

EN LO PRINCIPAL: RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA. **EN EL PRIMER OTROSI:** EN SUBSIDIO RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO. **EN EL SEGUNDO OTROSI:** SE TENGA PRESENTE.

**ILUSTRISIMO TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL
DE VALDIVIA**

JAIME MORAGA CARRASCO, Abogado, por la demandante en autos caratulados *Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue con Empresa Eléctrica Caren S.A.*, Rol D-15-2019 a US.I. respetuosamente digo:

Deduzco Recurso de Casación en la Forma en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha 26 de Junio de 2020 y notificada a esta parte el día 27 mismo mes, en virtud de la cual US.I. Resolvió rechazar en todas sus partes la demanda de autos.

Fundo el Recurso en los siguientes antecedentes de hecho y de Derecho:

CAUSALES EN QUE SE FUNDA EL RECURSO.

Al efecto hago presente que en el momento mismo de dictación de la sentencia Definitiva se ha incurrido en las causales de Casación prevista en los artículos 26 inciso 4° de la Ley 20.600 en relación al artículo 25 de la misma ley y artículo 170 del Código de Procedimiento Civil

Al efecto el artículo 26 inciso 4° de la Ley 20.600 establece que :

Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en el inciso anterior, procederá el recurso de casación en la forma, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, sólo por las causales de los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo. Asimismo, procederá este recurso cuando en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley; cuando o la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

SENTENCIA DICTADA CON INFRACCIÓN A LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 20.600 POR INFRACCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA.

La sentencia incurre en la causal de casación prevista en el artículo 26 inciso 4° y 25 de la Ley N° y 20.600, esto es la infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

En efecto la apreciación de los medios de prueba documentales presentados por la demandante de las declaraciones de los testigos de la demandada, acta de inspección del tribunal, prueba confesional se ha ejecutado con prescindencia de los estándares mínimos que rigen la apreciación de la prueba en los procedimientos jurisdiccionales ambientales.

Cabe hacer presente que como han sostenido reiteradamente la jurisprudencia y doctrina, la norma del artículo 26 de la Ley N° 20.600 para tener por configurada la causal de nulidad formal que consagra, requiere que haya existido una "infracción

manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”.

Es en este contexto que se debe señalar que la norma en comento estableció que se configura el vicio cuando la infracción es manifiesta, esto es, cuando es patente la vulneración de las normas de la sana crítica en el proceso ponderativo. De lo anterior, se colige que para estar en presencia de dicha causal la apreciación de los sentenciadores debe ser de características que impliquen ir abiertamente en contra de los parámetros que proporcionan las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. (Excma Corte Suprema Rol N° 47.890— 2016.)

La regla, conocida como “máximas de la experiencia”, se refiere a “un criterio objetivo, interpersonal o social (...) que son patrimonio del grupo social (...) de la psicología, de la física y de otras ciencias experimentales (Devis Echandia, Hernando, “Teoría General de la Prueba Judicial”, Edit. Zavalia, Buenos aires, 1981, T. I, p. 336).

En la especie, controlar la valoración de la prueba implica comprobar si el razonamiento jurídico del juez se ha adecuado a las reglas que impone el sistema de sana crítica. Ello fuerza a revisar la manera o forma en que se han ponderado las pruebas, más no el material fáctico de la ponderación. No se revisan los hechos, sino la aplicación del derecho, en cuanto establece la forma de ponderar, labor que ha de hacerse sin llegar a valorar la prueba misma.

En el presente caso 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 dichos principios.

REGLAS DE LA LÓGICA.

Es en este contexto que se debe señalar que la norma en comento estableció que se configura el vicio cuando la infracción es manifiesta, esto es, cuando es patente la vulneración de las normas de la sana crítica en el proceso ponderativo.

De lo anterior, se colige que para estar en presencia de dicha causal la apreciación de los sentenciadores debe ser de características que impliquen ir abiertamente en contra de los parámetros que proporcionan las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

La primera son las llamadas “reglas de la lógica”. Forman parte de ella la regla de la identidad, por la cual se asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra; la regla de la no contradicción, por la que se entiende que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones, como ser falsa o verdadera, al mismo tiempo; la regla del tercero excluido, la cual establece que entre dos proposiciones en la cual una afirma y otra niega, una de ellas debe ser verdadera; y, la regla de la razón suficiente, por la cual cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente.

