

Causa R-40-2022¹ “Gabriela Simonetti Grez y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Región de Magallanes y la Antártica Chilena”

1. Datos del procedimiento.

Reclamantes:

- Comunidad Indígena Kawésqar Grupos Familiares Nómades del Mar
- Comunidad Indígena Atap
- Comunidad Indígena Residente Río Primero
- Fundación Greenpeace Pacífico Sur
- Sr. Erik Hualquil Caro
- Sr. Paulino Vidal
- Sra. María Castro Domínguez
- Sr. Gregor Stipicic
- Sra. Gabriela Simonetti
- Sra. Florencia Ortúzar

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.

Mediante la R.E. N°13 (RCA), de 11 de febrero de 2021, la COEVA de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, calificó ambientalmente favorable la DIA del proyecto “Centro de engorda de salmones, Golfo Xaultegua, al Noreste de Punta Leucotón, N° PERT:211121031” (Proyecto), cuyo titular es la empresa Inversiones Pelicano XII SpA, aunque su sucesor legal es Salmones Blumar Magallanes Spa (Titular).

En contra de la RCA del Proyecto, se interpuso solicitud de invalidación administrativa, conforme al art. 53 de la Ley N°19.880; dicha solicitud de invalidación fue rechazada por la COEVA, mediante la R.E N°20221200127 (Resolución Reclamada), de 11 de marzo de 2022.

¹ Causa Rol N°R-41-2022 acumulada.

Los Reclamantes impugnaron judicialmente la Resolución Reclamada, argumentando que, el Proyecto sería incompatible con los objetivos de protección de la RNK, esto por no tener en suficiente consideración la protección de la fauna endémica y nativa presente, la riqueza de su paisaje y el respeto por las tierras ancestrales del pueblo Kawésqar.

Señalaron que, existiría un vicio procedimiento por no haberse realizado un proceso PAC, ya que, pueden existir externalidades negativas para las comunidades próximas a la realización del Proyecto. Además, en la única instancia de participación de las comunidades indígenas del lugar, sólo se citó a reunión a una de las comunidades del área de influencia del proyecto, siendo esta reunión de carácter meramente informativa y no consultiva, por lo que se realizó este proceso de manera deficiente.

Sostuvieron que, la ejecución del Proyecto originaría una susceptibilidad de afectación directa a las comunidades indígenas Reclamantes, considerando el emplazamiento de aquellas dentro de un territorio ancestral, a pesar de lo cual no se realizó un proceso de consulta indígena (PCI) conforme a las disposiciones del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Alegaron que, no se habrían evaluado los impactos sinérgicos del proyecto en relación con otros dos de iguales características (CES Colo-Colo y CES Perez de Arce) que se pretenden emplazar en la misma zona, por ende, el SEA debió obligar al Titular a tenerlos en cuenta al realizar su evaluación, aun tratándose de una DIA.

Sostuvieron que, el Proyecto debió ser ingresado al SEIA por la vía de un EIA, puesto que este produce los efectos de las letras b), c), d), y f) del art. 11 de la Ley 19.300. En particular, respecto a la afectación a los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; sitios con valor ambiental y pertenecientes al patrimonio cultural, en concreto, de tierras ancestrales; y sobre el respeto al valor paisajístico y turístico. En cuanto al área de influencia del medio marino, habrían sido excluidas las vías de navegación, por no ser “potencialmente significativas”, lo cual no considera las costumbres y formas de interacción con el medio acuático que tienen los miembros de las comunidades.

Afirmaron que, no corresponde la limitación en sede administrativa de la legitimación activa de los interesados, la cual fue acotada a la afectación de derechos subjetivos colectivos e individuales, excluyendo lo que se entiende por interés legítimo. En este orden, poseen un interés colectivo por la protección del medio ambiente en el que viven, además de intereses individuales en algunos casos.

La COEVA solicitó el rechazo de las impugnaciones judiciales, argumentando que, la división entre Parque Nacional (PN) y Reserva Nacional (RN) tuvo la intención de mantener el uso productivo del mar, en consideración con el art. 158 LGPA, el cual permite la acuicultura en las Reservas Nacionales. En este orden, la operatividad del art. 67 LGPA depende de la fijación de la franja marina mínima por parte de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero, lo que aún no ocurre, así como también el hecho de que es errado que el SEA asimile la protección de una Reserva Nacional a la de una Reserva Marina, y que el análisis de compatibilidad se hizo en consideración al acto que crea la RNK, teniendo presente que se dictará su Plan de Manejo a futuro.

