

Talca, veintisiete de noviembre de dos mil nueve.

Visto y Considerando:

Primero: Que a fojas 1, se presenta doña Gabriela Alfaro, abogado, quien interpone recurso de protección en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la VII Región del Maule, representada por su Presidente don Fernando Coloma Amaro, Intendente de la Región.

Expone que el jueves 30 de octubre de 2008, la recurrida, servicio público con competencia en materia ambiental, aprobaron el estudio de impacto ambiental del Proyecto Central Termoeléctrica Los Robles, que estará situada frente al Faro Carranza, entre Constitución y Chanco. Señala que se producirán graves daños ambientales que afectan aspectos como:

1. La proximidad de esta Central a la zona donde se pretende construir, existen viviendas aledañas, encontrándose cerca de Costa Blanca, Papirua, Pellines, las Cañas y Río Santana, empeorando la calidad de vida de las personas de la comuna y de los recursos marinos, fuente de trabajo de un sector importante de pescadores artesanales de Pellines y Maguillines de la comuna de Constitución.

2. Captación de agua marina para el enfriamiento de las calderas,

destruirá la vida microscópica que existe en el mar, como plancton, huevos y larvas de peces, mariscos y crustáceos. Los efluentes serán cantidades de agua estéril devueltos al mar y con un considerable aumento de temperatura perjudicial para la vida marina y los recursos del sector pesquero.

3. Las grandes chimeneas de estas plantas por sobre los 100 metros de altura emitirán altos índices de gases contaminantes, como dióxido de azufre, óxido de nitrógeno y otros, todos tóxicos y nocivos que contribuyen al calentamiento global y ponen en riesgo la salud de las personas de por vida.

Agrega que estudios mundiales han comprobado los efectos dañinos a la salud pública atribuidos principalmente al dióxido de azufre en las personas, entre ellos, deterioro del rendimiento físico aún en personas sanas, irritación ocular, opacamiento de la córnea, dificultad para respirar, disminución del flujo de aire e inflamación de las vías respiratorias, disminución de la resistencia a las infecciones del aparato respiratorio, alteraciones psíquicas, incremento de las enfermedades respiratorias como la bronquitis crónica, asma, bronco espasmos en asmáticos, paro cardíaco, colapso circulatorio, aumento de la incidencia de cáncer pulmonar, reducción en la expectativa de vida, aumento en los índices de morbilidad y mortalidad.

4. Manifiesta que el óxido nitrógeno y el dióxido de azufre, originados en primera línea por las centrales termoeléctricas a carbón, al combinarse con la humedad del aire o el agua de las precipitaciones, forman parte de la llamada "lluvia ácida".

5. La acidez del agua no se diferencia a simple vista de una lluvia simple, pero posee un carácter altamente corrosivo, afectando a edificios y construcciones por su exposición prolongada. Sin embargo

los daños más severos serán producidos al ambiente y el medio natural, poniendo en peligro principalmente los recursos marinos, las plantaciones forestales, flora y fauna autóctona de la zona, cultivos agrícolas del sector rural destinados al consumo humano y el desarrollo turístico de la zona.

6. Indica que el sector del faro Carranza, se verá afectado por el impacto visual de las dos unidades de la planta, con torres superiores a los 100 metros. Por efectos de la lluvia ácida se verá afectada la producción agrícola por lesiones de las plantas, acidez del agua, perturbación de los aspectos fisiológicos y bioquímicos de la fotosíntesis, disminución del crecimiento de verduras.

7. Señala que no ofrecen aporte económico a la población local, siendo uno de los puntos más débiles en materia social, ni económicos, ni ambientales, los puestos de trabajo sólo se desarrollarán durante el proceso de construcción por 3 ó 4 años.

8. Las empresas generadoras de electricidad Ende sa y Colbún, no han mencionado los altos costos ambientales y sociales producto de las externalidades que generan este tipo de plantas eléctricas. Estudios comprueban que la valoración de los costos de pérdidas en conceptos de salud y productividad son considerables, ya sea a nivel local (contaminación al área urbana ?industrial), regional (lluvia o deposición ácida) y global (cambio climático).

9. Las plantas eléctricas utilizarán carbón que este tipo de combustibles es altamente contaminante.

Expone que la entrada en vigencia del Protocolo de Kioto, suscrito por Chile, puso de manifiesto cómo las ambientales han adquirido importancia universal.

Indica que se puede concluir que el concepto de medio ambiente libre de contaminación es de la mayor amplitud, así lo ha entendido el legislador al integrar en un mismo concepto, asuntos de la naturaleza y los socioculturales y ligarlo en forma inseparable a la vía y salud de las personas.

Es amplio también en el sentido que no es necesario que el daño se produzca, dado que es suficiente que constituya un riesgo para la salud de las personas o para la naturaleza misma, hecho que ocurre con esta presentación.

Manifiesta que el actuar de la COREMA es contrario a derecho por ilegal y arbitraria, ilegal porque vulnera el espíritu y la letra de la propia ley N°19.300, y el objetivo y finalidad que le otorga a la COREMA. Arbitraria, porque ha sido adoptada con abuso de la discrecionalidad administrativa que entrega la ley, reflejada en actuaciones caprichosas efectuadas al margen del espíritu del que la Ley dio a este organismo.

Discrecionalidad de la autoridad para autorizar el estudio tiene como limitación el respeto a la ley y a la Constitución, es decir en ningún caso puede permitir pasar a llevar las garantías constitucionales ni las leyes que regulan dichas garantías.

Manifiesta que el acto ilegal y arbitrario amenaza y perturba en el legítimo ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a preservar la naturaleza y el derecho a la vida de la recurrente y de todos los habitantes.

