante.
- iii. Que, en general, los recursos administrativos de los Reclamantes son muy similares en cuanto al fondo, a pesar de que el contenido y sustancia de las observaciones PAC son diferentes. Igualmente, en términos generales, las reclamaciones administrativas se sustentan en argumentos y alegaciones genéricas y carentes de fundamentación, lo que contradice la presunción de legalidad de los actos administrativos; lo anterior, no implica exigir suma precisión o exactitud en los motivos invocados, pero sí es razonable exigir el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos, como la identificación de los motivos y vicios de ilegalidad en relación al acto reclamado, con la finalidad que la autoridad ambiental pueda efectuar la revisión pertinente.
- iv. Que, en síntesis, se configuró la desviación procesal en las siguientes materias y alegaciones: (i)Respecto a la observación administrativa relativa a la falta de respuesta en cuanto a la experiencia y formación del equipo forestal; (ii)Incorrecta evaluación de los impactos sobre la biota terrestre, por falta de información en la línea de base, y en la predicción y evaluación de impactos; (iii)Falta de información respecto a la información levantada en terreno en cuanto a la flora, y respecto a la delimitación de las formaciones vegetaciones; (iv) Deficiencia en línea de base para el componente fauna; (v) Idoneidad de las ataguías; (v) Cambio climático respecto al componente hídrico; (vi) Medidas de mitigación del componente hídrico; (vii) Falta de consideración de especies de fauna nativa protegida, descripción de ellas y la evaluación de sus impactos; (viii)Incompatibilidad del Proyecto con los objetivos de protección de las áreas colocadas bajo protección oficial; (ix)Incompatibilidad del Proyecto con el Plan de Manejo de la Reserva Nacional Ñuble; (x) Medidas ambientales de tránsito; (xi) Impactos a la actividad turística; (xii) Impactos sobre el componente turístico; (xiii) Afectación al valor paisaje, entre otras materias.
- v. Que, respecto a las materias enunciadas precedentemente –entre otras-, no existió una conexión significativa o congruencia entre los argumentos

planteados en sede administrativa y judicial, o bien, se formularon alegaciones genéricas y carentes de motivación, impidiendo que la Administración pudiera pronunciarse sobre el fondo de las preocupaciones e inquietudes ambientales. También, se apreció una modificación sustantiva y esencial de los argumentos planteados en sede administrativas, lo que no fueron invocados en sede judicial en términos similares o con cierta similitud de forma y fondo. Sumado a lo anterior, también se evidenció la incorporación, en sede judicial, de múltiples argumentos y vicios de legalidad, los que sin embargo no formaron parte de las alegaciones planteadas en sede administrativa. En todos estos supuestos y en las materias enunciadas a título ejemplar, los Reclamantes incurrieron en desviación procesal, por lo que el Tribunal no estuvo en condiciones de pronunciarse sobre el fondo de dichas materias y alegaciones; sin perjuicio de lo anterior, existieron observaciones y materias respecto de los cuales no se incurrió en desviación procesal, según lo que se expondrá a continuación.

- vi. Que, para que un plan de compensación ambiental sea apropiado, la autoridad ambiental debe comparar los componentes ambientales que resultarán afectados por la ejecución del Proyecto y aquellos que el titular propone en sustitución de los mismos; lo anterior, con la finalidad de verificar si el efecto positivo que se producirá con las medidas de compensación resulta equivalente al afecto adverso identificado. En este orden, la ponderación de las medidas propuestas para compensar impactos significativos es un aspecto relevante para otorgar la calificación favorable de un proyecto sometido al SEIA, debiendo considerar los informes sectoriales emitidos por los OAECA.
- vii. Que, sobre el plan de compensación ambiental relativo a la conservación y protección del huemul, la autoridad ambiental aprobó aquel considerando exclusivamente criterios generales para la selección del futuro inmueble que servirá como hábitat del huemul. En este orden, la autoridad ambiental no analizó los atributos y características ambientales de algún predio o inmueble específico, con la finalidad de determinar si puede o no considerarse como un hábitat adecuado para el huemul. Por el contrario, la selección del inmueble se realizara con posterioridad a la RCA, antes del inicio de las obras, lo que impide determinar si la medida de compensación es apropiada para cumplir su finalidad de protección y conservación del huemul.
- viii. Que, , la afectación del huemul no se compensó correcta y legalmente, por cuanto no consta un inmuebles específico ofrecido por el Titular que

posea los mismos atributos y cumpla las mismas funciones ambientales que aquel sobre el que recaen los impactos significativos.