Sostuvo que, respecto a la participación ciudadana, la expresión de carga ambiental no tendría una tendencia jurisprudencial clara en cuanto a su sentido y alcance, pero que de todas formas la participación ciudadana, en el marco de una DIA, es una facultad discrecional del SEA, basándose en la expresión “podrá” que usa la ley.

Señaló que, respecto a la consulta indígena, se descartaron todos los impactos que da lugar el PCI, por lo que no hay afectación en los términos del SEIA, sin perjuicio del hecho de que el Proyecto ingresó por DIA. Además, el acuerdo incumplido señalado por los Reclamantes, no contiene el contenido que estos alegaron.

Indicó que, respecto a las reuniones del art. 86 RSEIA, el objetivo de estas sería recopilar antecedentes para un eventual término anticipado, y que no están destinadas a ser un instrumento consultivo para consolidar al de consulta indígena. De acuerdo con la sentencia de la causa Rol N°R-20-2019, dictada por el Tercer Tribunal Ambiental, el concepto de “cercanías” empleado por el art. 86 RSEIA no puede utilizarse de la misma manera cuando se trata de grupos que encuentran desarrollo y arraigo en el mar, como lo es en el caso de los kawésqar, y que la norma responde más bien a una circunstancia dinámica, el cual obliga a considerar si es que hay grupos de personas pertenecientes a pueblos originarios en el área de emplazamiento, en su área de influencia o en espacios próximos, lo cual no ocurre en el caso en concreto.

Señaló que, en relación con los literales de las letras d) y f) del artículo 11 de la Ley 19.300, existiría una vulneración al principio de congruencia, que vincula a la reclamación administrativa y la judicial, en el sentido de que no hay correspondencia entre las alegaciones esgrimidas en sede administrativa y las esgrimidas en sede judicial.

Indicó que, en relación con la supuesta aplicabilidad de la causal de ingreso por EIA del art. 11 letra c) de la Ley 19.300, se configuraría por la afectación de sitios o lugares ceremoniales, ubicados en diversas partes del RNK, lo que no se verifica en este caso. En este orden, el Proyecto se encuentra dentro de un Área Apta para la Acuicultura (A.A.A), en la que no hay presencia de comunidades indígenas en ella, cuestión que fue respaldada por el pronunciamiento de CONADI.

Afirmó que, en relación con la supuesta aplicabilidad de la causal de ingreso por EIA del art. 11 letra b) de la Ley 19.300, para el Reglamento Ambiental para la Acuicultura (RAMA), el oxígeno disuelto (O₂) es un parámetro fundamental. El Proyecto se ajustaría a los parámetros del Índice de Impacto propuesto por Findlay (1997). Se descartó la relevancia de las emisiones de Nitrógeno (N) y de Fósforo (P). Se agregó que, se deben tomar en consideración los siguientes puntos: i) características oceanográficas (abióticas) del área de emplazamiento del Proyecto, ii) el uso del fitoplancton de los nutrientes, iii) la baja residencia de nutrientes en la columna de agua por difusión, dilución, y transporte de éstos, iv) el hecho de que los procesos en la columna de agua son dinámicos, con relación a los procesos que ocurren en la producción de peces en jaula y sus efectos ambientales. En este sentido, el Proyecto cumple con todas las exigencias anteriormente mencionadas con la finalidad de causar el menor impacto ambiental posible.

Señaló que, en relación con la supuesta aplicabilidad de la causal de ingreso por EIA del art. 11 letra e) de la Ley 19.300, se descartó el impacto sobre paisaje y turismo, sobre la base de que la zona de emplazamiento del Proyecto carece de uso turístico, y de que las dimensiones del Proyecto, así como la falta de observadores vinculados a actividades turísticas, no afectarían al aspecto paisajístico de la zona.

Indicó que, en relación con la supuesta obligatoriedad de la evaluación de impactos sinérgicos, al tratarse de un proyecto ingresado por DIA, no aplicaría este tipo de evaluación.

Agregó que, relación con la causa R-40-2022, en lo referente a la legitimación activa en sede administrativa, los Reclamantes no habrían acreditado interés legítimo en dicha sede.

Por su parte, el Titular reiteró y complementó argumentos similares a los formulados por la COEVA, solicitando -en definitiva- el íntegro rechazo de ambas impugnaciones judiciales.

