



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

**EL PLAN DE REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL EN LA LEY  
20.417, ANÁLISIS CRÍTICO Y LECCIONES DESDE EL DERECHO  
COMPARADO**

Proyecto de memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias  
Jurídicas y Sociales

**Camilo Orchard Rieiro**

**Autor**

**Ximena InsunzaCorvalán**

**Profesora Guía**

Santiago de Chile

Junio2014

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a mi cariñosa familia, que como en éste y tantos proyectos que he emprendido me han brindado su incondicional apoyo, y a mi profesora guía Ximena Insunza, cuyo rigor, paciencia y retroalimentación sirvieron de preciado acompañamiento a este memorista.

## ÍNDICE

Resumen.....	VI
Introducción.....	1
Capítulo I: El Plan de Reparación y la Responsabilidad Ambiental en Chile.....	16
1. Régimen de responsabilidad ambiental.....	19
1.1 El daño ambiental.....	21
1.2 La imputabilidad en la responsabilidad ambiental.....	29
1.3 La causalidad en la responsabilidad ambiental.....	33
1.4 Objeto de la acción: Reparación in natura y reparación por equivalencia.....	37
1.5 Titularidad activa de la acción de reparación por daño ambiental.....	56
1.6 Prescripción de la acción de reparación ambiental.....	65
Capítulo II: Regulación normativa del Plan de Reparación.....	68
1. Historia de la Ley.....	68
1.1 Primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados.....	68
1.2 Segundo trámite constitucional ante el Senado.....	77

2. Regulación actual y tramitación del Plan de Reparación.....	82
2.1 Definición.....	82
2.2 El plan de Reparación en la Ley y el Reglamento.....	85
2.2.1 Plazo de presentación.....	88
2.2.2 Estudio Técnico Ambiental.....	91
2.2.3 Examen de admisibilidad.....	94
2.2.4 Evaluación técnica de la propuesta.....	95
2.2.5 Reparación parcial del medio ambiente dañado.....	97
2.2.6 La participación ciudadana en la tramitación del Plan de Reparación.....	100
2.2.7 Seguimiento y ejecución del Plan de Reparación.....	105
2.2.8 Recursos.....	108
2.2.9 El Plan de Reparación y el SEIA.....	111
2.2.10 El plan de reparación y la prueba del daño ambiental en los juicios por responsabilidad aquiliana.....	119
Capítulo III. Fines perseguidos por el Plan de Reparación.....	124

Capítulo IV. La reparación ambiental en el Derecho Comparado y el rol de la Administración.....	135
1. Inglaterra.....	135
2. España.....	148
3. Estados Unidos.....	161
Capítulo V. Críticas y propuestas al Plan de Reparación.....	176
1. Críticas y aclaraciones sobre la reglamentación actual del Plan de Reparación.....	176
2. Lecciones desde el Derecho Comparado.....	187
Conclusiones.....	191
Bibliografía.....	199

## **RESUMEN**

Con la promulgación de la Ley 20.417 que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, se reformó la institucionalidad ambiental chilena y se diseñaron algunas novedosas herramientas destinadas a complementar el sistema de fiscalización ambiental, tales como la Autodenuncia, el Programa de Cumplimiento y el Plan de Reparación. Este último, es un mecanismo destinado a obtener en sede administrativa la reparación de daños ambientales que se han producido como consecuencia de una infracción normativa, y que busca integrar una variante de cooperación entre la autoridad pública y el sector regulado que incentive a los infractores a elaborar voluntariamente propuestas de reparación. La inclusión de esta herramienta en nuestra legislación es de gran relevancia si se analizan las instituciones que contempla nuestro ordenamiento jurídico destinadas a obtener la reparación de los daños provocados al medio ambiente, ya que se observa que por primera vez se consagra un mecanismo en sede administrativa, con alcance general, orientado exclusivamente a conseguir la reparación de daños ambientales.

Los distintos autores que han abordado esta materia han tendido a circunscribir al Plan de Reparación, junto con la Autodenuncia y el Programa de Cumplimiento, en la batería de mecanismos que se han denominado “Instrumentos de Incentivo al Cumplimiento de la Regulación Ambiental (IICRA)” por cuanto tienen por objetivo entregar al sector regulado variantes que fomentan la autorresponsabilidad y la colaboración con la autoridad pública para facilitar su labor de fiscalización y conseguir con mayor premura y efectividad los fines propios de la legislación ambiental. No obstante, existen diversas razones, tanto de carácter técnico como normativo, que nos llevan a cuestionar cuál es la verdadera naturaleza del Plan de Reparación, cuál sería efectivamente su alcance y utilidad, y si la forma en la que se encuentra reglado es la más correcta para dar cumplimiento efectivo a los fines que persigue. Es en razón de lo anterior, que el objetivo de esta memoria consistirá justamente en determinar con precisión cómo está regulado el Plan de Reparación en nuestra legislación, qué fines persigue nominal y materialmente y qué consecuencias pueden esperarse con su integración a nuestro sistema de fiscalización ambiental. Además, haciendo un análisis dogmático del cuerpo normativo que lo regula, así como de la experiencia que han tenido en esta materia países que

forman parte de la OECD, tales como España, Inglaterra y Estados Unidos, se llegará a la conclusión de si es posible realizar modificaciones a este mecanismo para que su aporte a nuestra institucionalidad ambiental sea más relevante y acorde a los principios que informan el Derecho Ambiental.



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad abordar una institución que dada su reciente implementación en nuestra práctica jurídico-ambiental no ha sido objeto de lato debate. Me refiero al Plan de Reparación contenido en el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LO-SMA), una herramienta destinada a reparar daños ambientales que se ha tendido a incluir, por parte de la literatura que ha abordado la materia, dentro de los denominados Instrumentos de Incentivo al Cumplimiento de la Regulación Ambiental (IICRA) que fueron incorporados a nuestro sistema de fiscalización ambiental por medio de la Ley 20.417 que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Este sistema de incentivos está conformado principalmente por tres instituciones diferentes: la Autodenuncia, el Programa de Cumplimiento y, para algunos, el Plan de Reparación, y tiene por objeto, como bien se desprende de la nomenclatura que lo identifica, incentivar a los regulados a cumplir con la normativa ambiental, lo que se logra incorporando una variante colaborativa entre el sector regulado y la Administración.

Ahora bien, no obstante la voz empleada para denominar a los IICRA evidencie un *telos* definido –incentivar el cumplimiento de la regulación ambiental-, el objetivo de este trabajo consiste justamente en escudriñar tras dicha conceptualización para determinar si la construcción normativa del Plan de Reparación permite dar cumplimiento a dicha finalidad o si por el contrario apunta a objetivos diferentes. Una vez respondida la interrogante anterior se procede a determinar si la forma en que fue concebido el Plan de Reparación entrega elementos de utilidad para el desarrollo de la actividad fiscalizadora ambiental en Chile o si es necesario modificar algunos de sus aspectos para que su aporte sea más relevante y sus resultados más afines a los principios que informan el Derecho Ambiental.

La fiscalización, entendida como una actividad pública destinada a garantizar el cumplimiento de las regulaciones, y con ello, tutelar los intereses generales y bienes protegidos, se manifiesta a través de una doble vertiente: preventiva y correctora. La primera apunta a un estándar de eficacia, en la medida que busca establecer incentivos para el cumplimiento efectivo de las regulaciones. En este sentido, las políticas preventivas se caracterizan por tener un carácter proactivo e incorporar nociones de

corresponsabilidad y participación de los distintos actores, así como por aplicar estrategias de largo plazo mediante acciones constantes y prolongadas en el tiempo. Por su parte, los sistemas correctivos atienden a un estándar de resultado, en cuanto buscan reaccionar adecuadamente frente al incumplimiento de la legalidad y consecuente perturbación del sistema.<sup>1</sup> De esta manera, dentro de los sistemas de fiscalización es posible hacer una perfecta dicotomía entre las herramientas destinadas a aplicarse *ex ante* y *ex post* a la comisión de una conducta que supone una vulneración de la normativa específica, lo que entraña a su vez, la diferencia entre las voces prevención y disuasión, respectivamente.

Para entender por qué el legislador optó por diseñar los IICRA, cuya naturaleza resulta innovadora dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es preciso hacer un breve recorrido por la evolución de nuestra institucionalidad ambiental para comprender la necesidad de que la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) contara con herramientas que, como se verá, resaltan la importancia de la cooperación del sector

---

<sup>1</sup> CORDERO, Luis. *Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno*. En: Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile, ed. Legal Publishing, 2008. p. 29.

regulado por sobre la fuerza disuasiva que cumple el temor a la imposición de una sanción, denotando así un esfuerzo de la Administración por reorientar los criterios que se emplean para fomentar el cumplimiento de la normativa ambiental.