- ix. Que, la categoría de Monumento Natural que posee el huemul, no puede ser entendida como una prohibición absoluta de ejecución de actividades o proyectos; en este orden, la autoridad ambiental debe establecer las medidas tendientes a mantener el ecosistema y el hábitat de la especie huemul con la finalidad de lograr su conservación. Según lo ya señalado, el Proyecto generara una afectación directa e inmediata en el hábitat del humedal, generando una amenaza para dicha especie; sin embargo, la medida de compensación de hábitat –propuesta por el Titular- no permite asegurar la permanencia y conservación de dicha especie, además de vulnerar la Ley N°19.300 y el RSEIA.
- x. Que, respecto al “Programa de mitigación por tronaduras” –propuesto por el Titular-, no consta un análisis idóneo respecto al efecto concreto en la disminución del ruido a raíz de la implementación de las barreras acústicas en la etapa de construcción del túnel; asimismo, tampoco se justificó técnicamente la forma de evitar la propagación íntegra de las ondas sonoras hacia las afueras del túnel. En este orden, no se acompañaron datos, simulaciones o evidencias que permitan a la autoridad ambiental determinar la suficiencia de las medidas en relación a los potenciales efectos sobre la fauna sensible –huemul- que está localizada en las cercanías del emplazamiento del Proyecto. A mayor abundamiento, no existe información clara respecto a la fecha de construcción del túnel, por lo que existe incerteza respecto a si dicha construcción se realizara o no en los períodos reproductivos del huemul, lo que constituye una preocupación relevante y manifestada expresamente por los Reclamantes.
- xi. Que, respecto a la prohibición de corta del copihue, en relación al D.S N°129/1971 y los fines/objetivos de la Ley N°19.300, debe considerarse que dicha prohibición se establece para la extracción y comercialización directa de la especie, no recayendo en cuanto a la ejecución de un proyecto sometido al SEIA. En este orden, el Proyecto no implica la extracción indiscriminada del copihue, sino que más bien, el Titular se obligó a la medida de reposición de las especies que se extraerán por la ejecución de las obras, por lo que no está en riesgo la permanencia y capacidad de regeneración del copihue. A mayor abundamiento, la prohibición absoluta debe aplicarse a aquellas actividades cuyo objetivo exclusivo es la extracción no regulada ni controlada de la especie copihue para fines de comercialización, cuyo no es el caso del Proyecto reclamado.

- xii. Que, una interpretación diferente a la señalada, implicaría la prohibición de desarrollar proyectos en zonas donde existen copihues, lo que sería contraria al desarrollo sustentable y conservación del patrimonio natural, nociones que son incorporadas en la Ley N°19.300, en la medida que dicha regulación permite establecer medidas que aseguren la permanencia y capacidad de regeneración del copihue como recurso escaso, no comprometiendo las expectativas de las futuras generaciones. A mayor abundamiento, el sector donde se ejecutará el plan de reposición, constituye el hábitat natural del copihue, creándose -por tanto- condiciones para asegurar la regeneración de la especie para el futuro.
- xiii. En definitiva, el Tribunal acogió la reclamación judicial solo respecto de la Sra. Rosa María Lama Lama, Sr. Antonio Belmar Sorensen, Sra. Daniela Champin Lama y Sra. Macarena Sperry Miranda; por otra parte, se rechazó la reclamación respecto de los demás reclamantes, por haber incurrido en desviación procesal.

5. Normas jurídicas aplicadas para la resolución del asunto

[Ley N° 20.600](#) [art. 17 N°6, 18 N°5, 25, 27, 29 y 30]

[Ley N°19.300](#) [art. 11, 16, 20, 29 y 30 bis]

[Reglamento Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental](#) [art. 27, y 1° transitorio]

[Decreto N°95/2001 Minsegres, Antiguo Reglamento SEIA](#) [art. 60 y 61]

[Of. Ord. N°130.528 SEA, año 2013, Instructivo sobre consideración de observaciones ciudadanas en el SEIA](#)

6. Palabras claves

Proceso de participación ciudadana, observaciones ciudadanas, reserva nacional, efectos adversos significativos, vegetación, fauna, recurso hídrico, turismo, paisaje, desviación procesal, área protegida, medidas de compensación, reposición, huemul, plan de compensación ambiental, impactos significativos, ruido, copihue.