Solicita se ampare al recurrente en el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales a la vida y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, declarándose que la COREMA ha incurrido en un acto ilegal y arbitrario al aprobar el estudio de impacto ambiental del Proyecto Central Termoeléctrica Los Robles, debiéndose dejar sin efecto la referida autorización administrativa, mientras no se evalúen

técnicamente lo daños ambientalmente, efectos que dicha actividad generará en la salud pública y el medio ambiente de los habitantes de Constitución mediante técnicos y profesionales de salud y medioambiente que aseguren a la comuna; los organismos del estado, instituciones correspondientes y la Municipalidad de Constitución mediante la Comisión del Medio Ambiente, otorguen todos ellos los certificados correspondientes y se asegure que no se producirán a corto y largo plazo los daños señalados en los nueve puntos reseñados en el presente recurso, solicitando se deje sin efecto la autorización otorgada por la Corema de 30 de octubre de 2008, con costas.

Segundo: Que a fojas 81, informando don Fernando Coloma Amaro, Intendente de la Región del Maule, Presidente de la COREMA de la VII Región del Maule, solicita el rechazo del recurso en todas sus partes, señalando como primera cuestión que el estudio de impacto ambiental fue presentado por su titular al sistema de evaluación de Impacto Ambiental el 8 de octubre de 2007 y durante el procedimiento llevado a cabo se expidieron 3 informes Consolidados de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones, con sus respectivas Adendas, culminando dicho proceso con la dictación de la Resolución de Calificación Ambiental Exenta N°214 de 4 de de diciembre de 2008 en cuya virtud la Comisión Regional del Medio Ambiente, Región del Maule, ejecutó el acuerdo mediante el cual se calificó favorablemente el E.I.A. del proyecto.

El proyecto se emplazará en el sector de Punta Pacoco, comuna de Constitución, provincia de Talca y consiste en la instalación y operación de una central termoeléctrica equipada con tecnología de combustión de carbón pulverizado, de última generación, la que tendrá una potencia bruta aproximada de 750 MW. La energía generada, será entregada al sistema interconectado central.

La tecnología seleccionada permitirá minimizar las emisiones de contaminantes a la atmósfera, por ello contará con una planta desulfuradora de gases para el abatimiento del dióxido de azufre, filtros para retener el Material Particulado y un sistema de quemadores de baja producción de Óxidos de Nitrógeno.

El proyecto incluye la construcción y operación de un puerto para la descarga de carbón, su diseño incorpora un rompeolas que asegura alta disponibilidad de sus operaciones a lo largo del año y la instalación de un depósito para el manejo y disposición final de las cenizas producidas por el proceso de combustión de la caldera.

Durante el proceso de EIA del proyecto se formularon una serie de observaciones y pronunciamientos de los órganos de la administración del estado, materializados en la expedición de innumerables oficios que singulariza, relacionados con el EIA, el informe de respuestas a los 3 Consolidados de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones al EIA.

Luego de todos estos pronunciamientos y de la elaboración del correspondiente Informe Consolidado de la Evaluación, documentos considerados todos al momento de resolverse la calificación del Proyecto Central Termoeléctrica Los Robles, se verificó la sesión de la COREMA de la VII Región del Maule de 30 de octubre de 2008 y cuyo acuerdo fue ejecutado mediante la Resolución exenta N°214.

I. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA RECURRENTE.

Omisión que se genera por dos razones fundamentales:

a) Porque a la recurrente no le asiste un derecho subjetivo que pueda encontrarse en algún grado de afectación.

Del texto del artículo 20 de la CPR se infiere que debe existir un sujeto pasivo de la acción de agravio, que detenta el derecho conculcado o amenazado y, que normalmente, es quien ocurre a la instancia jurisdiccional solicitando la impetración de medidas cautelares respectivas.

De lo anterior, se desprende que el recurso de protección no es una acción popular ?en la que no se exige interés o derecho efectivamente conculcado- y que, por consiguiente, se requiere de una precisión de quiénes y cómo serían las personas afectadas en sus derechos en forma puntual, cierta y precisa, que no sucede en el caso de la recurrente señora Castro.

Señala que encontrarse legitimado en un proceso supone tener una situación personal que le permita contar con una expectativa cierta a la sentencia, lo cual indica por qué la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión.

Indica que debe determinarse perfectamente al recurrente. Se concede el derecho a recurrir a quien es directamente perjudicado con el acto que atenta a una garantía constitucional, resulta indiscutible que quien actúa en representación de otro, deberá expresar en forma precisa y determinada a nombre de quién o quiénes interpone el recurso.

b. Inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa en consideración a que la recurrente no utilizó las vías administrativas que consagra la Ley N°19.300 y su reglamento. El recurso de protección es de última ratio.

Consta en el expediente administrativo que doña Gabriela Castro no formuló observaciones dentro del procedimiento de EIA en el contexto de la participación ciudadana.

En este sentido no agotó las herramientas que la ley le franqueaba en la instancia administrativa, previo a activar la vía jurisdiccional. Este criterio ha sido acogido por los tribunales superiores de justicia.

Siendo la protección un recurso de última ratio, no se compadece con no ejercer la posibilidad de reclamar en otra sede de los supuestos agravios, a través de

los mecanismos administrativos de reclamación, lo que implica no recurrir a la sede jurisdiccional, cuando se tengan fases y remedios administrativos no utilizados o pendientes.

II.IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN INTENTADA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA RECURRIDA.

Los términos en que se dedujo el recurso de protección contemplan dos vicios determinantes para el establecimiento de la improcedencia de la acción en contra de quienes erróneamente se recurre:

a) Esta acción constitucional se dirige ?en contra de la COREMA DE LA REGION DEL MAULE.

Ello es jurídicamente improcedente debido a que como se explicara, la COREMA, órgano que integra la CONAMA, no tiene personalidad jurídica y, en consecuencia, carece de representante legal ni tampoco su presidente tiene poder para representarla.

La Ley N° 19.300, estableció un Servicio Público descentralizado, y dentro de éste, órganos desconcentrados territorialmente y órganos en los que radicó competencias específicas, pero, en todo caso, sin atribuirles personalidad jurídica independiente de la Institución de que forman Parte.

Las Comisiones Regionales del Medio Ambiente son órganos desconcentrados territorialmente respecto del servicio público, persona jurídica, que es la CONAMA.