Antes del advenimiento de la nueva institucionalidad ambiental que se forjó en nuestro país de la mano de la Ley 20.417, y que se consolidó con la publicación de la Ley 20.600 que creó los Tribunales Ambientales –sin perjuicio de que la inexistencia del Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas haga incompleta a esta reforma-, la actividad fiscalizadora del cumplimiento de la regulación ambiental se encontraba disgregada en diversos servicios públicos. De este modo, en Chile la fiscalización ambiental tenía un enfoque palmariamente sectorial, y aunque la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente entregaba a la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA) ciertas competencias transversales de coordinación y sanción, tales atribuciones no suprimían el hecho de que nos encontráramos frente a un organismo que se debía enfrentar a diversas metodologías para ejercer sus potestades y que no tenía poder de imperio sobre ningún sector. Tampoco apagó las críticas asociadas

a la dispersión y superposición de competencias fiscalizadoras que se daba entre los distintos organismos, críticas que no solamente provenían desde el interior de nuestro país sino también desde organismos internacionales. En este sentido, haciendo un análisis sobre la institucionalidad ambiental chilena, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD por sus siglas en inglés), señaló que *“una política de fiscalización de la normativa ambiental sobre la base de la coordinación de los órganos sectoriales de supervisión y control no es la solución institucional más eficaz para asegurar su cumplimiento”*.<sup>2</sup>

Es por esta razón que la creación de la Superintendencia del Medio Ambiente, servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente<sup>3</sup>, fue recibida con satisfacción por parte del público especializado, por cuanto suponía la llegada de una autoridad central responsable de la fiscalización ambiental y con facultades para ejecutar, organizar y coordinar el

---

<sup>2</sup> OECD, *Evaluaciones del Desempeño Ambiental, Chile*. 2005. p. 128. [En línea]<<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/2/21252/lcl2305e.pdf>> (fecha de consulta: 04 de junio de 2014)

<sup>3</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica que crea la Superintendencia del Medio Ambiente.

seguimiento y fiscalización de los distintos instrumentos de carácter ambiental que establece la ley, pudiendo impartir para ello directrices vinculantes a los distintos organismos sectoriales. Asimismo, sería esta entidad la encargada de instruir el respectivo procedimiento administrativo sancionatorio cuando tomase conocimiento de hechos que pudiesen ser constitutivos de alguna infracción de su competencia, ya sea de oficio, a petición de un órgano sectorial o por denuncia. Esto implicó que su instauración permitiera cohesionar y tornar unívocos tanto los procedimientos de fiscalización como los de sanción.

Sin embargo, la sectorización de la fiscalización no era la única crítica asociada a la antigua institucionalidad ambiental, pues se objetaba también la falta de énfasis que se daba a la promoción del cumplimiento de la normativa ambiental, prácticamente agotándose la actividad administrativa fiscalizadora en los procesos sancionatorios. En efecto, como señalara el profesor Luis Cordero, *“el sistema chileno está fuertemente concentrado en los procesos sancionatorios, eso explica en parte los principales debates en materia de fiscalización que se han concentrado en el procedimiento y los tipos de sanción, lo que supone que no existe una*

*visión estratégica integral para el cumplimiento que considere factores de cumplimiento, monitoreo, sancionatorio, de responsabilidad civil y penal. La principal discusión es quién sanciona, no lo que se cumple.*"<sup>4</sup> Este énfasis resultaba anacrónico e ineficiente, pues tal como se señala hoy en día, los sistemas de control deben preponderar prioritariamente a la promoción del cumplimiento de la normativa ambiental, y si bien deben ejercer la actividad sancionatoria como una de las hipótesis de desarrollo, ésta no puede ser la única a emplear.<sup>5</sup>

El énfasis en la promoción del cumplimiento no es, en todo caso, una idea novedosa en el Derecho Comparado, pues tal como lo señala la OECD al momento de analizar las garantías para el cumplimiento de la regulación ambiental, existen tres pilares de equivalente importancia en los que la Administración debe enfocarse, cuales son, la promoción del cumplimiento, el monitoreo del cumplimiento y la sanción en caso de incumplimiento<sup>6</sup>. En este sentido, la experiencia comparada nos indica que para propender a un

---

<sup>4</sup> CORDERO, L.Op. Cit, p. 40.

<sup>5</sup> Ibid. p. 41.

<sup>6</sup> OECD, *Ensuring Environmental Compliance.Trends and good Practices*.2009.p. 14. [En línea]<<http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/product/9709031e.pdf>> (fecha de consulta: 04 junio de 2014).

mayor cumplimiento de la normativa ambiental, la tendencia en cuanto a destinación de recursos de la Administración, es la siguiente<sup>7</sup>:

- a) Mayor atención a la planificación estratégica y a la evaluación del desempeño en los resultados ambientales.
- b) Integración de los permisos ambientales y de los regímenes de monitoreo de cumplimiento a través de los medios de comunicación.
- c) Creciente importancia de la promoción del cumplimiento, especialmente dirigido a las pequeñas y medianas empresas.
- d) Focalizar la actividad fiscalizadora en aquellas instalaciones donde los riesgos ambientales potenciales son mayores y/o donde el rendimiento del operador sugiere un mayor riesgo de incumplimiento.
- e) Transferir la responsabilidad de monitorear el impacto ambiental de las instalaciones desde las autoridades competentes a las entidades reguladas.
- f) Diseñar sanciones más proporcionales a la magnitud del incumplimiento.

---

<sup>7</sup>Ibid. pp. 14-15. (Traducción propia).



- g) Mejorar la cooperación, la transparencia y la divulgación pública de la información entre los “interesados”<sup>8</sup>.
- h) Aprovechar las oportunidades que proporciona la tecnología de la información.
- i) Analizar el incumplimiento de los requisitos medioambientales con el fin de mejorar el diseño de políticas.

Como se puede observar de lo señalado precedentemente, hoy en día el énfasis para propender al cumplimiento de la normativa ambiental se orienta al diseño de políticas destinadas a definir adecuados programas de fiscalización, establecer modelos de integración, determinar metodologías públicamente conocidas e informar, apoyar y orientar a los regulados, más que al diseño de un entramado normativo reactivo destinado a inhibir el incumplimiento de la norma a través de una sanción, lo cual no obstante, es un elemento que debe existir en toda regulación ambiental como coto preventivo. De hecho, la tendencia comparada en materia de fiscalización

---

<sup>8</sup> El concepto original es “stakeholder”, nomenclatura acuñada por R. Edward Freeman en su obra *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, para referirse a todas aquellas personas o grupos de personas que pueden verse afectados por una determinada entidad. Así, por ejemplo, en relación con una Sociedad Anónima, podríamos decir que interesados (stakeholders) serían accionistas, directores, gerente, empleados, acreedores, deudores, la Administración, organizaciones sociales vinculadas, etc.

nos muestra que cada vez más los sistemas sancionatorios se estructuran sobre una serie de pasos que se inician con amonestaciones informales y acciones correctivas antes de llegar a la penalización propiamente tal.<sup>9</sup>

En este orden de cosas, al dictarse la Ley 20.417, el legislador no fue indiferente a la tendencia que se observaba en el Derecho Comparado. Así, el Mensaje con el que el Ejecutivo remitió el proyecto de ley (Boletín 5947-12) a la Cámara de Diputados, permite visualizar de modo manifiesto el espíritu reformista del cual se imbuía la nueva legislación. En lo pertinente, el citado mensaje era enfático al señalar que *“una de las ideas centrales sobre las cuales descansan los sistemas de fiscalización ambiental en los países con buenos desempeños ambientales, es su utilidad para generar incentivos al cumplimiento. Hoy el modelo chileno actúa en sentido inverso. En efecto, es un sistema que carece de la definición de adecuados programas de fiscalización, de metodologías públicamente conocidas, con énfasis en la sanción y en la fiscalización en terreno, sin modelos de integración, ni siquiera para los instrumentos de expresión multisectorial, como es el caso del Sistema de Evaluación de Impacto*

---

<sup>9</sup> OECD. Op. Cit. p. 74.