FORMAS QUE SE PRODUCE EL VICIO DENUNCIADO.

Hago presente a US.I. que en el proceso de ponderación de la prueba el tribunal ha infringido los principios de las reglas de la lógica en la determinación de la existencia y características del denominado Sitio Arqueológico Caren Alto 1, la afectación de mismo

por la demandada y la relación etno religiosa de los demandantes que les habilitan para ejercer la acción.

En efecto 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 ejecutada por la empresa demandada sobre el mismo.

A) EXISTENCIA Y DELIMITACIÓN DEL SITIO ARQUEOLÓGICO CAREN ALTO UNO.

Es del caso señalar a US. Que la misma 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 IX Región de La Araucanía, existe un sitio arqueológico denominado Sitio Arqueológico Caren Alto 1. Sobre el particular la sentencia impugnada hace referencia a los siguientes antecedentes documentales.

1. A fs. 31 y ss., carta SUST/40, de 1° de julio de 2014, remitida por la Demandada al Consejo de Monumentos Nacionales -en adelante, «CMN»-, junto con el «Informe Ejecutivo de Sondeos de Caracterización Arqueológica Sitio Caren Alto 1».
2. A fs. 65 y ss., carta SUST/56, de 19 de noviembre de 2014, remitida por la Demandada al CMN, junto con el «Informe Ejecutivo de Rescate Arqueológico Sitio Caren Alto 1, Proyecto Central de Pasada CarilafquénMalalcahuello».
3. A fs. 143 y ss., «Informe de Hallazgos de Monitoreo Arqueológico, Proyecto “Central de Pasada Carilafquén Malalcahuello”», de Andrea Ponce Laval y Viviana Ambos Aros, de Mayo de 2014. d) A fs. 158 y ss., Resolución Exenta -en adelante «Res. Ex.» N° 145, de 2 de julio de 2018, dictada por la extinta Comisión Regional del Medio Ambiente -en adelante «Corema»- de La Araucanía, que califica ambientalmente favorable el Proyecto «Central de Pasada Carilafquén-Malalcahuello».
4. A fs. 178 y ss., Res. Ex. N° 77/2014, de 5 de marzo de 2014, dictada por la Comisión de Evaluación de Proyectos de la Región de la Araucanía, que califica ambientalmente favorable la Declaración de Impacto Ambiental -en adelante «DIA»- del proyecto «Modificación Central de Pasada CarilafquénMalalcahuello».
5. A fs. 277 y ss., Res. Ex. N° 132, de 16 de abril de 2014, dictada por el Servicio de Evaluación Ambiental -en adelante «SEA»- de La Araucanía, que refunde la Res. Ex. N° 145/2008 y la Res. Ex. N° 77/2014.
6. A fs. 335 y ss., Res. Ex. N° 506, de 29 de agosto de 2017, dictada por la Dirección General de Aguas -en adelante «DGA»- de La Araucanía.
7. A fs. 341 y ss., Res. Ex. N° 2.749, de 25 de octubre de 2018, dictada por la DGA
8. A fs. 347 y ss., Ord. N° 000124/15, de 19 de enero de 2015, remitido por el CMN a la Empresa Eléctrica Carén S.A.
9. A fs. 349 y ss., Ord. N° 004528/14, de 12 de diciembre de 2014, remitido por el CMN a la Empresa Eléctrica Carén S.A. k) A fs. 352 y ss., copia de correo

electrónico, de fecha 29 de agosto de 2019, remitido por el CMN al Sr. Jaime Moraga Carrasco.