Conforme a lo señalado es la Comisión ?Nacional? del Medio Ambiente, quien tiene personalidad jurídica, no sus órganos desconcentrados que carecen de ella. Asimismo, por no tener personalidad jurídica no pueden tener patrimonio ni ser representados legalmente.

b) Se notifica y se considera al intendente como representante de la comisión de la COREMA por tener la calidad de presidente de ella.

Considerando la naturaleza de la función de Presidente de la COREMA que no comprende la representación legal de ésta, por cuanto dicha comisión no tiene personalidad jurídica propia y forma parte de un órgano que si tiene personalidad jurídica y representación legal que corresponde al Director Ejecutivo, la acción debió haber sido perpetrada en contra de la CONAMA y se debió haber notificado como su representante legal a su Director Ejecutivo.

III.EL RECURSO DEDUCIDO ES IMPROCEDENTE POR QUE EXCEDE EL ÁMBITO PROPIO DE ESTA GARANTIA CONSTITUCIONAL.

1. Porque el recurso deducido importa el planteamiento de una hipótesis técnica no demostrada y, cuya demostración, no es una materia propia de un recurso de protección.

No se señala por lo recurrente qué normas ambientales y sanitarias serian las infringidas y de qué modo específico que produciría tal vulneración.

Asimismo, durante el cuerpo del recurso indica que se generaran una

multiplicidad de consecuencias tales como lluvia acida, afectación en la producción agrícola, efecto en la salud de las personas, etc., sin perjuicio de lo anterior, la demostración de las hipótesis planteadas por la recurrente no es una materia propia de un recurso de protección. Claramente no compete a este Ilustrísimo Tribunal, en conocimiento de una acción como la de la especie, entrar a dirimir cual de las hipótesis técnicas es valedera, menos cuando una de ellas, en este caso la de la recurrente, se afirma en su sola aserción.

Por lo demás, la actuación de la recurrida se ha ajustado absolutamente a las disposiciones vigentes sobre la materia.

2. Porque se pretende, por su ejercicio, intervenir en competencias que sean determinado como propias de la administración activa.

Lo que se pretende por lo recurrente es que S.Sa. Itma. Intervenga en materias que la ley ha radicado directamente, y en forma exclusiva y excluyente, en la CONAMA.

Así, claramente, limita el ejercicio de la acción constitucional de protección el que se pretenda por esta vía variar una calificación ambiental efectuada por el órgano competente, o, discutir los aspectos técnicos de la calificación ambiental, por ser tales materias, competencias exclusivas y excluyentes de la administración activa.

IV. EL ACTO IMPUGNADO NO TIENE APTITUD PARA AGRAVIAR LAS GARANTIAS CONSTITUCIONAL ES INVOCADAS. AUSENCIA DE RELACION DE CAUSALIDAD.

La Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema ha tenido oportunidad de reiterar, en un fallo que puede considerarse definitivo, en cuanto zanja la discusión respecto de la si las resoluciones de calificación ambiental generan o no agravio a los derechos constitucionalmente protegidos. La sentencia cesa la discusión en

sentido negativo: la resolución de calificación ambiental ¿no puede producir efectos dañosos?, y, por lo mismo, un recurso de protección que se deduce alegando agravio por una de dichas resoluciones no puede ser acogido.

Lo anterior implica, como por demás aparece evidente de los antecedentes, que no exista relación causal entre el acto impugnado en autos y el agravio a los derechos constitucionales que invoca la recurrente. Ello es evidente, y por lo mismo, la recurrente en vez de exponer los fundamentos acerca de la forma como la resolución impugnada afecta sus derechos constitucionales, el grado en que ello ocurre y el señalamiento de las pruebas en que se apoya para sostener lo que ocurrirá en el futuro, objeta una presunta ilegalidad y arbitrariedad de la autoridad ambiental al dictar un acto administrativo interpretando de manera errada la normativa ambiental.

V. PRESUNTAS ILEGALIDADES Y ARBITRARIEDADES.

Lo sustentado por la recurrente es improcedente y así seguramente será declarado por el tribunal ello por las siguientes razones:

1. El concepto de contaminación

El recto sentido de la locución constitucional ¿libre de contaminación? es y no puede ser sino de alcance moderado, imponiéndose para ello dentro de las conductas contaminantes la diferenciación entre aquellas compatibles con el bien jurídico asegurado por la constitución, de aquellas que en cambio no lo son.

En el ordenamiento jurídico ambiental nacional, en especial del precepto Constitucional del Art. 19 N° 8, es posible destacar dos ideas centrales:

a) Que la Constitución no garantiza a nadie el derecho a vivir en un

medio ambiente exento de toda contaminación, al extremo de llegar hasta a paralizar toda actividad humana y a comprometer el ejercicio de los demás derechos, y

b) Que, en estrecha vinculación con lo anterior, la Ley 19.300 no consagra ningún impedimento absoluto o rechazo a priori para determinados proyectos o actividades, porque se parte del supuesto que todos, sin excepción, algún efecto o grado de influencia habrán de provocar en el entorno.

Materialización de las consideraciones expuestas precedentemente, es que el Art. 10 de la ley 19.300 señala aquellos proyectos o actividades que deben someterse precisamente, a un proceso previo de evaluación del impacto ambiental que van a causar.

Por ello, al examinar el impacto ambiental que provocará un proyecto o actividad ha de preferirse, en primer lugar, la adopción de aquellas medidas que tiendan a eliminar o a atenuar sus efectos adversos, haciéndolos compatibles con el derecho del Art. 19 N° 8 de la Constitución. Solo por excepción, cuando dicha compatibilidad no se pueda producir, porque procederá su rechazo.

No se vislumbra como el actuar de la Comisión regional del Medio Ambiente puede ser calificada de ilegal, puesto que se actuó en ejercicio de una competencia legal para determinar la conformidad de un proyecto con la normativa de carácter ambiental y menos se puede considerar que la dictación de la correspondiente resolución de calificación ambiental cause o genere contaminación.

2. Los conceptos de Ilegalidad y Arbitrariedad. Su exclusión en el caso bajo examen.

El procedimiento respectivo está exento de todo reproche de ilegalidad de los formal y, en cuanto al fondo se han aplicado correctamente todas las normas ambientales respectivas, no existiendo vulneración a norma de emisión ni de calidad alguna.