*Ambiental, planes y normas. El éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación, considerando los factores asociados a su ciclo. Éste último contempla consideraciones en materia de cumplimiento desde el momento de creación de la regulación, pasando por el diseño de instrumentos de aplicación de las nuevas regulaciones hasta los sistemas sancionatorios. La alta dispersión en materia de criterios de fiscalización se expresa también en grandes diferencias en las sanciones desde los distintos sectores, lo que claramente entrega una falta de certeza y de coherencia frente a la aplicación de la legislación ambiental. En síntesis, nuestro modelo de fiscalización es altamente ineficiente. Es necesario contar con una autoridad que unifique los criterios, procedimientos e incentivos de las normativas ambientales”.*<sup>10</sup>

De este modo, al diseñarse el funcionamiento de la Superintendencia del Medio Ambiente, el legislador no se acogió al modelo clásico de una

---

<sup>10</sup> Mensaje N° 352-356, de fecha 5 de junio de 2008, con el que el Ejecutivo inicia el Proyecto de ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. *Historia de la Ley 20.417.* p. 4. [En línea]<[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20417&anio=2014](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20417&anio=2014)> (fecha de consulta: 19 de enero de 2014).

institución eminentemente fiscalizadora y sancionadora, sino que desarrolló, dentro de otras herramientas específicas, los IICRA, cuyo objetivo principal es el de facilitar la participación y cooperación del sector regulado en el proceso de fiscalización, incentivando así el cumplimiento de la normativa. Cabe agregar, que para reforzar la dinámica interactiva que se persigue entre regulado y regulador, el legislador decretó en el artículo 3 letra u) de la LO-SMA, que una de las funciones que debe ejercer el órgano fiscalizador es precisamente la de *“proporcionar asistencia a sus regulados para la presentación de planes [programas] de cumplimiento o de reparación, así como para orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emanan de los instrumentos individualizados en el artículo 2° de esta ley.”* De esta manera, se consagra en esta materia que la Superintendencia del Medio Ambiente ejercerá un activo rol de colaboración hacia el regulado para que éste pueda dar cumplimiento a la normativa ambiental.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Como una manera de asistir al regulado, la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios (UIPS) de la Superintendencia de Medio Ambiente definió la estructura metodológica que debiera contener un programa de cumplimiento, especialmente, con relación al plan de acciones y metas y su respectivo plan de seguimiento. Para tal efecto la Superintendencia desarrolló una guía práctica, en la cual se explica la procedencia, contenido y criterios del Programa de Cumplimiento. Esta guía se encuentra disponible en línea en: <http://www.sma.gob.cl/index.php/quienes-somos/que-hacemos/sanciones> (fecha de consulta 19 de enero de 2014).

La Superintendencia del Medio Ambiente comenzó a funcionar con todas sus facultades en diciembre del año 2012, y desde esa fecha se inició en nuestro país la implementación de los IICRA. Con todo, no será posible abordar al Plan de Reparación desde una perspectiva casuística, pues a la fecha no se ha realizado ninguna presentación de este tipo ante la Superintendencia. Por esta razón, el presente trabajo tendrá una perspectiva analítica más teórica que práctica. No obstante, como se observará a lo largo de estas páginas, esa misma circunstancia, sumada a la existencia de algunos importantes antecedentes históricos, servirá de sustento para hacer un exhaustivo análisis dogmático-jurídico, lo que contrastado con la experiencia comparada, nos brindará elementos ciertos que nos permitirán aventurar conclusiones respecto de si el Plan de Reparación puede ser

---

Con el mismo fin orientador, la SMA publicó una guía práctica para la presentación de Autodenuncias, la cual, analiza el concepto de dicho mecanismo, sus requisitos, características, efectos, los cuerpos normativos en los que se encuentra regulado y el rol de asistencia que le cabe a la SMA en la materia. Esta guía se encuentra disponible en línea en: [http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/documentos-de-interes/documentos/guias-sma/doc\\_download/161-guia-practica-de-asistencia-para-la-presentacion-de-autodenuncias](http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/documentos-de-interes/documentos/guias-sma/doc_download/161-guia-practica-de-asistencia-para-la-presentacion-de-autodenuncias)(fecha de consulta 19 de enero de 2014).

Adicionalmente, cabe señalar que la SMA, en el acto administrativo en el cual se contiene la formulación de cargos, comunica expresamente al regulado la función de asistencia que la Superintendencia proporciona. En este sentido se señala expresamente en el numeral respectivo de la formulación de cargos lo siguiente: “La letra u) del artículo 3° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente dispone que dentro de las funciones y atribuciones que a ésta le corresponden, se encuentra la de proporcionar asistencia a sus regulados para la presentación de programas de cumplimiento y planes de reparación, así como orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emana de los instrumentos de gestión ambiental de su competencia”.

considerado un IICRA, o en caso contrario, si su naturaleza y fines son adecuados dentro del marco de la fiscalización ambiental nacional y, por último, si deviene en útil realizar modificaciones a su estructura para reorientar sus fines, mejorar sus resultados o fomentar su aplicación.

Para dar cumplimiento a los objetivos expuestos, el presente trabajo analiza la tramitación que tuvo el Plan de Reparación en el Congreso Nacional, la configuración reglamentaria que se le dio en definitiva y cómo se ha regulado la reparación ambiental en sede administrativa en el Derecho Comparado. Todo esto se hará con el objetivo de confirmar o desestimar la hipótesis de este trabajo: la normativa que regula al Plan de Reparación genera interrogantes respecto a la verdadera naturaleza de este instrumento, evidenciando en ella la consagración de un mecanismo paliativo destinado a sustraer de la Administración lo que pudo llegar a ser una eficaz herramienta de prevención general y reparación ambiental, esto es, la facultad administrativa de imponer directamente a quien cause un daño ambiental la obligación de presentar un plan de reparación, sin perjuicio de la posibilidad de reclamar de esta sanción ante los tribunales de justicia.

Cabe señalar, en todo caso, que ha sido la práctica académica la que ha subsumido conceptualmente al Plan de Reparación dentro de los IICRA, pues como se verá en su oportunidad, la tramitación legislativa de la Ley 20.417 fue paulatinamente dejándolo fuera de dicha clasificación, algo que a lo largo de estas páginas se intentará esclarecer para corregir ese yerro.

## **CAPÍTULO I**

### **El Plan de Reparación y la Responsabilidad Ambiental en Chile**

El Plan de Reparación es un mecanismo orientado a obtener la reparación del daño ambiental producido como consecuencia de una infracción a la normativa ambiental, que se encuentra consagrado en el artículo 43 de la LO-SMA<sup>12</sup>, y pormenorizadamente regulado en el Decreto N° 30 del año 2013 del Ministerio del Medio Ambiente que aprueba el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, el Reglamento). Según lo establece el precepto citado, una vez notificada la resolución de la Superintendencia que pone

---

<sup>12</sup> Artículo 43 LO-SMA: Sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan, una vez notificada la resolución de la Superintendencia que pone término al procedimiento sancionador, el infractor podrá presentar voluntariamente ante ella una propuesta de plan de reparación avalada por un estudio técnico ambiental.

El Servicio de Evaluación Ambiental deberá pronunciarse acerca de los aspectos técnicos del plan de reparación que el infractor deberá implementar a su costo y dentro de los plazos que al efecto le fije tal autoridad.

Una vez recibidos por la Superintendencia el plan de reparación y su respectiva aceptación por el Servicio de Evaluación Ambiental, ésta lo aprobará, y le corresponderá la fiscalización de su cumplimiento.

Desde la aprobación del plan de reparación a que se refiere el inciso anterior y mientras éste se ejecute, el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental se suspenderá. Si se ejecutare dicho plan satisfactoriamente, la acción señalada se extinguirá.

Si existiere daño ambiental y el infractor no presentare voluntariamente un plan de reparación, se deberá ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental.

El reglamento establecerá el plazo que tendrá el Servicio de Evaluación Ambiental para pronunciarse respecto de la proposición de reparación, avalada por un estudio técnico ambiental, y el plazo en el cual el infractor deberá implementar dicha reparación.



término a un procedimiento sancionador en el que se constate la existencia de daño ambiental, y sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan, el infractor podrá presentar voluntariamente ante ella una propuesta de plan de reparación avalada por un estudio técnico ambiental. Una vez que esta propuesta es aprobada por la SMA, previo pronunciamiento favorable del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, SEA) en lo que se refiere a los aspectos técnicos del plan de reparación, la consecuencia jurídica inmediata será la suspensión del plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental a la que se refiere el artículo 53 de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, suspensión que durará el tiempo que tarde en ejecutarse el referido plan, y que derivará en la extinción de la acción si es que éste se ejecuta satisfactoriamente.

La integración de este mecanismo en nuestro ordenamiento jurídico resulta muy relevante desde una perspectiva analítica de los mecanismos destinados a dar protección al mandato garantista consagrado en el artículo 19 N° 8 de la CPR<sup>13</sup>, pues antes de su entrada en vigencia, el único

---

<sup>13</sup> Artículo 19 N° 8 CPR: La Constitución asegura a todas las personas: (...)

instrumento con el que contaba nuestro ordenamiento jurídico para obtener la reparación del daño causado al medio ambiente era la acción de reparación por daño ambiental, no existiendo alternativas en sede administrativa para alcanzar dicho fin. Por esta razón, la integración de esta herramienta en nuestra legislación implicó la sustracción del monopolio que tenían los Tribunales de Justicia tanto de la constatación de los supuestos configurativos de la responsabilidad ambiental –acción u omisión, culpa o dolo, causalidad y daño-, como de la determinación de las medidas destinadas a reparar el daño ambiental, ya que en el marco del Plan de Reparación, los elementos que configuran la responsabilidad ambiental serán constatados en el respectivo proceso sancionatorio que culmine con el acto administrativo de condena, mientras que las medidas destinadas a repararlo serán adoptadas a través de un esfuerzo conjunto entre el infractor, la SMA y el SEA.