10. A fs. 354 y ss., Res. Ex. N° 111/2012, de 8 de agosto de 2012, dictada por la Comisión de Evaluación de Proyectos de la Región de La Araucanía.
11. A fs. 356 y ss., carta y consulta de pertinencia presentada por la Empresa Eléctrica Carén, de diciembre Fojas 2163 dos mil ciento sesenta y tres REPÚBLICA DE CHILE TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL de 2018, con relación al proyecto de cambio de tuberías de aducción de la Central Carilafquén-Malalcahuello.
12. A fs. 422 y ss., Res. Ex. N° 13 sobre consulta de pertinencia, de 8 de enero de 2019, dictada por el SEA de La Araucanía. p) A fs. 427 y ss., certificado electrónico de personalidad jurídica de la Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue, emitido por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena -en adelante «Conadi»-
13. A fs. 547 y ss., carta SUST/63, de 22 de diciembre de 2014, dirigida por la Demandada al CMN, junto con el «Informe de Cierre Perimetral Sitio Carén Alto 1 y otros requerimientos contenidos en el Ord. N°4528/14 del CMN».
14. A fs. 553 y ss., «Informe de Hallazgos de Monitoreo Arqueológico, Proyecto “Central de Pasada CarilafquénMalalcahuello”», de Andrea Ponce Laval y Viviana Ambos Aros, de Mayo de 2014.
15. A fs. 565 y ss., carta SUST/45, de 19 de agosto de 2014, dirigida por la Demandada al CMN, junto con una serie de documentos relacionados con la solicitud de rescate del Sitio Arqueológico.
16. A fs. 583 y ss., carta SUST/40, de 1° de julio de 2014, dirigida por la Demandada al CMN, junto con el «Informe Ejecutivo de Sondeos de Caracterización Arqueológica Sitio Caren Alto 1». Este documento es idéntico al que ya había acompañado a fs. 31 y ss., y a fs. 473 y ss.

A mayor abundamiento, la sentencia hace referencia expresa al resultado de una diligencia de Inspección Personal del Tribunal efectuada con fecha 14 de Octubre de 2019, la cual consta a fojas 711 de autos, y en ella según consta del mismo texto del acta levantada, la Ministro que ejecutó la diligencia señaló que se había 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.”

Posteriormente en el considerando cuadragésimo sexto de la sentencia el Tribunal 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 sino que además el denominado “Buffer de Protección” que como área protegidas se agrega al area original definida por

el consejo de Monumentos Nacionales, reconociendo que la extensión del mismo es de **“30 metros” mas allá de la extensión original.**

Así el considerando CUADRAGÉSIMO SEXTO. Expresa.

“Tras este análisis, el Tribunal concluye 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). Asimismo, concluye 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, L 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 (Figura 4)

Como Us. Puede apreciar la infracción a la regla de la lógica de la identidad, por la cual se asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra, es por mas evidente en cuanto se señala como premisa que existe un área original del sitio arqueológico y que además en relación a esta coexiste un área mayor denominada Buffer de Protección extendida en 30 metros por todo el perímetro y seguidamente la misma sentencia reconoce que la mayor intervención con excavaciones de gran magnitud como señalan se ha ejecutado por la demandada dentro de los 28 metros del perimetro del sitio.

Si el acta de inspección reconoce que existe intervención a 28 metros del perímetro sin considerar un buffer de protección (la sentencia distingue los conceptos de perímetro y area de buffer) y posteriormente la misma sentencia establece un buffer de 30 metros de protección adicional al perímetro ,la conclusión de no existir obras en el sitio arqueológico Caren alto uno pierde todo sustento ya que la sentencia considera válidas ambas conclusiones opuestas.

FORMA EN QUE EL VICIO INFLUYE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO.

De haberse respetado armónicamente el principio de la identidad contenido del acta de inspección personal y la parte de la sentencia que reconoce la existencia de un buffer adicional de 30 metros, la sentencia debió haber acogido la demanda por cuanto no habría sido emitida la conclusión de que las excavaciones no afectaban el conjunto del sitio arqueológico con protección estatal.

B)EXISTENCIA DE AFECTACIÓN DEL SITIO ARQUEOLÓGICO CAREN ALTO UNO.-

En base a los mismos argumentos la sentencia recurrida infringe **el principio de la lógica de la razón suficiente** 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.

Cabe señalar que en el considerando Cuadragésimo Noveno, la sentencia recurrida señala

CUADRAGÉSIMO NOVENO .En virtud de todo lo razonado precedentemente, el Tribunal concluye 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, por lo que las alegaciones de la Demandada, en este aspecto, no pueden ser acogidas.