Por otro lado, de manera alguna puede atribuirse voluntariedad, capricho o falta de razonabilidad a la resolución que se impugna. S.Sa. Iltma. Podrá ver los fundamentos de la resolución, su razonamiento lógico, la apreciación de los antecedentes, etc. También podrá ver en el expediente administrativo los antecedentes que fundan la resolución y el acabado análisis que se hizo de los mismos.

3. Errónea interpretación de las normas supuestamente infringidas por la recurrida. Especialidad de las normas que regulan el SEIA.

El medio ambiente tiene un estatuto Constitucional propio, básicamente al reconocerse el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación; al establecer los deberes al Estado en materia ambiental; y al consagrar explícitamente la posibilidad de que por vía legislativa se impongan restricciones específicas, como también de obligaciones y limitaciones al derecho de propiedad como parte de su función social.

La resolución de calificación ambiental es un acto administrativo terminal que se pronuncia sobre la viabilidad ambiental de un proyecto o actividad, y la autoridad al momento de resolver debe calificar el proyecto teniendo siempre presente su deber primigenio de tutela y protección del medio ambiente, adoptando todas las medidas que permitan impedir o minimizar los efectos significativamente adversos del proyecto, básicamente cuando se trata de un EIA.

Dictada la resolución de calificación ambiental, esta debe ser notificada al titular del proyecto y a las personas que cumpliendo las exigencias establecidas en la ley, hubieran presentado observaciones al respectivo EIA, como también a las autoridades administrativas con competencia para resolver sobre el proyecto.

La resolución de calificación ambiental no otorga derechos adquiridos ni impone obligaciones a terceros y es solamente una autorización de funcionamiento, con contenido ambiental. A través de ella no se confieren derechos sobre bienes privados ni públicos, sobre bienes de terceros, ni se autoriza a proceder sin obtener las demás autorizaciones que el ordenamiento jurídico contempla.

La resolución de Calificación Ambiental no tiene aptitud para plantear expropiaciones, constituir servidumbre o generar gravámenes sobre bienes de dominio público o privado.

Por lo anterior es que el Art. 24, Inciso 2 de la ley 19.300 dispone que si la resolución es favorable certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación y restauración, no pudiendo ningún organismo del estado negar las autorizaciones pertinentes. Y por el contrario, si, en cambio, la resolución es desfavorable estas autoridades quedaran obligadas a denegar las correspondientes autorizaciones o permisos, en razón de su IA, aunque se satisfaga los demás requisitos legales.

4. Asimismo no concurren los presupuestos de tratarse de una omisión ilegal (para el caso del Art.19 N°8), o de una omisiones ilegal o arbitraria (para los demás derechos del Art. 20) y que hace, el especie, improcedente el recurso de protección.

Consecuentemente se ha resuelto que el recurso de protección requiere de los siguientes presupuestos o requisitos copulativos de

admisión:

a) Acción u omisión ilegal o arbitraria (o solo ilegal en el caso del Art. 19 N°8)

b) Privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho Constitucional del Art. 20

c) Relación de causa a efecto entre la acción u omisión ilegal o arbitraria y el agravio al derecho fundamental en forma en que este ultimo pueda considerarse como la consecuencia o resultado de aquel comportamiento anti jurídico.

5. No existe omisión jurídicamente imputable a la COREMA.

Pero es que, tratándose que al derecho aludido (19 N° 8) la omisión, de existir, cuyo no es el caso imputable jurídicamente ha de ser solo ilegal, excluyéndose de su ámbito la arbitrariedad.

VI. MATERIAS CUESTIONADAS POR EL RECURSO. PRETENDIDAS ILEGALIDADES.

Cabe señalar que no puede configurarse ilegalidad alguna por la legítima actuación administrativa de la recurrida, sean en su aspecto normativo formal o en sustantivo.

En fundamento d

e la recurrente es que, a su juicio, se vulneraría ?el espíritu y la letra de la propia ley de medio ambiente, su reglamento y diversas leyes ambientales y sanitarias?.

Estas aseveraciones corresponden a una percepción subjetiva y sin asidero técnico. Justamente, la evaluación ambiental tiene por objeto efectuar un análisis objetivo, fundado del proyecto a fin de certificar que no se producirá contaminación y que se cumplirá con la normativa de carácter ambiental.

Así, es del caso exponer que, respecto a las emisiones atmosféricas, el proyecto considera la implementación de quemadores diseñados para generar bajos niveles de óxidos de nitrógeno, para eso se utilizaran quemadores angenciales de manera de lograr una combustión a temperatura relativamente baja y que los gases producidos por la combustión, conjuntamente con las cenizas volantes, sean conducidos al precipitador electroestático para la captura de material particulado y luego los gases libres de partículas serán recibidos por el desulfurizador para reducir las concentraciones. Los gases resultantes serán conducidos a la chimenea donde se descargan directamente a la atmósfera.

Las cenizas más pesadas caerán al fondo del hogar desde donde serán extraídas mediante un sistema seco y luego transportadas mediante camiones al depósito de residuos de combustión localizado al interior del predio que, el combustible será descargado en el puerto mediante grúas. Asimismo las medidas para evitar la caída del carbón al mar consisten en la implementación de una tolva de recepción con plancha para evitar derrames y el uso de manteletas o piso carpa durante todo el proceso de descarga, así, el carbón que hubiese caído a piso del muelle es recuperado mediante el barrido y aspirado con maquinaria y llevado a la cancha de carbón, por tanto no habrá derrames al mar.

Señala que se adoptarán una serie de medidas para mitigar las emisiones en la etapa de construcción, de operación disponiéndose en la misma resolución de CA, un plan de medidas de mitigación, reparación y compensación para las etapas de construcción y operación.

Igualmente se estableció un plan de seguimiento donde el titular voluntariamente se ha comprometido a la instalación de dos estaciones de monitoreo continuo para contaminantes primarios. Estas estaciones estarán conectadas on line con la Seremi de Salud del Maule.