Dado que la principal consecuencia jurídica del Plan de Reparación radica en la extinción de la acción de reparación por daño ambiental, y es

---

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.  
La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

éste por tanto el incentivo que determinó el legislador para que los causantes de un daño ambiental se acojan a este mecanismo, el presente trabajo debe indefectiblemente iniciarse con una explicación preliminar de cómo está consagrado en Chile el régimen jurídico de la responsabilidad ambiental. Entender el marco normativo dentro del cual se configura la acción de reparación por daño ambiental, nos permitirá abordar con mayor precisión el alcance que tendrá el Plan de Reparación tanto fáctica como jurídicamente.

## **1. Régimen de responsabilidad ambiental**

La ley 19.300 reconoce el principio de la responsabilidad ambiental en sus artículos 3 y 51. El primero de estos artículos establece que sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley, mientras que el artículo 51, por su parte, agrega en su inciso primero que todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la ley 19.300. Este mismo artículo

establece además, en su inciso final, que en lo no previsto por la citada ley o por otras especiales se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil, consagrando de esta manera la supletoriedad del Derecho Común en la materia.

Cabe hacer presente, que cuando se habla de responsabilidad ambiental en un sentido amplio, se hace referencia a la reacción de nuestro ordenamiento jurídico ante dos tipos de daños perfectamente diferenciados que son objeto de reproche. Por un lado, el daño generado a una persona o su patrimonio con ocasión del daño ambiental y que genera responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, como por ejemplo, la pérdida de ingresos derivada de la destrucción de una cosecha a causa de la contaminación de sus fuentes de riego, y por otro lado, el daño ambiental propiamente tal, que se refiere a los menoscabos que sufre el medio ambiente o alguno de sus componentes. Si bien ambos tipos de daño generan responsabilidad y son indemnizables de conformidad a la ley, en atención al objeto de este trabajo, en las páginas siguientes sólo desarrollaré y me abocaré al régimen jurídico vinculado al daño ambiental propiamente tal, sin perjuicio de que en algunos apartados haga referencia a ambos por tener una regulación común.

## 1.1 El daño ambiental

En Chile, la responsabilidad ambiental tiene su origen en el reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico del daño ambiental como objeto particular de reproche, ya que antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.300 éste no estaba consagrado en nuestra legislación. Efectivamente, en su artículo 2 letra f), la referida ley definió al daño ambiental como *“toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”*, y por otro lado, definió al medio ambiente como *“el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”*.<sup>14</sup> Con estas definiciones el legislador estableció con énfasis cuáles serían la causa y el objeto de pedir al momento de ejercer la acción de reparación por daño ambiental, concibiendo al medio ambiente como un bien jurídico heterogéneo en el que no sólo merecen protección

---

<sup>14</sup> Artículo 2 letra ll), de la Ley 19.300.

sus elementos naturales sino también los artificiales. Esta concepción amplia de medio ambiente ya fue confirmada por nuestros tribunales de justicia en diversos fallos, señalándose, por ejemplo, que *“en el artículo 2º, letra ll) del mismo cuerpo legal, que da una definición extensiva de lo que se considera “medioambiente”, se incorporan elementos de carácter artificial y sociocultural. Conforme a lo referido precedentemente, es preciso dejar establecido que, como lo señala el artículo 29 de la ley 17.288, efectivamente la declaración de zona típica o pintoresca que en ella se indica, tiene como finalidad mantener el carácter ambiental y propio del lugar que la constituye (...)”*<sup>15</sup>

Antes de su consagración normativa, los daños al medio ambiente no eran susceptibles de reparación en Chile, ya que por la vía del Derecho Común, en estos casos, solo podían repararse los perjuicios directos y personales que sufrían los particulares en su patrimonio con ocasión del daño ambiental, mas como éste, *strictu sensu*, conforma una realidad autónoma que pertenece a todos los miembros de la comunidad, su naturaleza de bien difuso y de titularidad colectiva marcaba un óbice para

---

<sup>15</sup> Corte de Antofagasta, 19.04.2004, causa rol N° 16.391-2003.

perseguir su reparación por esta vía, quedando sin tutela el bien jurídico que había resultado directamente afectado. En este sentido, la doctrina nacional ha señalado que los típicos casos de responsabilidad ambiental que se citaban antes de la entrada en vigencia de la ley 19.300, tales como el de responsabilidad por contaminación acuática, contenido en el artículo 144 del DL 2.222 de 1978 sobre Ley de Navegación, la responsabilidad objetiva por daño nuclear, contenida en el artículo 49 de la Ley N° 18.302 de Seguridad Nuclear o la responsabilidad objetiva frente a daños causados por el uso de plaguicidas, entre otros, eran todas hipótesis en las que no cabía hablar de responsabilidad ambiental sino de responsabilidad civil extracontractual, por cuanto los daños que se buscaba indemnizar eran aquellos que habían sufrido terceros en su persona o propiedad y no el daño al medio ambiente propiamente tal.<sup>16</sup> En el mismo sentido, el profesor Enrique Barros señala que hasta la entrada en vigencia de la Ley N°19.300, la legislación chilena en materia de daños ambientales comprendía solamente el antiguo interdicto contenido en el artículo 937 del Código Civil contra obras que corrompen el aire y lo hagan conocidamente dañoso, las normas generales sobre responsabilidad civil extracontractual de los

---

<sup>16</sup> BERMÚDEZ, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007. p. 224.

artículos 2314 y siguientes, y las ya referidas leyes especiales relacionadas con riesgos determinados<sup>17</sup>, mas no existía una acción específica de carácter general destinada a reparar el medio ambiente dañado.

El establecimiento del medio ambiente como un bien concreto susceptible de protección por la vía de la acción judicial, y la conceptualización que se le dio por parte de la Ley 19.300 fue un verdadero acierto legislativo desde la perspectiva de la protección al medio ambiente. En primer término, porque vino a homogenizar nuestro ordenamiento jurídico interno con principios de Derecho Internacional, cumpliendo el mandato contenido en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 que llamaba a los Estados a reconocer los principios de “responsabilidad”<sup>1819</sup> y “quien contamina paga”<sup>2021</sup>, y en segundo lugar,

---

<sup>17</sup> BARROS, Enrique. *Tratado de Responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006. pp. 791 y 792.

<sup>18</sup> PRINCIPIO 13: Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

<sup>19</sup> En el Mensaje del Presidente de la República con el que fue despachado el proyecto de la ley 19.300 se señaló explícitamente que “*el proyecto establece el principio de la responsabilidad, con el cual se pretende que los responsables por los daños ambientales reparen a sus víctimas de todo daño. Además, se busca reparar materialmente el daño causado al medio ambiente, obligando al causante del daño a restaurar el paisaje deteriorado. En consecuencia, el principio*



porque la manera en que fue definido el daño ambiental implicó que no fuese posible supeditar el ejercicio de la acción de reparación por daño ambiental a la concepción antropocéntrica que algunos autores han aparejado a la tutela constitucional del medio ambiente. Efectivamente, parte de la doctrina nacional sostiene, al analizar la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 8, que *“el derecho constitucional que se establece es a “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación. Es decir, lo que se consagra en el artículo 19 N° 8 no es el derecho a un medio ambiente incontaminado, sino el derecho a vivir en él. Lo que con ello se pone de relieve es que el derecho tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son los hombres y mujeres (“todas las personas”) dice el artículo 19 en su encabezamiento).*<sup>22</sup> De esta forma, en materia de reparación ambiental el legislador dispuso claramente los límites

---

*de la responsabilidad supera los ámbitos de lo que se denomina responsabilidad civil, creando una nueva figura que podría denominarse “responsabilidad por daño ambiental”.* (Historia de la Ley 20.417. p 16).

<sup>20</sup> PRINCIPIO 16: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

<sup>21</sup> Señalaba el mensaje del Ejecutivo con el que se despachó el proyecto de la Ley 19.300 que *“el segundo principio que inspira este proyecto de ley es el que contamina paga. En efecto, se funda en la idea de que el particular que actualmente contamina o que lo haga en el futuro, debe incorporar a sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación”.* (Historia de la Ley 20.417. p. 15).

<sup>22</sup> BERMÚDEZ, Jorge. *El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación.* En: Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 21. Valparaíso, 2001. p. 10.

a la problemática señalada, permitiendo que la acción de reparación por daño ambiental fuese ejercida en todo espectro de afectación del medio ambiente y no solo en la medida que el daño ambiental afectare a una persona.