Dicha conclusión no tiene justificación si el tribunal se hubiera ceñido al contenido del acta de inspección y al considerando CUADRAGÉSIMO SEXTO que reconocía intervención con excavaciones dentro de los 28 metros del Buffer de protección.

FORMA QUE EL VICIO INFLUYE EN EL FALLO

De haberse respetado el principio de la razón suficiente, no se habría rechazado la demanda por la no afectación del sitio arqueológico ya que el sustento fáctico a que hace referencia el considerando cuadragésimo sexto al reconocer la intervención por excavaciones dentro de los 28 metros del sitio, conducía a la única conclusión de que en este Acápite la demanda debía necesariamente ser acogida .

C) TITULARIDAD DE LA DEMANDANTE PARA EJERCER LA ACCION

En efecto, la sentencia rechaza la demanda infringiendo el principio de la razón suficiente indicando que la demandante carece de legitimidad activa para la interposición de la acción de reparación de daño ambiental.

El razonamiento del tribunal se pretende fundar en el considerando número Sexagésimo octavo en una ausencia de vinculación religiosa, así se expresa. “

SEXAGÉSIMO OCTAVO. Sin perjuicio de lo anterior, y solo a mayor abundamiento de lo ya dispuesto, cabe señalar que la Demandante tampoco logró 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.

US.I. dicha conclusión es contradictoria con lo sostenido con otros considerandos, en especial aquel que hace referencia a la acreditación de la existencia legal de la entidad demandante conforme a las normas de la Ley 19.253

Así la propia sentencia considera entre los elementos probatorios examinados el siguiente:

Certificado electrónico de personalidad jurídica, emitido por la Conadi respecto a la Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue (fs. 427). El documento se tendrá como original por contener la firma electrónica avanzada del Director Nacional de Conadi, Sr. Ignacio Malig Meza. Este antecedente da cuenta que la referida Comunidad se encuentra legalmente constituida desde el 23 de mayo de 1994 y tiene su personalidad jurídica vigente. Asimismo, dispone la integración de su directorio, el que expira el 12 de septiembre de 2022. El Tribunal lo ponderará en su mérito y en contraste con las otras probanzas consideradas pertinentes, en consideración al punto N° 1 del auto de prueba.

25) Registro audiovisual de ceremonia Nguillatun celebrada por los integrantes de la Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue en el Sitio Arqueológico, conforme lo indicó la Demandante (fs. 433). Si bien el video no aparece fechado

ni georreferenciado, y tampoco se adjunta documento notarial alguno que pudiera dar fe de la fecha y el lugar y, sin que la Demandante haya señalado el punto de prueba al que presentó tales imágenes ni su finalidad, el Tribunal, de su mera observación, en contraste con la inspección personal, lo considerará en los puntos N° 1 y N° 2 del auto de prueba.

Asimismo el tribunal reconoce la existencia de al menos una ceremonia de carácter religioso ejecutado por los integrantes de la entidad demandante el 14 de Septiembre de 2019.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO. Un segundo daño alegado por la Demandante, consistiría en la alteración de un Eltun Pehuenche, bajo las mismas circunstancias indicadas respecto de la alegación de daño al Sitio Arqueológico. Para fundamentar su alegación, la única probanza pertinente que presentó, consiste en el registro audiovisual de una ceremonia Nguillatun celebrada el 14 de septiembre de 2019 .

En este acápite también existe infracción a la regla de la lógica de la identidad, por la cual se asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra.

No es posible que por un lado la sentencia 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.

Lo que el tribunal concluye fuera de toda lógica es que es la vecindad en el sector lo que determina el vínculo religioso cultural , ello junto con desconocer el derecho a la manifestación libre religiosa, llevaría a al conclusión absurda que si se dañara un sitio protegido por el Monumento de Bienes Nacionales como la Catedral de Santiago, solo 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.

FORMA EN QUE LA INFRACCIÓN INFLUYE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO.-

De no haberse incurrido en esta infracción a las leyes de la lógica la demanda no debió rechazar la calidad de parte activa y titular de derechos de la demandante.