En la sentencia, el Tribunal acogió parcialmente las reclamaciones judiciales.

3. Controversias.

- i. Si los Reclamantes poseen legitimación activa;
- ii. Si se configura la desviación procesal alegada por el SEA;
- iii. Si se debieron evaluar los impactos sinérgicos y/o acumulativos;
- iv. Si existe compatibilidad del Proyecto evaluado con los objetivos de protección de la RNK;
- v. Si se debió realizar un PCI conforme al Convenio N°169 de la OIT y si se realizaron correctamente tanto las reuniones con los GGHHPPII conforme al art. 86 del RSEIA como el proceso PAC;
- vi. Si el Proyecto debió ingresar al SEIA mediante un EIA, al generar impactos ambientales significativos del art. 11 de la Ley N°19.300.

4. Sentencia.

El Tribunal consideró y resolvió:

- a) Respecto a la legitimación activa de los Reclamantes (causa R-40-2022)
 - i. Que, en sede administrativa, la legitimación debe sustentarse en alguna de las hipótesis del art. 21 de la Ley N°19.880, debiendo los solicitantes - de la invalidación- acreditar la existencia de un vínculo entre el acto impugnado y los derechos e intereses, individuales o colectivos, de que son titulares los solicitantes.
 - ii. Que, la legitimación en sede judicial -en conformidad con el art. 18 N°7 de la Ley N° 20.600- se encuentra vinculada a la legitimación invocada en sede administrativa, esto es, debe existir un interés o derecho, individual o colectivo, que pueda verse comprometido y que se haya acreditado en sede administrativa.
 - iii. Que, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, en sentencias dictadas en causas Rol N°R-3-2019 y N°R-16-2021 (Rol N°R-17-2021 acumulada), el impugnante debe efectuar una descripción del interés que lo mueve y el contenido de este con la finalidad de precisar su entidad. Así, es necesario que este interés sea real, concreto, personal, directo y actualmente comprometido en el asunto de que se trata. Por último, el interés es una cuestión puramente fáctica que debe determinarse en cada caso concreto, con información proporcionada por el o los solicitantes, o que pueda desprenderse del contenido del expediente administrativo.
 - iv. Que, respecto a la Sra. María Beatriz Castro, el interés que hizo valer no es suficiente, pues no da cuenta de una afectación actual y concreta, sino que se trata simplemente de un interés abstracto en los componentes del medio ambiente que determina el desarrollo de actividades turísticas, sin hacer una manifestación de cómo estos le afectan directamente, como, por ejemplo, cuáles son sus actividades turísticas que realiza y cómo estas se verán amenazadas por el Proyecto.
 - v. Que, respecto a Paulino Vidal, Gabriela Simonetti y Gregor Stipicic, su interés invocado no es de carácter concreto, directo y actual, pues se sustenta en su residencia en la Isla Riesco y participación en organizaciones ambientalistas, pero ellos comparecen como personas naturales, y no como representantes de dichas organizaciones a las que pertenecen, además de no indicar que dicho interés individual se relaciona de forma directa y concreta con las acciones del Proyecto. Similar situación ocurre con Florencia Ortúzar, quien participa igualmente en una organización dedicada a la protección del medio ambiente, pero no se explica cómo el Proyecto afecta sus intereses.