Con todo, al definir la Ley 19.300 el daño ambiental, estableció un límite normativo para su determinación, cual es, que éste fuere significativo. Sin embargo, el legislador omitió referirse al alcance que tendría este requisito delimitador, cuestión no menor atendida la circunstancia de que en la historia fidedigna de la ley no hubo discusión alguna al respecto que nos pudiese entregar criterios orientadores. Establecer el alcance de este requisito no es baladí en el contexto del análisis del Plan de Reparación, pues si el daño ocasionado por el infractor de la normativa ambiental no es significativo, no existe acción de reparación por daño ambiental en su contra, y luego, se pierde el incentivo que ofrece el legislador para proponer un plan de reparación. En esta materia no se ha arribado a una solución unívoca ni en doctrina ni en jurisprudencia, y en este sentido, la Corte Suprema ha recalado esta problemática al señalar, por ejemplo, que *“debido, por otra parte, a que la*

*ley no contiene parámetros que permitan una calibración objetiva de la significación de los daños infligidos al medio ambiente, esta determinación queda entregada en definitiva a lo que resuelvan al respecto los jueces del fondo, con el margen de subjetivismo y de imprevisibilidad que ello conlleva”.*<sup>23</sup>

Ahora bien, existen algunos criterios que podrían emplear los tribunales para otorgar certeza jurídica a los regulados por la vía jurisprudencial, pero mientras no tengan un alcance normativo, este requisito cualitativo del daño seguirá siendo fuente de discusiones. Los criterios orientadores a los que hago alusión son principalmente dos: por un lado, los establecidos en los artículos 6, 8 y 10 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, RSEIA) para determinar cuándo un proyecto debe someterse a un Estudio de Impacto Ambiental por generar efectos adversos significativos al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 letras b), c) y e) de la Ley 19.300<sup>24</sup>, criterios que bien pueden aplicarse al

---

<sup>23</sup> VALENZUELA, Rafael. *El Derecho Ambiental, presente y pasado*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 318. Citado por la Corte Suprema en sentencia de fecha 20.04.2011, causa rol 396-2009.

<sup>24</sup> Artículo 11.- Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: (...)

caso a la luz del elemento hermenéutico sistemático consagrado en el artículo 22 inc. II del Código Civil, y por el otro, aquellos empleados en el Derecho Comparado, particularmente por la Unión Europea, para orientar al juez en la determinación de un daño significativo.<sup>25</sup> Siguiendo estas pautas, el juez podría delimitar el alcance de la significación del daño tanto a través de criterios cuantitativos como cualitativos, y por la vía de la jurisprudencia se le entregaría mayor certeza jurídica al infractor de la norma para saber cuándo se encuentra frente a un daño susceptible de ser atacado por la vía

- 
- b) Efectos adversos *significativos* sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;
  - c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración *significativa* de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;
  - e) Alteración *significativa*, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona.

<sup>25</sup> Anexo I de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo: El carácter significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado de conservación que tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural. Los cambios adversos significativos en el estado básico deberían determinarse mediante datos mensurables como:

- El número de individuos, su densidad o la extensión de la zona de presencia;
- El papel de los individuos concretos o de la zona dañada en relación con la especie o la conservación del hábitat, la rareza de la especie o del hábitat (evaluada en el plano local, regional y superior, incluido el plano comunitario);
- La capacidad de propagación de la especie (según la dinámica específica de la especie o población de que se trate), su viabilidad o la capacidad de regeneración natural del hábitat (según la dinámica específica de sus especies características o de sus poblaciones);
- La capacidad de la especie o del hábitat, después de haber sufrido los daños, de recuperar en breve plazo, sin más intervención que el incremento de las medidas de protección, un estado que, tan sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico.

Los daños con efectos demostrados en la salud humana deberán clasificarse como daños significativos

de la acción de reparación por daño ambiental y no una simple molestia, que como es criterio asentado en doctrina, queda excluida de la noción de daño.<sup>26</sup>

## **1.2 La imputabilidad en la responsabilidad ambiental**

En materia de imputabilidad, el sistema de reparación ambiental en Chile se apega a las reglas generales y consagra un régimen de carácter subjetivo, lo que implica que la obligación resarcitoria está supeditada a un elemento de voluntariedad y a un factor de atribución específico, el cual, al igual que en la responsabilidad civil, está dado por la existencia de culpa o dolo. Esta regla general, se entiende sin perjuicio de leyes especiales que pudieren establecer un régimen distinto, tal como lo hace la Ley N° 18.302 de Seguridad Nuclear al consagrar un sistema objetivo de responsabilidad.

En atención a que la responsabilidad ambiental se rige supletoriamente por las normas del Código Civil, el deber de cuidado al que se someten los regulados debe determinarse a través de un juicio abstracto y

---

<sup>26</sup> BARROS, E. Op. Cit., p. 226.

normativo por parte del juez pero apreciado en concreto según las circunstancias del caso. Esto quiere decir que en cada caso el tribunal deberá determinar los patrones de conducta a los que se obligaba el causante del daño en su actividad acorde al criterio del hombre prudente y razonable al que se refiere el artículo 44 del Código Civil, para poder dilucidar luego, conforme a la situación concreta, si se ha configurado el factor de atribución. Sin embargo, por tratarse el Derecho Ambiental de un área en la que abundan las definiciones y consideraciones técnicas es inevitable que la construcción del ilícito lleve usualmente a constatar si el demandado ha infringido las disposiciones administrativas o las reglas técnicas del ramo, por lo que el deber de conducta será erigido generalmente a través de patrones reglamentarios.<sup>27</sup>

Es en razón de lo anterior, que en una etapa inicial de la tramitación del proyecto de la Ley N° 19.300 se prefirió sustraer del ámbito judicial la determinación de los estándares de diligencia, y se establecía que la responsabilidad sólo procedería por infracción de normas previamente

---

<sup>27</sup>Ibid. p. 800.

establecidas por el legislador o por la autoridad administrativa.<sup>28</sup> Sin embargo, este criterio no fue acogido ya que el legislador estimó que la ley no estaba en condiciones de prever todos los hechos constitutivos de culpa que dan lugar a responsabilidad. En consecuencia, en materia ambiental la culpa se puede construir por dos vías diferentes: en primer lugar, en razón de la infracción de normas legales o reglamentarias; y en segundo lugar, aun cuando no se hayan infringido normas legales o reglamentarias, se responderá si no se ha empleado el debido cuidado, determinado por usos normativos y prudencialmente por el juez.<sup>29</sup>

Una atenuante al sistema subjetivo de la responsabilidad ambiental, se encuentra consagrada en el artículo 52 de la ley 19.300, en virtud del cual, se presume legalmente la culpa si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o

---

<sup>28</sup> El artículo 40 del proyecto de ley presentado por el Ejecutivo al Parlamento establecía que “la responsabilidad por daño ambiental nace de una infracción a las normas de calidad ambiental o a las normas sobre preservación, conservación o protección ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.”

<sup>29</sup> BARROS, E. Op. Cit., p. 801.

conservación ambientales, establecidas en dicha ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias. Hay autores que sostienen que en virtud de esta norma el sistema de responsabilidad ambiental tendría un carácter “especial”<sup>30</sup> que lo distinguiría del régimen general de responsabilidad civil. Sin embargo, no es correcto plantear la especialidad de este sistema de responsabilidad en atención a lo dispuesto en el precepto citado, toda vez que en el Derecho Común, las hipótesis de culpa infraccional que conllevan una presunción legal de culpa, son un principio general desde el momento en que la judicatura debe determinar la responsabilidad civil basada en patrones abstractos de conducta, siendo la ley solo un indicador normativo de cuando se han infringido deberes generales de cuidado. En este sentido, el profesor Enrique Barros plantea correctamente que a través de la ley y las disposiciones reglamentarias es la autoridad pública quien sopesa *ex ante* los riesgos previsibles y establece la regla de conducta (como cuando establece límites permitidos de emisiones), y de ahí que exista una presunción de culpa.<sup>31</sup> La aplicación de este principio es también un criterio

---

<sup>30</sup> FIGUEROA, Eugenio, ASENJO, Rafael, VALDÉS, Sebastián, PRAUSS, Sergio. *La responsabilidad civil ambiental, el daño al medio ambiente y su valor: Una aproximación legal y económica*. En: Revista de Derecho Ambiental, centro de Derecho ambiental, Universidad de Chile, n° 2, 2006. p.70.