De la descripción del proyecto, es evidente que el impacto por las emisiones atmosféricas ha sido detallada y adecuadamente abordado en la evaluación ambiental, concluyéndose que las alegaciones efectuadas por la recurrente son infundadas y no consideran lo resuelto por la COREMA se funda en los pronunciamientos técnicos emitidos por los órganos del Estado con competencia ambiental.

Cabe señalar que respecto al medio marino se analizó que, si bien en la zona donde está el área de manejo de recursos bentónicos de la caleta de Pellines, se producirá un diferencial de temperatura que considerándose que se presentan las peores condiciones, será de 1,8° C en el límite sur del área de manejo, valores de exceso que disminuye en caso un 50% al considerar velocidades de corrientes cercanas a 15cm / s, lo cual de acuerdo a la Guía CONAMA indica que la calidad del agua será clase 1: muy buena calidad y que esta calidad de agua es apta para la conservaciones de comunidades acuáticas para la desalinización de agua para consumo humano y de mas usos definidos. Para advenir a esta conclusión de considero los pronunciamientos de la dirección de territorio marítimo y mercante, SERNAPESCA y SUBPESCA.

VII. PRESUNTA AFECTACION DE DERECHOS

CONSTITUCIONALES.

1. En cuanto al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación la recurrente determina a priori una serie de consecuencias sobre los componentes del medio ambiente, las que se derivarían del proyecto respecto del cual se dictó el acto recurrido, sin acreditarlas, situación que no podrá ser modificadas dada la naturaleza jurídica de dicho acto.

Por otra parte en cuanto al derecho Constitucional, debe recordarse que en el texto fundamental aprobado como Art. 19 N° 8, se eliminó la expresión "libre de toda contaminación" y se la sustituyó por "libre de contaminación", por estimarse la imposibilidad de que no exista contaminación alguna.

Agrega que el profesor José Luis Cea, ha señalado que el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación fue concebido con un sentido de alcance relativo y no absoluto, es decir, en términos de un ambiente sano, que permita desarrollar la vida humana en condiciones normales, excluyéndose por imposible la pretensión de reconocerlo y tutelarlos al extremo de gozar de un medio libre de toda contaminación. El derecho aludido es, por consiguiente, compatible con aquellos niveles de contaminación ambiental que, además, de insuperables o inevitables no sean peligrosos para el ser humano.

Luego, el recto sentido de la locución "libre de contaminación" es de alcance moderado, imponiéndose para ello dentro de las conductas contaminantes la diferenciación entre aquellas compatibles con el bien jurídico asegurado por la Constitución y aquellas que no lo son.

Concluye afirmando que la Carta Fundamental no consagra el derecho a vivir en un medio exento de toda contaminación. Lo que ella asegura es solo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de aquella nociva

para la vida o la salud de hombre, como asimismo dañina para el ecosistema en que él desenvuelve normalmente su existencia. Hay, por ende, conductas que contaminan, y que sin embargo, no infringen el derecho asegurando por la Constitución.

Sobre la base de lo expuesto estima que la acción de protección debe ser rechazada por las siguientes razones:

1. Por ser inadmisibles, atendida la falta de legitimación activa de la recurrente.
2. Por ser improcedente, dada la carencia de legitimación pasiva de la recurrida
3. Porque el acto impugnado no está revestido de aptitud para agravar los derechos constitucionales invocados faltando por consiguiente la necesaria relación causal
4. Por ser el recurso improcedente al exceder el ámbito que es propia de esta garantía constitucional.
5. Por no existir ilegalidad ni arbitrariedad alguna en el proceder de la recurrida
6. Por darse una errónea interpretación respecto de las normas que gobiernan el SIEA.

Solicita se rechace en todas sus partes el recurso de protección deducido en contra de la COREMA, por carecer de fundamentos tanto en los hechos como en el derecho; por no existir acto ilegal ni arbitrario que, además incidan en los derechos aducidos por la contraria y en consecuencia rechazar la medida de protección solicitada con costas.

A fojas 26, rola oficio de la secretaria de la COREMA región del Maule quien informa respecto de la integración de dicho organismo, normativa aplicable al procedimiento de evaluación y calificación ambiental. En proyecto de autos dicha calificación ambiental fue acordada con forme al conocimiento técnico otorgado por un proceso de evaluación legalmente incoado y en que los órganos del Estado con competencia ambiental otorgaron sus correspondientes pronunciamientos.

Tercero: Que a fojas 47, informa don Hugo Tillería Torres, Alcalde de la Municipalidad de Constitución y en su representación, expone que la Municipalidad mediante Ordinario N° 1048/21 de 31 de diciembre de 2007, se pronunció sobre Oficio N° 945/07 que le fuere remitido por solicitud de Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Central Termoeléctrica Los Robles, informando que revisado el estudio se formulaban las observaciones que allí indicaban y que se dividieron en tres puntos:

I. Observaciones propiamente municipales (31)

II. Observaciones indicadas por personas naturales y/o representantes de organizaciones comunales, se incluyeron las observaciones formuladas por la Señora Guadalupe Muñoz (6), Osvaldo Fuentes (5), Carlos Zúñiga (14).

III. Observaciones de la Dirección de Obras Municipales (12).

Respecto de la Adenda N° 1 se formulan 30 observaciones, respecto de la Adenda N° 2 se formulan 19 observaciones.

En cuanto a las medidas adoptadas a la fecha en relación al proyecto Termo Eléctrica Los Robles con fecha 10 de Noviembre de 2008 en sesión extraordinaria del Honorable Consejo, se acordó aprobar la conformación de una comisión del medio ambiente integrada por los miembros del comité por acción del medio ambiente, acordándose que el asesor jurídico municipal participe en un equipo jurídico que apoyara a la comisiones del medio ambiente creada, con el objeto de participar, analizar los informes generados por expertos y adoptar todas las medidas conducentes a resguardar en debida forma la vida salud y protección al medio ambiente, de todos los habitantes de la comuna de Constitución.

Acompaña copia de los antecedentes que respaldan su informe.