INFRACCIÓN DE LAS REGLAS DE LA LÓGICA

Aplicando correctamente los principios de la lógica el resultado en el análisis de la prueba debió ser el siguiente:

- a) Regla de la identidad, por la cual se asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra: Existiendo una delimitación extensiva del sitio arqueológico que comprende según la misma sentencia la delimitación en coordenadas geográficas original establecida por el Consejo de Monumentos Nacionales y un Buffer de Protección de 30 metros adicional a dicho perímetro, no puede concluirse que las excavaciones dentro de los 28 metros estaban fuera del ámbito de protección del sitio y que no le afectaban.
- b) Regla de la no contradicción, por la que se entiende que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones, como ser falsa o verdadera. En el presente caso señalando el tribunal que existe un buffer de protección de 30 metros no puede

simultáneamente indicar que las mayores obras de excavación ejecutadas en los 28 metros interiores no están en el área del sitio arqueológico.

c) Regla de la razón suficiente, por la cual cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente.

En el presente caso no existe razón para dar por no acreditada la existencia de la intervención cuando los mismos argumentos de la sentencia señalan lo contrario, ni para rechazar el carácter de titular activo de la entidad demandante.

FORMA EN QUE EL VICIO AFECTA EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO.

De haberse dado estricto cumplimiento a las reglas de la lógica que rigen el proceso de valoración de la prueba en el sistema de sana crítica que consagra el artículo 35 de la Ley 20.600 debió darse por acreditada la existencia de la afectación, la titularidad y daño ambiental significativo en el área protegida por el Sitio Arqueológico Caren Alto 1.

POR TANTO

De acuerdo con lo expuesto y en virtud de lo dispuesto en los artículos 26 inciso 4° de la Ley 20.600 relación al artículo 25 y 35 de la misma ley, artículo 2 letra e) de la LGMA y artículo 170 y 768 y ss. del Código de Procedimiento Civil

RUEGO A US. Tener por interpuesto Recurso de Casación en la Forma en contra de la sentencia Definitiva de fecha 26 de Junio de 2020, que rechazó la demanda de autos, concederlo para ante la Excma. Corte Suprema a fin de que esta actuando conforme a Derecho revoque la resolución recurrida por haberse incurrido en las causales previstas en los artículos 26 inciso 4° de la Ley 20.600 en relación al artículo 25 y 35 de la misma ley y artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y causar dichos vicios un perjuicio a esta parte solo reparable con la declaración de nulidad.

PRIMER OTROSI: JAIME MORAGA CARRASCO, Abogado, por la demandante en autos caratulados *Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue con Empresa Eléctrica Caren S.A.* rol D-15 2019, a US.I. respetuosamente digo:

En subsidio y para el caso improbable de que no se acogiere el recurso de Casación en la Forma deducido en lo principal. Interpongo Recurso de Casación en el Fondo en contra de la Sentencia definitiva dictada en autos con fecha 26 de junio de 2020 y notificada a esta parte con fecha 27 del mismo mes.

Fundo el Recurso en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

El presente Recurso de Casación se funda en la causal establecida en el artículo **767 del Código de Procedimiento Civil, esto es haberse pronunciado la sentencia recurrida con infracción de ley y esta infracción ha influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.**

CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Consta en autos que la COMUNIDAD INDÍGENA PAINETRU SAHUELHUE, R.U.T. 65.440.750-0, de la comuna de Melipeuco, en la Región de la Araucanía, interpuso demanda de responsabilidad por daño ambiental en contra de EMPRESA ELÉCTRICA CARÉN S.A, debido a que esta causó 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 -en adelante

«el Sitio Arqueológico»-. Con el objeto de que fuera condenada 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 -en adelante «EIA»- y se dé cumplimiento a lo establecido en los arts. 28 y 29 de la Ley N° 19.253 y en el art. 14 del D.S. N° 392 de 1993, del Ministerio de Planificación y Cooperación;

INFRACCIÓN DE LEY.