<sup>31</sup> BARROS, E. Op. Cit., p. 91.



asentado en nuestra jurisprudencia. De ahí que la Corte de Apelaciones de Santiago haya resuelto que *“para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se reputa que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa”*.<sup>32</sup> Nada obsta, en todo caso, a que el causante del daño ambiental demuestre que pese a haber incurrido en una infracción a la norma ha actuado de acuerdo a los patrones de conducta que le son exigibles, sin embargo, ésta será una prueba de suyo compleja por lo que la excepción más aceptable en estos casos será el caso fortuito o la fuerza mayor.<sup>33</sup>

### **1.3 La causalidad en la responsabilidad ambiental**

Como en todo sistema de responsabilidad, otro de los requisitos para que proceda la acción de reparación por daño ambiental, es que exista una relación de causalidad entre el acto u omisión culposo o doloso y el daño. Este requisito se desprende tanto del artículo 3 como del artículo 51 de la Ley N° 19.300 al prescribir que estará condenado a la reparación todo aquel

---

<sup>32</sup> Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81.

<sup>33</sup> BARROS, E. Op. Cit., p. 802.

que *cause daño*. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en materia de culpa, la causalidad debe siempre probarse, prevención que queda de manifiesto en el inciso segundo del artículo 52 al señalar que solo habrá lugar a la indemnización si se acreditare relación de causa y efecto entre la infracción y el daño producido.

El elemento que tradicionalmente se señala como capaz de interferir con la relación de causalidad, y consiguientemente con la constitución de la responsabilidad, es el caso fortuito, el cual, al tenor del artículo 45 del Código Civil, es definido como el imprevisto al que no es posible resistir. El caso fortuito hace referencia a todas aquellas circunstancias que no pudieron ser objeto de deliberación al momento de actuar y que, por lo tanto, no pueden atribuirse a una falta en la diligencia exigida, por lo que en él se incluyen no solo eventos naturales sino también los hechos de terceros –siempre y cuando cumplan con el requisito de ser irresistible e imprevisible-. Cabe tener presente, en todo caso, que la previsibilidad no hace referencia a un fenómeno psicológico, sino a aquello que debió ser

previsto atendidas las circunstancias, es decir, se valora en abstracto, considerando el discernimiento de una persona diligente.<sup>34</sup>

La prueba de la causalidad en materia de responsabilidad ambiental es un tema altamente complejo, pues en muchas ocasiones los daños ambientales provienen de causas difusas, atribuibles a diversos agentes, respecto de ninguno de los cuales es posible establecer una relación causal directa. Además, el daño es con frecuencia soterrado o se produce con retardo, de modo que es atribuible, *ex post*, a las más variadas causas eventuales, a lo que se le suma en algunos casos la falta de conocimiento científico respecto de los daños concretos que producen los agentes contaminantes y las formas en que éstos se manifiestan.<sup>35</sup> En razón de lo anterior, diversas legislaciones se han adaptado para responder a esta particularidad que representa la causalidad en materia de responsabilidad ambiental. Así, por ejemplo, aplicando un criterio de justicia distributiva, en Estados Unidos se dictaron las leyes del “Superfondo”, las que en materia de generación y disposición de residuos tóxicos, extendieron la responsabilidad a un concepto amplio de partes asociadas, estableciendo un

---

<sup>34</sup>Ibid. p. 90.

<sup>35</sup>Ibid. p. 806.

régimen de responsabilidad estricto y solidario.<sup>36</sup> Otro país que ha reconocido esta dificultad probatoria de la causalidad es China, en cuya legislación se establece que una vez que los demandantes han probado ser víctimas de un daño asociado a la exposición de contaminantes presentes en el medio ambiente, se permite alterar la carga probatoria en contra del demandado. Incluso, en julio de 2010 entró en vigencia en China un nuevo sistema de responsabilidad extracontractual en virtud del cual es en la fuente contaminante en quien recae la prueba de la ausencia de causalidad<sup>37</sup>, exonerando de esta forma al demandante de enfrentar una prueba diabólica.

Esta compleja situación no está resuelta en nuestra ley, pero puede ser morigerada en base a presunciones judiciales si es que los antecedentes así lo permiten, o en virtud de la apreciación de la prueba conforme a los reglas de la sana crítica, sistema probatorio que en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley N° 19.300 es el que se aplica en la materia.

---

<sup>36</sup> PERCIVAL, Robert. *Responsabilidad por daño ambiental global y evolución en las relaciones entre el Derecho Público y Privado*. En: Actas de las Quintas Jornadas de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile, editorial Legal Publishing, octubre 2010.pp. 106 y 107.

<sup>37</sup> Artículo 66 de la Ley de responsabilidad extracontractual de la República Popular de China.

#### **1.4 Objeto de la acción: Reparación *in natura* y reparación por equivalencia**

En relación con el objetivo que persigue la acción de reparación por daño ambiental, dadas las características del bien jurídico lesionado así como los fines que persigue su protección, el legislador vino a complementar el artículo 3 de la Ley N° 19.300 que consagra el principio general de la responsabilidad, estableciendo qué debía entenderse por “reparación”, señalando para tales efectos que ésta consistía en *“la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, reestablecer sus propiedades básicas”*<sup>38</sup>. De esta manera, la ley delimitó claramente cuál es el objeto de pedir en esta materia, optando por la prevalencia de la reparación en naturaleza en oposición a lo que ocurre en el Derecho Común en el que la obligación indemnizatoria se traduce en una reparación por equivalencia. Con todo, tal como se desprende de los artículos 2 letra s) y 3 de la ley en comento, la reparación en naturaleza fue supeditada a una condición fáctica de

---

<sup>38</sup> Artículo 2 letra s), ley 19.300.

posibilidad<sup>39</sup> -reparar el medio ambiente si ello fuere posible-, lo que no es baladí en el contexto del Plan de Reparación, pues si nos enfrentamos a un caso en el que no es posible hacer una reparación *in natura* por ser el daño de carácter irreversible, cabe hacerse la pregunta de si en estos casos el infractor podrá de todas formas acogerse al procedimiento consagrado en el artículo 43 de la Ley N° 19.300 o si perderá la prerrogativa.

Lo planteado en el párrafo anterior resulta de suma relevancia en el régimen de responsabilidad ambiental desde la perspectiva de la función preventiva que éste debe cumplir, pues dependiendo de la interpretación que se haga respecto de la condicionante que imponen los artículos 2 letra s) y 3 de la ley 19.300 se determinará si en los casos en los que no es posible la reparación en naturaleza nos encontraremos frente a un vacío normativo del cual se sigue la irresponsabilidad del causante del daño o si

---

<sup>39</sup> La jurisprudencia nacional se ha referido a la naturaleza de la condición de posibilidad, señalando que el artículo 3 de la ley 19.300 se referiría a circunstancias estrictamente materiales y no de tipo normativo. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que “*el artículo tercero tantas veces mencionado, coloca al causante del daño en la obligación de repararlo materialmente, y agrega, “si ello fuere posible”, desde luego, y contrariamente a lo que sostienen los jueces del mérito, se refiere justamente a la imposibilidad de efectuar materialmente la reparación material del daño, atendida la naturaleza y entidad de éste, pero en ningún caso a situaciones ajenas, como si el demandado es dueño o no de la propiedad donde éste se cometió*” (CS, 25.01.2006, causa rol N° 489-2006).

deberá regularse su responsabilidad atendiendo a un criterio distinto al de la reparación en naturaleza.

Una primera forma de enfrentarse a la problemática es entendiendo que el legislador excluyó expresamente la posibilidad de una reparación en equivalencia al establecer en el artículo 2 letra s) de la Ley N° 19.300 tanto la regla de reparación como la forma que ésta adopta en los casos en que no es posible reponer el medio ambiente o sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño. En este sentido, el citado precepto señala que en tal caso la reparación se reduce a reestablecer al menos las propiedades básicas del medio ambiente dañado, dando una solución reparativa en naturaleza cuando la condición de posibilidad no se cumple, excluyendo la reparación en equivalencia y aceptando que exista un espectro de daños que quede insalvablemente sin reparación. Siguiendo esta línea argumentativa, en los casos en que no es posible restablecer las propiedades básicas del medio ambiente no solo nos encontraríamos frente a un supuesto en el que nos alejamos del principio básico de la reparación íntegra del daño consagrado en el artículo 2329 del Código Civil, sino que además, delimitaríamos normativamente un campo de irresponsabilidad que

paradójicamente nos llevaría a entender que el principio de la responsabilidad, en cierto punto, se convierte en un incentivo a la contaminación.