- vi. Que, en cuanto al Sr. Erik Hualquil Caro, su interés está fundamentado en su pertenencia al pueblo Kawésqar, lo que permite reconocer una legitimación activa para recurrir, pues se considera su interés semejante al de las comunidades indígenas reclamantes.
 - vii. Que, en consecuencia, no todos los reclamantes acreditaron de forma suficiente la afectación de un interés que vaya más allá de la simple preocupación por el respeto al ordenamiento jurídico ambiental y cuidado del medio ambiente en la región de Magallanes, donde indican que residen.
- b) Respecto a la desviación procesal alegada por el SEA
- viii. Que, las alegaciones en las reclamaciones judiciales coinciden con el contenido de la solicitud de invalidación administrativa en las materias relacionadas con los efectos derivados del emplazamiento del Proyecto al interior del RNK.
 - ix. Que, sin perjuicio de lo anterior, se detecta que, tanto en la solicitud de invalidación administrativa como en las reclamaciones judiciales, no se plantearon argumentos que se vinculen con impactos respecto de la alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y pertenecientes al patrimonio cultural.
 - x. Que, el contenido en las reclamaciones judiciales es coherente o coincide con lo planteado en sede administrativa con respecto a los efectos derivados del emplazamiento del Proyecto al interior de la RNK. En lo que respecta con el literal f) del art. 11 de la Ley 19.300, se puede constatar la simple mención genérica de los impactos previstos en el citado literal.
 - xi. Que, no existió una desviación procesal con respecto a lo alegado por el SEA, en cuanto a los impactos sobre áreas y personas protegidas, pues coinciden los argumentos tanto en sede administrativa como en el reclamo judicial.
 - xii. Que, en cuanto a los impactos en el patrimonio cultural, se acoge la posición del SEA, en razón de que los interesados no han argumentado sobre posibles afectaciones. Por lo que se acoge parcialmente lo planteado por el órgano y se excluye del análisis las materias contenidas en el literal f) del art. 11 de la ley N°19.300.
- c) Respecto a la evaluación de impactos sinérgicos
- xiii. Que, el propósito de la evaluación ambiental es determinar si los impactos de un determinado proyecto o actividad se ajustan a la normativa ambiental, según el art. 8 de la Ley 19.300, y que, en los casos de los proyectos que deban evaluarse por DIA, es necesario proporcionar antecedentes suficientes para descartar los efectos del art. 11 de la misma ley, considerando la condición ambiental más desfavorable, lo que

incluye la ejecución conjunta de otros proyectos en las cercanías del mismo.

- xiv. Que, no es válido el argumento de que la evaluación integral no pudo llevarse a cabo porque los demás proyectos (otros centros de cultivos) no contaban con RCA vigente; dicha exigencia no es razonable, ya que, dada la tramitación simultánea de los proyectos, malamente pudo existir una RCA de los demás proyectos al momento de realizar la evaluación del Proyecto reclamado en autos.
- xv. Que, de acuerdo a jurisprudencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causas Rol N°R-16-2021 (acumulada R-17-2021) y R-6-2022 (acumulada R-7-2022), se ha establecido que es deber del SEA Regional el hacer exigible la evaluación de los efectos sinérgicos que puede existir entre diversos proyectos, sobre todo en aquellos que tienen la misma tipología y presentan similares características y localización. Además, estando el SEA en conocimiento de los proyectos que admite a trámite por medio del SEIA, debe tener la capacidad de atender al cúmulo de información y advertir aquellos proyectos que compartan características de relevancia ambiental, con el fin de poder detectar oportunamente los impactos sinérgicos que se puedan producir.
- xvi. Que, en cuanto al análisis de los impactos sinérgicos, no existió una adecuada evaluación del impacto acumulativo derivado de la coincidencia entre las superficies que abarcan las áreas de influencia de los proyectos que se consideran similares (diversos centros de cultivo). En este orden, SEA Regional debió requerir la evaluación de los impactos derivados de la actividad de navegación de los proyectos que se encuentran bajo la misma tipología y ubicación próxima.
- xvii. Que, por otra parte, en la evaluación ambiental, se detectan deficiencias en la determinación del área de influencia del medio marino, pues hay una incorrecta interpretación de los datos provenientes de la literatura citada al efecto por el Titular. En este orden, se considera lo planteado en la Guía para la Descripción del Área de Influencia (SEA, 2017), en donde se dice que la determinación de un área de influencia debe realizarse para cada elemento del medio ambiente que puedan ser receptores de un impacto, en su condición más desfavorable y debe dar cuenta del tipo de superficie, ya sea terrestre, aérea o acuática, desde donde se obtendrá la información necesaria para predecir y evaluar aquellos impactos al medio ambiente. Por todo esto, la definición del área de influencia no es adecuada, pues se establece con base en un valor considerablemente más alto a aquel reportado en la literatura como susceptible de afectar el medio marino.