Habida consideración los argumentos expuestos en la demanda resulta evidente entonces que en la dictación de la sentencia definitiva recurrida, el tribunal de la instancia incurrió en infracciones legales que se analizan a continuación

INFRACCIÓN LEYES REGULADORAS DE LA PRUEBA.

Al efecto cabe señalar Tanto la doctrina como la Jurisprudencia han reconocido que la infracción a las normas reguladoras de la prueba, es causal de recurso de casación en el fondo. A esta conclusión se llega, en primer lugar, porque dichas normas no han sido exceptuadas como causal, de manera que no existe norma expresa que las excluya. Además, al tenor de lo establecido en el artículo 22 inciso segundo del Código Civil, que establece el principio sistemático de interpretación legal, se puede recurrir válidamente a las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal, en el que la infracción de estas normas está expresamente reconocida como causal del recurso. Así, el artículo 546 de dicho cuerpo legal señala que “la aplicación errónea de la ley penal que autoriza el recurso de casación en el fondo, sólo podrá consistir: 7° En haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”. El recurso de casación en materia penal está regulado de manera mucho más estricta que en materia civil, y si en dicho ámbito es procedente para el caso de infracción a este tipo de normas, no existe razón lógica para no reconocer el mismo criterio en el derecho civil

Así lo ha señalado la Corte Suprema en distintos fallos (Sentencia 26 de Septiembre de 1907, R.D.J., T. 5, secc. 1ª, pág.1; y sentencia 25 de Octubre de 1927, R.D.J., T. 25, secc. 1ª, pág.448; 8 de Septiembre de 1933, R.D.J., T. 41, secc.1ª, pág.12; 13 de Mayo 1937, R.D.J., T. 34, secc.1ª, pág.253; 4 de Noviembre de 1944, R.D.J., T.42, secc. 1ª, pág.372.) señalando en definitiva que para que la infracción a las normas reguladoras de la prueba haga procedente el recurso de casación en el fondo, es necesario que exista un error de derecho concerniente a la prueba que influya substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

En el mismo sentido la Corte, por sentencia de fecha 29 de Enero de 1998, señaló que “... sólo tienen el carácter de leyes reguladoras de la prueba aquellas normas fundamentales impuestas por la ley a los sentenciadores y que importan prohibiciones o limitacionespor lo que las únicas situaciones en que se pueden infringir tales normas, son las de invertir el peso de la prueba, aceptar un medio que la ley rechaza o desestimar alguno que la ley autorice y alterar el valor probatorio de los distintos medios o elementos de convicción producidos en el proceso”.(R.D.J., secc. 1ª, T.XCV N°1, pág. 8.)

el artículo 2° de la Ley General sobre Bases del Medio Ambiente , lo señalado en el artículo 52 de la misma ley, lo señalado en el acápite 3 a9 del Reglamento SEIA y lo establecido en diversos artículos del Código de Aguas en especial lo establecido en los artículos 295 y y D.S. N.º 50 del Ministerio de obras Públicas.

CONFIGURACIÓN DEL VICIO EN LA SENTENCIA RECURRIDA.

Es del caso señalar a US. Que en la sentencia recurrida se ha incurrido en la causal de infringir las normas de la prueba al “ *aceptar un medio que la ley rechace*” y *desestimar alguno que la ley auzorize*, esto en relación a la prueba confesional rendida en autos.

En efecto, consta en autos que la parte demandante solicitó la rendición de prueba confesional del gerente general de la empresa demandada en atención a la regulación que al efecto establece el artículo 46 de la Ley 20.600 norma que prescribe:

Artículo 41.- Oportunidad para pedir la declaración y efectos de la misma. La declaración de la parte contraria la debe pedir el interesado en su demanda o contestación, según corresponda. Ella tendrá lugar en la audiencia indicada en el artículo 37, sobre la base de las preguntas formuladas oralmente por quien pidió la diligencia, las que se referirán a los hechos y circunstancias del proceso. En caso de oposición, resolverá el Tribunal. Si quien debe contestar no comparece se tendrán por reconocidos los hechos que se le atribuyeren en la demanda o en la contestación, según corresponda.

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.

Así el artículo 49 establece:

Art. 49. Las sociedades anónimas tendrán uno o más gerentes designados por el directorio, el que les fijará sus atribuciones y deberes, pudiendo sustituirlos a su arbitrio.