Siguiendo la posición establecida en el párrafo anterior se encuentra el profesor Jorge Bermúdez, quien señala que a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Civil, donde lo que se busca es la *restitutio in integrum*, la reparación ambiental consiste solo en una reposición a una calidad similar, y cuando ésta no sea posible, lo que normativamente corresponde es el restablecimiento de sus propiedades básicas. En este sentido el autor es enfático y señala que *“la responsabilidad ambiental strictu sensu, es decir, aquella que busca la reparación del medio ambiente dañado, sólo se traduce en las dos formas de reparación ya apuntadas anteriormente, no siendo procedente por esta vía la indemnización de perjuicios”*.<sup>40</sup>

Sin embargo, existen voces autorizadas que argumentan en favor de la indemnización de perjuicios cuando no es posible restablecer las propiedades básicas del medio ambiente dañado. Así, siguiendo al profesor

---

<sup>40</sup> BERMÚDEZ, J. Op. Cit., 245.



Álvaro Vidal<sup>41</sup>, existen cuatro elementos que nos permitirían acercarnos a la idea de que cuando el daño ambiental es irreversible nuestro ordenamiento jurídico admite la posibilidad de esta reparación en equivalencia:

a) En primer lugar, un argumento de texto. El artículo 3 de la Ley N° 19.300 considera expresamente la indemnización, y no se refiere a la del daño civil sino a la del daño ambiental. A la indemnización del daño civil hace alusión en forma expresa el artículo 52 de la ley. El artículo 3 emplea la conjunción copulativa 'e', infiriéndose que una reparación material y una indemnización son perfectamente compatibles y que pueden acumularse, eso sí, respetando la medida del daño ambiental irrogado; y si la primera no fuere posible, como lo prevé expresamente la norma, procedería en forma exclusiva la indemnización del daño ambiental como una reparación en equivalencia. El artículo 3 obliga a una indemnización conforme a la ley, cobrando especial importancia lo dispuesto por el artículo 51, que hace aplicable las disposiciones del título XXXV del libro IV del

---

<sup>41</sup> VIDAL, Álvaro. *Las acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de responsabilidad aplicable*. En: Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 27. Valparaíso, 2007. pp. 207-209.

Código Civil, las que obligan al responsable de un delito o cuasidelito al pago de una indemnización.

b) En segundo término, la función de prevención especial y general que debe cumplir la responsabilidad ambiental, la que se vería en entredicho si sus propias normas la limitan a una reparación en naturaleza, renunciando a una en equivalencia. Si las cosas se llevan a un extremo, los operadores encontrarían un gran incentivo para causar daños ambientales, burlando el principio de responsabilidad contenido en la ley.

c) Luego, las indemnizaciones de daños no son del todo ajenas al régimen de la Ley N° 19.300, que se limita a definir lo que se entiende por reparación del daño ambiental, sin precisar los efectos que se siguen de la inejecución de las medidas de reposición o restablecimiento.<sup>42</sup> Ante esta omisión sólo resta acudir al estatuto de

---

<sup>42</sup> El autor sostiene que la regulación es deficiente y contrasta con la ley española que prevé una responsabilidad medioambiental que se manifiesta exclusivamente en medidas de prevención, evitación y reparación de daños medioambientales. En la nueva ley de responsabilidad ambiental española el artículo 47 prescribe sobre la ejecución forzosa en caso de incumplimiento: "1. En caso de incumplimiento, las resoluciones administrativas que impongan el deber de realizar las medidas

las obligaciones de hacer y, en especial, al precepto del artículo 1553 del Código Civil complementado por las normas procesales del Código de Procedimiento Civil para la ejecución de esta clase de obligaciones. Si se incumple la obligación de hacer, bien se llegará a su ejecución por un tercero a costa del deudor; bien a una indemnización compensatoria, a elección del que hubiere obtenido en el juicio. En este supuesto igualmente se llega a una indemnización de daños.

d) En último lugar, plantea el profesor Vidal, se dice que una de las razones para negar lugar a la indemnización es la dificultad, sino la imposibilidad, de valorar el daño ambiental, lo que impediría que la indemnización cumpliera la función compensatoria que le es propia. Si se está de acuerdo con que todo el que dolosa o culposamente causa un daño ambiental debe repararlo, por ser ésta una concreción

---

de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales serán objeto de ejecución forzosa, previo apercibimiento. Dicha ejecución podrá ser instada por los interesados. 2. La autoridad competente procederá a la ejecución subsidiaria, especialmente cuando el daño medioambiental sea grave o la amenaza de daño sea inminente. 3. Cuando se estimara conveniente por no comportar retrasos que puedan poner en peligro los recursos naturales afectados) la autoridad competente podrá imponer sucesivamente hasta un máximo de cinco multas coercitivas, cada una de ellas por un importe máximo del diez por ciento del coste estimado del conjunto de las medidas en ejecución".

más del principio de la reparación integral, la dificultad, e incluso, la imposibilidad de valorarlo no puede constituir un obstáculo para ordenar su indemnización en caso de no ser posible su reparación material. Podría asimilarse esta dificultad a lo que ocurre en materia de daño moral, y asignársele a su indemnización, no una función compensatoria, sino de satisfacción, en términos de considerar a la indemnización como un valor de reemplazo que permita desatender al daño ambiental irreparable, y asignarlo a un fin de preservación o conservación medioambiental. Siendo así, en la fijación de la indemnización del daño ambiental, podrían considerarse especialmente, tal como ocurre en el caso del daño moral, la gravedad del hecho y las facultades económicas del agente contaminador.

La jurisprudencia nacional parece también inclinarse por esta tesis, al punto que se ha fallado enfáticamente que *“si la reparación descrita no es posible, surge en forma subsidiaria la obligación de indemnizar el daño producido, situación que si bien no se señala expresamente en la ley 19.300, se deduce por aplicación supletoria de las normas civiles de responsabilidad extracontractual, en especial el art. 2314 del Código*

*Civil*”<sup>43</sup>. En el mismo sentido la Corte Suprema ha sostenido que “*por tratarse de un perjuicio de carácter permanente que no admite reparación y que constituye una disminución en la biodiversidad que conforma el patrimonio ambiental de la Nación, el Estado de Chile se encuentra legitimado en este caso particular para demandar la indemnización que solicita*”<sup>44</sup>. De esta manera, la condición de posibilidad a la que se refiere el artículo 3, implicaría solamente la imposibilidad material de reparar *in natura* el medio ambiente dañado, pero ante este supuesto el ordenamiento jurídico dispondría de una solución alternativa, cual es, la indemnización de perjuicios en su forma de una reparación en equivalencia.

En un sentido similar se ha pronunciado parte de la doctrina nacional al plantear que en los casos en que el daño ambiental sea irreversible “*la subsanación del daño ambiental mediante una medida ambiental compensatoria que restablezca los servicios ambientales perdidos se inserta en el concepto de reparación in natura. El restablecimiento con “servicios equivalentes” estaría en el marco de la reparación*

---

<sup>43</sup> 2° JC de Puerto Montt, 19.12.2002, causa rol N° 612-1999. Sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt con fecha 17.01.2007 en causa rol n° 638-2006.

<sup>44</sup> C.S., 31.08.2010, causa rol N° 5027-2008.

*compensatoria, pero siempre bajo el concepto de reparación de la Ley 19.300, ya que la compensación permitiría, si no reponer el medio ambiente a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al daño causado, al menos restablecer sus propiedades básicas.*”<sup>45</sup>. En este caso, el establecimiento de un mecanismo compensatorio implica la valorización económica del daño ambiental y su restauración mediante un activo equivalente, situación que no es ajena a nuestra legislación ambiental. Al respecto, el artículo 100 del Reglamento del SEIA señala que las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar, y por su parte, el artículo 101 fija geográficamente el alcance de esta compensación indicando que se llevará a cabo en las áreas o lugares en que los impactos significativos se presenten o generen o, si no fuera posible, en otras áreas o lugares en que resulten efectivas. Si bien las medidas de reparación, mitigación y compensación están reglamentadas solo respecto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA), la falta de una norma que establezca los parámetros de acción en materia de responsabilidad ambiental, permite

---

<sup>45</sup> FIGUEROA, E., et al. Op. Cit., p. 85.

llegar a la conclusión de que es posible llenar este vacío normativo mediante una interpretación sistemática y analógica, máxime si se considera que el supuesto fáctico es el mismo, esto es, la generación de un impacto o daño ambiental que no es posible reparar en naturaleza, y donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.<sup>46</sup> A idéntica conclusión ha arribado nuestro máximo tribunal, como queda de manifiesto en una reciente sentencia<sup>47</sup> por medio de la cual confirmó un fallo de primera instancia que condenó a una empresa forestal –y solidariamente al Banco de Chile-, entre otras cosas, a “*ejecutar toda medida de compensación que resulte técnicamente apropiada y que sea determinada en el curso del proceso, por los daños irreparables causados al medio ambiente, de acuerdo a los informes de peritos y de Servicios Públicos con competencia ambiental que en su momento se solicitarán.*”<sup>48</sup> (El subrayado es mío).