A fojas 50, informando don Hugo Tillería Torres, Presidente de la Agrupación Maulinos por la Vida señala en la ciudad de Constitución se ha formado una agrupación en forma espontánea cuyo objetivo es proteger el derecho a la vida y el medio ambiente para velar y garantizar los derechos eventualmente vulnerados con el acuerdo adoptado por la COREMA Regional. Está agrupación a decidido formar una comisión técnica para e estudiar los aspectos ambientales y eventuales perjuicios a la salud y el medio ambiente, como también eventuales derechos de las caletas de pescadores del sector del proyecto en cuestión y que están amenazados además de existir innumerables naufragios de interés arqueológico y patrimonial que deben ser protegidos. El sector es rico desde el punto de vista paleontológico y debe ser protegido por monumentos nacionales siendo por el solo ministerio de la ley objeto de protección. En base a lo señalado se tendrá un pronunciamiento en el más breve plazo, atendido que la resolución no ha sido dictada por la COREMA. Esta agrupación no tiene un pronunciamiento total y acabado del tema, ya que las comisiones no han evacuado los informes definitivos.

A fojas 243 se agregó Acta de Inspección personal realizada al sitio donde se emplazaría la Planta Termoeléctrica , concurriéndose además a la Caleta de Loanco, constatando que las distancias, ruralidad y baja densidad poblacional, salvo las ubicadas en las Caletas de Pellines y Loanco, corresponde a lo señalado por las partes en sus distintas presentaciones.

Cuarto: Que a fojas 64, se hace parte don Mario Galindo Villarroel, Abogado, en representación de AES GENER S.A., en calidad de tercero coadyuvante de la COREMA, atendido que tiene un interés actual en el resultado del juicio dado que es titular del proyecto y de los derechos que emanan de Resolución Exenta N° 214 de 4 de Diciembre de 2008, pronunciada por la COREMA Región del Maule.

- Su interés en manifiesto pues al cuestionar la referida resolución, se cuestiona y compromete su derecho a desarrollar una actividad económica lícita.

- Se cuestionan los derechos que emanan de un acto administrativo emitido legítimamente y que su representada ha incorporado a su patrimonio.

- Se compromete su patrimonio tanto por el cuestionamiento que se hace a las autorizaciones y derechos referidos, como por los costos en que ha debido incurrir en la elaboración de un completo EIA y en su tramitación administrativa, haciendo presente las siguientes consideraciones al momento de resolver acerca de la acción deducida:

- 1.-La recurrente doña Gabriela Castro, sostiene que al aprobarse el referido EIA por parte de la COREMA se producen graves daños

ambienta les sobre diversos aspectos tales como viviendas aledañas, captación de aguas marinas, grandes chimeneas que emitirán altos índices de gases contaminantes, generación de lluvia ácida, impactos visuales.

Como medida de protección solicita que deje sin efecto aprobación ambiental mientras no se evalúe técnicamente los daños ambientales que dicha actividad generará en la salud pública y en el medio ambiente d

e los habitantes de Constitución y otras localidades que indica.

Expresa que el recurso se basa en una serie de aseveraciones y juicio infundados todos derivados de un simple temor o desconfianza en el sistema de EIA y que el recurso no cumple con los requisitos mínimos para que pueda prosperar.

A continuación refiere una serie de consideraciones relativas a:

- El proyecto Central Termoeléctrica Los Robles y su evaluación ambiental.

- Ingreso al sistema de EIA
- Elaboración del EIA y su sometimiento a evaluación por parte de los organismos competentes
- Principales aspectos que abarca la EIA
- Evaluación ambiental del proyecto por los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental. Respuesta a las observaciones
- Presentación y observaciones al EIA
- Informe consolidado de observaciones y respuesta mediante Adenda. Manifestaciones de conformidad técnica y nuevas observaciones
- Nuevo informe consolidado de observaciones y respuesta mediante nueva Adenda. Manifestaciones de conformidad técnica y nuevas

observaciones

- Nuevo informe consolidado de observaciones y respuesta mediante nueva Adenda. Manifestaciones de conformidad técnica
- Informe consolidado de la EIA
- Participación ciudadana
- Aprobación del Proyecto. Establecimiento de medidas de mitigación, compensación y reparación y de un plan de seguimiento

Expone que hay inexistencia de ilegalidad y arbitrariedad

Que concurren causales de improcedencia del recurso deducido que dicen relación con:

a) Naturaleza de la acción de protección de protección deducida

b) Naturaleza del acto administrativo que se impugna

c) Procedimientos de reclamación especiales a que éste se sujeta

Así, recurso de protección deberá de ser rechazado por cuanto:

a) Realiza un cuestionamiento de opinión acerca de materias técnicas que la ley ha radicado directamente en órganos de carácter administrativo

- b) El mismo cuestionamiento técnico fue reclamado por las vías administrativas
- c) Ausencia de carácter agravante en el acto impugnado
- d) Inexistencia de agravio a las garantías constitucionales invocadas

Expone asimismo que el recurso ha sido deducido a favor de personas indeterminadas, sin señalar cuál es el interés personal actualmente comprometido, concreto y directo en función del cual se recurre. Por lo que solicita se rechace el recurso interpuesto, en todas sus partes, con costas.

Quinto: Que corresponde en primer lugar hacerse cargo de la alegación de la recurrida, reiterada por AES GENER, en el sentido que los recurrentes carecerían de legitimación activa por falta de un derecho subjetivo afectado y por no haber ejercido los procedimientos que la Ley 19.300 señala.

Dicha alegación debe desestimarse atendida la circunstancia que el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación beneficia a todas las personas que viven en un determinado lugar, especialmente pescadores y agricultores del entorno que pueden ser afectados por una determinada actividad industrial como la que se analiza a través de este recurso. Los que han recurrido son personas naturales y jurídicas que pueden ver afectado su derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Existe en consecuencia un derecho público colectivo del cual son titulares todas las personas, derecho que permite solicitar su resguardo a través de la presente acción constitucional.

La existencia de otros recursos que establece la propia ley 19.300, no impide utilizar el recurso de protección, como expresamente lo establece el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, por lo que no se aprecia la falta de legitimación activa que reclaman los recurridos, desestimándose igualmente la alegación de haberse excedido el ámbito de esta garantía constitucional.