Al gerente o gerente general en su caso, corresponderá la representación judicial de la sociedad, estando legalmente investido de las facultades establecidas en ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, y tendrá derecho a voz en las reuniones de directorio, respondiendo con los miembros de él de todos los acuerdos perjudiciales para la sociedad y los accionistas, cuando no constare su opinión contraria en el acta.

El cargo de gerente es incompatible con el de presidente, auditor o contador de la sociedad y en las sociedades anónimas abiertas, también con el de directo

De la norma transcrita 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.

Es del caso señalar a US. 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.

FORMA EN QUE INFLUYE EL VICIO EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO.

Como US. puede apreciar al admitir de oficio el tribunal la declaración del Presidente del Directorio y no del gerente infringió las normas legales expresas del artículo 49 de la Ley de Sociedades anónimas Y consecuentemente implico ya sea por una parte admitir un medio de prueba no autorizado por la ley y por otra parte simultáneamente rechazar un medio de prueba autorizado como era la declaración del gerente.

De no haberse incurrido en el vicio e infracción a las normas legales citadas, ante la no presentación del Gerente General, el tribunal debió aceptar la demanda por cuanto de conformidad al texto del artículo 41 de la Ley 20.600 “ *Si quien debe contestar no comparece se tendrán por reconocidos los hechos que se le atribuyeren en la demanda.*”

INFRACCIÓN NORMAS SOBRE TITULARIDAD DE LA ACCION.

Hago presente a US. Que el Tribunal al rechazar la demanda sobre la base de una supuesta ausencia de titularidad de la demandante infringió lo dispuesto en el artículo 54 de la ley 19.300 en cuanto dicha norma expresa:

Artículo 54.- Son titulares de la acción ambiental señalada en el artículo anterior, y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Para los efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se presume que las municipalidades y el Estado tienen interés actual en los resultados del juicio

Como se infiere de la norma citada la titularidad corresponde a “ las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio.”

La sentencia recurrida niega la existencia de una vinculación religiosa de los demandantes , desconociendo el sentimiento y manifestación efectiva de dicha religiosidad en relación a los bienes culturales que son objeto d ella protección estatal arqueológica cultural, asi rechaza la demanda contraviniendo sus derechos religiosos.

En el presente caso la demandante es una persona jurídica regulada por la ley 19.253 en su carácter de Comunidad Indígena y con los derechos que en materia de religiosidad como parte de su cultura reconoce dicha norma en relación al pueblo indígena.

Asi el Titulo IV de dicha norma denominada De la Cultura y Educación Indígena en al párrafo Del Reconocimiento , respeto y protección de las culturas indígenas señala que son objeto de protección: *f) La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena*

Por su parte infringe lo establecido en la Ley 19.638 Artículo que en su artículo primer señala que 1º. El Estado garantiza la libertad religiosa y de culto en los términos de la Constitución Política de la República., en su artículo 2º que 2º. Ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas

invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley. Y en su artículo 3° que . El Estado garantiza que las personas desarrollen libremente sus actividades religiosas y la libertad de las iglesias, confesiones y entidades religiosas

El respeto a la religiosidad indígena se encuentra también protegido por convenios internacionales, que la sentencia infringe.

A) La **Convención Americana de Derechos Humanos que** precisa los contenidos del derecho a la libertad de conciencia y de religión en su artículo 12, en los siguientes términos:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual y colectivamente, tanto en público como en privado

B) A su vez, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas**, en su artículo 18, precisa:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y las enseñanzas"

c) Sin perjuicio de ello, la **Constitución chilena** en su artículo 19 N° 6, asegura a las personas:

"La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público".

En el presente caso la titularidad de la acción ambiental por un daño cultural ambiental implica reconocer el interés en juego es uno de titularidad colectiva y difusa y que al mismo tiempo integra la esfera de cada individuo al concretarse como uno de sus derechos fundamentales (artículo 19. N° 8 CPol.). Esta titularidad especial explica que la Ley confiera primeramente el ejercicio de la acción ambiental a las personas naturales y jurídicas, de derecho público o privado que hayan sufrido el daño ambiental; acción que se ejercitaría en beneficio propio y también de la colectividad toda afectada por el accidente ambiental.