- xviii. Que, por tanto, no se evaluó íntegramente el impacto del Proyecto, por ende, se acoge parcialmente la alegación de los Reclamantes, toda vez que la omisión de esta evaluación de impactos sinérgicos implica un impedimento para verificar la compatibilidad del Proyecto con los objetivos de protección de la RNK.
 - xix. Que, en consecuencia, el SEA debió exigir la evaluación de los eventuales impactos sinérgicos que se generen al considerar la ejecución conjunta del Proyecto con otros centros de engorda de salmones, sobre los cuales podría haber una superposición, al menos parcial, de las respectivas áreas de influencia.
- d) Respecto a la compatibilidad del Proyecto con los objetivos de protección de la Reserva Nacional Kawésqar
- xx. Que, está permitido el desarrollo de actividades de acuicultura en las zonas marítimas de Reservas Nacionales y Forestales, según el artículo 158 LGPA; y, conforme los Dictámenes N° 83.278 y E121877, ambos emitidos por la Contraloría General de la República.
 - xxi. Que, el Decreto N°6 del año 2018 del Ministerio de Bienes Nacionales, que crea al Parque Nacional Kawésqar, y la Reserva Nacional Kawésqar, indica que debe obtenerse la aprobación de un Plan de Manejo, dentro de un plazo de 18 meses a contar de la total tramitación del decreto. El Plan de Manejo, no ha sido dictado hasta la fecha por la CONAF, por lo que no es posible recurrir a ese instrumento. El incumplimiento de lo anterior, es determinante para evaluar la compatibilidad de la ejecución del Proyecto respecto a la RNK.
 - xxii. Que, el área de influencia del Proyecto no ha sido adecuadamente evaluada, en el sentido de que no hay una apropiada evaluación de los potenciales impactos sinérgicos que se podrían generar con otros proyectos que se encuentran en el área aledaña. Esta indeterminación es relevante desde la perspectiva de los impactos reconocidos en el Decreto N°6 del año 2018.
 - xxiii. Que, en consecuencia, no existen antecedentes suficientes para determinar la compatibilidad del Proyecto con los objetivos mencionados en el Decreto N°6/2018, así como también hay falta de antecedentes para determinar la existencia de los efectos, características, y circunstancias de las letras b) y d) del art. 11 de la Ley 19.300.
- e) Respecto a la realización del proceso de consulta indígena, reuniones con los GGHHPII y proceso PAC
- xxiv. Que, el Proyecto efectivamente provoca externalidades negativas, las cuales fueron reconocidos por el Titular, además de que no se ha acreditado la presencia de grupos humanos en el área de influencia que

se verían afectadas, toda vez que el Informe Antropológico acompañado en la Adenda Complementaria no registra la presencia de grupos actuales, así como tampoco se ha acreditado su presencia por parte de los Reclamantes.

- xxv. Que, el área de influencia no está correctamente delimitada, por lo que las externalidades negativas, que, si bien se entiende que existen, no pueden evaluarse en concreto. Esta falta de delimitación impide determinar la procedencia del proceso de participación ciudadana.
 - xxvi. Que, respecto a la participación de comunidades indígenas, la falta de delimitación del área impide que el Tribunal estime o no procedente el proceso de consulta indígena, ya que, no existe certeza respecto de cuáles son los grupos indígenas próximos que deberían ser considerados en dicho proceso, por lo que no es posible pronunciarse sobre si debe considerarse al pueblo kawésqar en la consulta o no.
- f) Respecto al ingreso del Proyecto al SEIA por vía de un EIA
- xxvii. Que, no se emitió un pronunciamiento respecto a esta materia, por innecesario; sin embargo, a pesar de haber ingresado el Proyecto por medio de una DIA, no es atendible la alegación del SEA de no ser procedente la evaluación de impactos sinérgicos, esto porque la misma es necesaria para poder descartar los efectos del art. 11 de la Ley N°19.300.

En definitiva, el Tribunal acogió parcialmente las reclamaciones judiciales, pues consideró que no se realizó la evaluación de impactos sinérgicos, lo que impidió verificar la compatibilidad del Proyecto con los objetivos de protección de la Reserva Nacional Kawésqar. En consecuencia, se dejó sin efecto tanto la Resolución Reclamada como la RCA del Proyecto.

5. Normas jurídicas aplicadas para la resolución del asunto

[Convenio N°169 Organización Internacional del Trabajo](#) [art. 6]

[Ley N° 20.600](#) [art. 17 N°8, 18 N°7, 20, 25, 27, 29 y 30]

[Ley N°19.880](#) [art. 21 y 53]

[Ley N° 19.300](#) [art. 10, 11 y 30]

[Ley N°18.892](#) [art. 67 y 158]

[Reglamento Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental](#) [art. 86 y 94]

6. Palabras claves

Impactos sinérgicos, territorio ancestral, reserva nacional, parque nacional, proceso de consulta indígena, valor turístico, valor paisajístico, interés legítimo, legitimación activa, vías de navegación, medio marítimo, evaluación

integral, impactos adversos significativos, rutas de navegación, reuniones con grupos humanos indígenas, proceso de participación ciudadana, desviación procesal.