Sexto: Que en cuanto a la alegación de falta de legitimación pasiva, al haberse dirigido en contra de la COREMA y no de la CONAMA, por no tener aquella la representación jurídica de la autoridad ambiental, sino que ésta y por haberse notificado al Sr. Intendente de la VII Región del Maule, quien no tiene la representación legal de la entidad ambiental, sino que debería haberse notificado al Director Ejecutivo de la CONAMA, ello debe rechazarse, habida consideración que el acto contra el cual se recurre, la Resolución de Calificación Ambiental N° 214-08, fue dictada por la COREMA de la Región del Maule, institución que tiene como su presidente al señor Intendente.

Séptimo: Que el recurso de protección es una acción cautelar de naturaleza constitucional, destinada a verificar el pleno ejercicio de alguno de los derechos garantizados en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, entre los cuales, en su numeral 8, aparece el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Se trata de un procedimiento urgente, ante acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que prive, perturbe o amenace en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que tal acción protege, debe tratarse de derechos indubitados, en que no sea necesario valorar antecedentes probatorios de fondo, propios de juicio de lato conocimiento, o restablecer situaciones fácticas alteradas por acciones de autotutela. Es fundamental en consecuencia la situación de un acto anormal que de manera evidente las vulnere.

Octavo: Que la legislación aplicable en materia medio ambiental se encuentra en la Ley N° 19.300 y en el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental, siendo el procedimiento a cargo de la Comisión Regional del Medio Ambiente, que en base a un Estudio Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes. Concluye con una resolución que califica ambientalmente el proyecto o actividad, que, si es favorable, cuyo es el caso de autos, certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación y restauración, estableciendo cuando corresponda, las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad y aquellas bajo las cuales se otorgarán los permisos que de acuerdo con la legislación deban emitir los organismos del Estado.

Noveno: Que del análisis de la Resolución Exenta N° 214-08, se aprecia que ella da estricto cumplimiento a lo señalado, declarando que el proyecto cumple con la normativa ambiental aplicable, tanto en la forma, como en los tiempos señalados por la ley para ello. Un estudio más en detalle, de todo el proceso, incluido el Estudio de Impacto Ambiental presentado, como de la observaciones de los distintos organismos públicos que deben participar en la evaluación y las respectivas Adendas, entregadas por la empresa solicitante, permite apreciar que las dichas observaciones fueron acogidas y tomadas en consideración por la Empresa y una vez que el Informe Consolidado no tuvo observaciones, fue sometido a la consideración de la COREMA Regional, siendo aprobado por unanimidad.

Es decir, formalmente, el Estudio de Impacto Ambiental, su proceso de evaluación y aprobación y por tanto la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N° 214.2008, cumple con la normativa legal ambiental, no presentando defectos formales que le puedan ser reprochados o que afecte su legalidad. Tampoco se aprecia arbitrariedad en el Actuar de la COREMA VII Región, desde el

momento que se cumplieron todos los pasos que la Ley Ambiental exige, dando los diversos servicios públicos participantes, explicación sobre la razón de su decisión.

Décimo: Que sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener presente que varios de los recurrentes en esta causa, como de los Roles en vista conjunta, hicieron uso del derecho de reclamación contemplado en el artículo 29 de la Ley N° 19.300, el que procede en caso de que no hubieren sido debidamente ponderadas en los fundamentos de la resolución, las observaciones formuladas por las organizaciones ciudadanas y personas naturales directamente afectadas durante el respectivo período de participación ciudadana.

Las reclamaciones formuladas, según se puede apreciar, son las mismas que los recurrentes han hecho valer a través de los distintos recursos de protección que se analizan. Dicen relación en algunos casos con el procedimiento de evaluación; con la vida útil del Proyecto; con el depósito de cenizas; con la contaminación producto del carbón; en relación a la fase de cierre; sobre el cumplimiento de la normativa ambiental; con los motivos legales para someterse al SEIA a través de un EIA; sobre las aves y mamíferos marinos; respecto a la salud humana; en relación a la salmuera sobre el medio marino; sobre los elementos naturales y artificiales que componen el patrimonio histórico y cultural y respecto al plan de medidas de mitigación y reparación y/o compensación.

Tales reclamaciones fueron acogidas a tramitación por la CONAMA y previo los procedimientos administrativos correspondientes, fueron resueltas por Resolución Exenta N° 3.949/2009 de 08 de julio de 2009 de dicha repartición pública, la que se agregó al proceso como medida para mejor resolver.

La mencionada resolución acogió varias de las observaciones

efectuadas por los reclamantes, especialmente las realizadas por don José Ignacio Pinochet Olave, por la Federación de Sindicatos de Pescadores Artesanales de la Región del Maule, por don Cristián Alcalde Santibáñez en representación del Sindicato de Trabajadores Independientes Pescadores Artesanales, Buzos, Mariscadores, Algüeros, Acuicultores y Actividades Conexas de la Caleta de Loanco, del Sindicato de Trabajadores Independientes Pescadores Artesanales, Buzos, Mariscadores y Algüeros de Pellines, de Constitución y del Sindicato N° 2 de Pescadores Artesanales, Acuicultores de Orilla de Loanco efectuando diversas ponderaciones y complementaciones a la Resolución N° 214-08 de la COREMA, señalando en lo resolutivo 6 que dichas ponderaciones y complementos, no afectan la calificación ambiental favorable del Proyecto.

Entre otras y sólo para efectos de apreciar la importancia de la Resolución 3.949-2009 de la CONAMA, es posible destacar: 1.- Obligación de la empresa para presentar un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental respecto de un nuevo depósito para la Cancha de Acopio de Cenizas; 2.- Necesidad de implementación de dos procedimientos para evitar la caída de carbón al mar, las que detalla in extenso; 3.- Implementación de proyecto paisajístico que ayude a integrar la infraestructura con el medio natural y las medidas de mitigación al respecto; 4.- Detalle de las medidas de mitigación, reparación y compensación que debe cumplir el Titular del Proyecto, relativas tanto al Aire, Flora y Vegetación Terrestre, Fauna Terrestre, Aspectos Socioculturales, Suelo, Geomorfología, Paisaje y Estética, tanto para la Etapa de Construcción como de Operación, todo debidamente detallado; 5.- Establecimiento de un Plan de Vigilancia Ambiental asociado al medio marino durante las fases de construcción y operación, extendiéndola a toda la vida útil del Proyecto; 6.- Obligación de desarrollar una Auditoría Ambiental Independiente y un conjunto de medidas de mitigación y otras que se aprecian en la mencionada Resolución.