La afectación incide en las creencias religiosas de los demandantes, que el tribunal no puede entrar a calificar en su validez o extensión por ser parte de un derecho esencial garantizado a cada persona y el daño denunciado afecta bienes de carácter cultural que interesan a toda la humanidad en su preservación y en especial a las manifestaciones religiosas de los pueblos originarios, mas aun cuando existe en autos testimonios de ceremonias religiosas realizadas en el lugar afectado.

Como la Excma Corte suprema ha señalado " Séptimo. Que, al respecto el Tribunal se ha pronunciado señalando que "[] considerando que la responsabilidad por daño ambiental es una de las instituciones jurídicas más relevantes del sistema de protección

del medio ambiente de la Ley N° 19.300, la determinación del verdadero sentido y alcance de la expresión “hayan sufrido el daño o perjuicio” -requisito para ser legitimado activo en la acción de reparación del daño-, exige un ejercicio interpretativo en línea con la función que cumple esta institución del derecho ambiental. La protección y reparación del medio ambiente redunda en un beneficio a la sociedad en su conjunto y no sólo al que ha sufrido el daño ambiental. De ahí que una interpretación finalista se imponga como la más adecuada dentro del conjunto de herramientas hermenéuticas, de modo de dotar de contenido a las palabras de la ley, con el objetivo de lograr un equilibrio entre los bienes públicos y privados en juego”(Sentencia Rol D N° 2- 2013, considerando octavo).

FORMA EN QUE LOS ERRORES DE DERECHO INFLUYEN EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO.

Los errores de derecho ya expuestos influyen de la siguiente forma en lo dispositivo del fallo por cuanto. De no haberse admitido la declaración del Presidente del directorio quien no tenía facultades legales, se habría necesariamente haber tenido como reconocida en la sentencia los hechos aseverados categóricamente en la demanda, esto es la existencia del daño ambiental, la responsabilidad da la demandada por lo que la demanda debía necesariamente ser acogida.

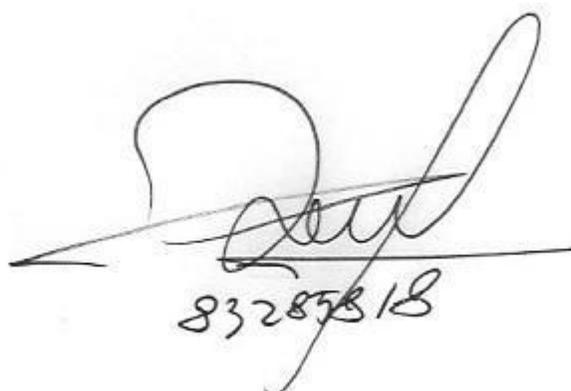
Asimismo de haberse aceptado la titularidad activa de la demandante por su afectación cultural religiosa, la demanda debió también ser acogida.

POR TANTO

De acuerdo con lo expuesto y en virtud de lo dispuesto en las normas ya citadas, , Ley 19.253 19.300, artículo 24 de la Ley 20.600 , 767 y ss del Código de Procedimiento Civil.

RUEGO A US.I. tener por interpuesto en forma subsidiaria Recurso de Casación en el Fondo en contra de la Sentencia de fecha 26 de Junio de 2020 , notificada a esta parte con fecha 27 del mismo mes , concederlo para ante la Excm. Corte Suprema, a fin de que esta actuando conforme a derecho revoque la resolución recurrida por haberse incurrido en infracción de ley y seguidamente proceda acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, a dictar sobre la cuestión materia del juicio que haya sido objeto del recurso, la sentencia que crea conforme a la ley y al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido, declarando en definitiva que se revoca la sentencia recurrida y se acoge la demanda en todas sus partes.

SEGUNDO OTROSÍ: Ruego a US.I. tener presente que en mi calidad de Abogado Habilitado para el ejercicio de la profesión sumo el patrocinio de los presentes Recurso de Casación en la Forma y en el Fondo.



83285318