Undécimo: Que, conforme lo señalado precedentemente, la Resolución Exenta 214-08 ha sido dictada de conformidad con la legislación ambiental vigente, sin que exista reproche alguno en cuanto a su legalidad, pero además, las discusiones ambientales de fondo, que en esta Sede no es posible analizar en consideración a la naturaleza del recurso, han sido formuladas a la autoridad correspondiente, haciendo uso de los recursos legales y han sido debidamente considerados y aceptados conforme a las razones científicas y técnicas que en cada caso se señala, desestimándose otras, también en forma fundada.

Así las cosas no se observa ilegalidad ni arbitrariedad en el actuar de la recurrida, no observándose que las garantías constitucionales reclamadas se vean afectadas en la forma que expresan los recurrentes.

Atendido lo expuesto, lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección, se RECHAZA el deducido a fojas 1, por la abogada doña Gabriela Castro Alfaro sin costas del recurso, por haber tenido motivo plausible para recurrir.

Se previene que el Ministro señor Biel, concurre al acuerdo sin compartir lo aseverado en el motivo undécimo del fallo, ya que por el contrario si bien se ha dado cumplimiento formal a la normativa legal ambiental por lo que debe, necesariamente, concluirse que no hay ilegalidad, a su parecer no se agotaron todas las discusiones ambientales de fondo, pudiendo haberse ordenado los estudios que el derecho comparado nos indica, del todo necesarios para mitigar los efectos de la contaminación ambiental, que se producirán de todas maneras, lo que a su entender constituye una arbitrariedad.

Sin embargo esa arbitrariedad no resulta suficiente para acoger el

recurso, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Fundamental, la garantía constitucional contenida en el numeral 8º del artículo 19 de la Constitución es vulnerada y, por ende, motivo de protección, cuando los factores de ilegalidad y de arbitrariedad concurren copulativamente.

Para dar sustento a su prevención, resulta pertinente recordar que la conservación de la naturaleza encierra dos ideas básicas, la de conservar y la de proteger que se complementan, pero que enfatizan dos aspectos distintos.

La protección encierra la acción de los poderes públicos frente a todo aquello que suponga una amenaza a su integridad, y por eso constituye una de las maneras de conservar. Sin embargo la protección es insuficiente sino se contempla la eventualidad de que haya daño, debiendo agregarse a los conceptos ya mencionados, el de recuperación del medio dañado y, mas recientemente, el de mejora de la calidad del medio ambiente, es decir, no basta con conservarlo, no basta con protegerlo, no basta con restaurarlo, sino que debe adelantarse e introducirle mejoras (Medios de Impugnación de las Resoluciones de Calificación ambiental, Memoria de Prueba Universidad de Talca) , lo que este ministro de prevención estima insuficientemente logrado en las fases de estudio.

En la especie para evitar el daño a que se refieren los recurrentes deben, necesariamente, tomarse precauciones, toda vez que la naturaleza dañada es difícil de reponer a su estado original y si el daño no puede evitarse totalmente y el desarrollo del país requiere de la intervención en el medio ambiente (la necesidad de energía eléctrica en nuestro país), deben tomarse medidas para disminuir el daño; el uso del carbón producirá daño, eso se conoce anticipadamente, luego la interrogante a dilucidar es qué medidas deben tomarse para que los daños que se producirán a consecuencia de la contaminación, que son previsibles, se mitiguen.

A esa prevención debe agregarse el principio de cautela, que el mismo memorista citando a los autores McIntyre y Mosedale, en su libro "The precautionary principle as a norm of customary international law?", citados a su vez por el profesor de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Betancor Rodríguez, dicen que la precaución se basa en la vulnerabilidad del ambiente, "las limitaciones de la ciencia para predecir de manera anticipada y con exactitud los daños que puede sufrir el medio ambiente y la posibilidad de alternativas tanto de procesos, como de productos menos dañosos y a esa ausencia de verdad científica, debe ceder paso a la verdad social, es decir cimentada sobre la decisión de los ciudadanos?", por lo que resultaba del todo conveniente agotar el análisis de lo que señala la comunidad, que en este caso, se verá afectada. Cabe señalar que en el Derecho comunitario europeo el principio de precaución o cautela está contenido en el artículo 174.2 del Tratado, lo que ha dado origen a un recurso.

Por último no está demás señalar que los jueces, reunidos en un simposio en la ciudad de Johansburgo, entre el 18 y el 20 de agosto de 2002, acordaron "que los jueces reconocen que la rápida evolución de los acuerdos ambientales multilaterales, las Constituciones y los Estatutos Nacionales relativos a la protección del medio ambiente requiere cada vez en mayor medida que los tribunales interpreten y apliquen los nuevos instrumentos jurídicos de forma coherente con los principios del desarrollo sostenible?".

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Rol 1526-2008 vista conjunta con la 48-2009, 49-2009 y sus acumuladas, roles 53-2009, 54-2009, 72-2009, 73-2009 y 75-2009.
Redacción del Ministro don Vicente Fodich Castillo.

PRONUNCIADA POR EL PRESIDENTE DE LA SEGUNDA SALA,
MINISTRO DON RODRIGO BIEL MELGAREJO, MINISTRO DON
VICENTE FODICH CASTILLO Y FISCAL JUDICIAL DON ÓSCAR
LORCA FERRARO. Talca, veintisiete de noviembre de dos mil nueve.

MARCELA PARADA BESSERER

SECRETARIA (S)

En Talca, a veintisiete de noviembre de dos mil nueve, notifiqué por el estado del día de hoy la resolución precedente.