---

<sup>46</sup> Cabe tener presente, para evitar confusiones semánticas, que cuando en el párrafo anterior se analiza la posibilidad de utilizar el contenido material de la compensación a la que se refieren los artículos 100 y 101 RSEIA, como objeto de la prestación que se imponga en la sentencia al autor de un daño ambiental, esto no supone que se altere la naturaleza jurídica de la reparación de este daño cuya reparación *in natura* es imposible, pues ésta, ontológicamente hablando, sigue siendo la obligación principal. Tampoco supone confundir el diverso objetivo de las medidas de compensación en el marco del SEIA, las que no tienen relación con un daño ambiental producido sino con los impactos de los proyectos evaluados.

<sup>47</sup> CS, 05.09.2012, causa rol N° 8593-2012.

<sup>48</sup> 2° Juzgado Civil de Chillán, 16.05.2011, causa rol N° 2029-2007.

Además, en Derecho Comparado, cuando el daño ambiental tiene el carácter de irreversible, existen diversas legislaciones en las que se acepta que los jueces, ante la imposibilidad de la reparación *in natura*, opten por una reparación en equivalencia. Ésta puede producirse por la recomposición o el mejoramiento de otro recurso medioambiental que se estime equivalente al daño provocado, o puede producirse en dinero.<sup>49</sup>

Con todo, aceptada la reparación en equivalencia como una alternativa normativamente viable ante la imposibilidad de la reparación en naturaleza, subsiste un problema concreto, y es quién sería el beneficiario de ésta. En mi criterio, dada la naturaleza de bien difuso y de titularidad colectiva que ostenta el medio ambiente, la solución más adecuada, es que ceda en beneficio del Estado de Chile como titular, al tenor de lo dispuesto en el inciso I del artículo 8 de la Constitución, de la obligaciones de velar por que el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación no se vea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. Sin embargo, si la reparación en equivalencia adopta la forma de una cantidad de dinero, para que esta obligación impuesta al infractor tenga efectivamente un fin

---

<sup>49</sup> FIGUEROA, E., et al. Op. Cit., p. 77.



reparativo del daño ambiental provocado, debería ser empleada por una institución capaz de dar satisfacción a dicho fin y no por otros organismos estatales en proyectos ajenos al ámbito ambiental. En este sentido, el monto recaudado por esta vía podría ir a parar al Fondo de Protección Ambiental al que se refieren los artículos 66 y siguientes de la Ley N° 19.300, de modo de asegurar su destinación al financiamiento de proyectos o actividades orientadas a la protección o reparación del medio ambiente, el desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental.<sup>50</sup> En la actualidad, si bien el juez tiene libertad para en la sentencia fijar los parámetros del cumplimiento por equivalencia, en caso de que se condene simplemente al pago de una suma de dinero, ésta tendrá necesariamente por derrotero la Tesorería General de la República, la cual, conforme lo dispuesto en el artículo 2 N° 1 del D.F.L. 1 de 1994 del Ministerio de Hacienda que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado del Estatuto Orgánico del Servicio de Tesorerías, y el artículo 30 inciso 1°, del D.L. 1263, de 1975, Orgánico de la Administración Financiera del Estado, tiene entre sus funciones la de recaudar todas las entradas fiscales. De esta forma, en la actualidad, si el

---

<sup>50</sup> En el mismo sentido se pronuncia el profesor Álvaro Vidal. (VIDAL, A. Op. Cit. p. 209)

juez no es explícito en su sentencia al delimitar el objeto de la prestación y no determina la forma en que el daño ambiental irreparable *in natura* debe ser reparado por equivalencia, y por el contrario, solo condena al demandado al pago de una cantidad de dinero, ésta solo aumentará de modo general el patrimonio fiscal, pero no tendrá un fin particular. Por esto, a juicio de quien suscribe, deviene en necesario una norma imperativa en el sentido que se ha planteado.

Siguiendo la idea propuesta, en los casos en los que la reparación *in natura* es imposible dada las circunstancias fácticas, la jurisprudencia se inclina por otorgarle al Estado la prerrogativa de ejercerla acción indemnizatoria. De esta forma la Corte Suprema, abordando los problemas que aquí se han planteado, falló en el siguiente sentido al resolver sobre una acción de reparación por daño ambiental ejercida por la tala de alerces milenarios:

*“Décimo sexto: (...) También los efectos del daño ambiental pueden ser de carácter permanente, lo que se produce, por ejemplo, como en el caso en estudio, con la tala de alguna especie natural protegida y*

*cuya recuperación no resulta posible cualesquiera sean las medidas que al respecto se adopten (...)*

*Décimo séptimo: Que esta afectación de carácter permanente que se ha producido en el presente caso y que se traduce en la pérdida definitiva e irreparable de 25 ejemplares de la especie Alerce, protegido como monumento natural por el Estado de Chile, constituye una disminución de la biomasa o biodiversidad, definida como tal en el artículo 2° letra a) de la Ley N° 19.300, que conforma el patrimonio ambiental de la Nación, lo que evidentemente constituye un daño o perjuicio que otorga al Estado el derecho para solicitar a través de los organismos correspondientes su resarcimiento compensatorio por medio de la acción indemnizatoria deducida en autos.*

*Décimo octavo: Que lo anterior se ve reforzado por lo que dispone el artículo 3° de la Ley N° 19.300, que establece la obligación de indemnizar el daño ambiental de conformidad a la ley. Ello, porque esa norma usa la conjunción “e”, lo que implica que la reparación*

*ambiental y la indemnización son compatibles y pueden acumularse, cuando la primera no es suficiente para resarcir la dimensión del daño causado, aplicándose a este respecto el estatuto de la responsabilidad extracontractual contenido en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, que obligan al responsable de un delito o cuasidelito al pago de una indemnización. Además, de estimarse lo contrario, implicaría que la función de prevención especial y general que debe cumplir la responsabilidad ambiental se vería disminuida si sus propias normas la limitaran sólo a la reparación en naturaleza, negando al Estado, que aparece como garante del patrimonio ambiental de la Nación, solicitar la indemnización correspondiente por aquella parte que resulta imposible de reparar, lo que significaría burlar el principio de responsabilidad contenido en la propia ley”.*<sup>51</sup>

De esta manera, tanto doctrina como jurisprudencia están contestes en cuanto a que si la reparación *in natura* no es posible, la reparación en equivalencia mediante una indemnización de perjuicios deviene en viable y

---

<sup>51</sup> CS, 31.08.2010, causa rol n° 5027-2008.

necesaria, y debe ceder en favor del Estado como garante del derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución.

En cuanto a la forma que adopta en la práctica la reparación del daño ambiental, haciendo un análisis jurisprudencial queda de manifiesto que ésta varía en función de las características del daño y las circunstancias concretas del caso, lo que redundará en que las obligaciones que se imponen a los infractores pueden ser de la más diversa índole. Así, por ejemplo, en un caso de emplazamiento de una antena de telecomunicaciones en una zona típica del centro histórico de La Serena, se condenó a la parte demandada a retirarla y a elaborar un estudio del daño e impacto causado<sup>52</sup>, mientras que en un caso de deterioro urbano, se condenó a los demandados a reparar el daño ambiental causado mediante la reconstrucción de una edificación emplazada en un barrio histórico, previamente declarado zona típica<sup>53</sup>. Pero quizás uno de los casos que mejor pone de manifiesto las distintas formas de reparación que se pueden adoptar, y la consecuente amplia atribución que tienen los tribunales en la materia, es el reciente fallo del Primer Juzgado Civil de Valdivia por medio del cual se condenó a la empresa

---

<sup>52</sup> Corte de La Serena, 21.01.2003, causa rol N° 26.922-2002.

<sup>53</sup> CS, 30.8.2006, causa rol N° 1.911-2004.

Celulosa Arauco por el daño ambiental provocado al Santuario de la Naturaleza del Río Cruces de Valdivia.<sup>54</sup> En este caso, en el que el daño ambiental consistió en la muerte y emigración de lucheillos, de cisnes de cuello negro y la pérdida de diversidad biológica del ecosistema y del valor paisajístico del humedal, se condenó a la demandada a realizar un estudio sobre el estado actual del humedal afectado, debiendo para ello crear un comité independiente en el que participen distintos agentes; la creación de un humedal artificial con especies representativas del Humedal del Río Cruces; realizar un programa de monitoreo medio ambiental constante por un período no inferior a 5 años; la creación de un Centro de Investigación de Humedales –propuesto por la propia demandada-; desarrollar programas de desarrollo comunitario relacionados con el Humedal –también propuesto por la demandada-, y resarcir los perjuicios, cuyo especie y monto serán determinados en la etapa del cumplimiento del fallo.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> 1° JC de Valdivia, 27.07.2013, causa rol N° 746-2005.

<sup>55</sup> Sobre esta materia, el Derecho Comparado distingue y conceptúa las formas que puede adoptar la reparación. En La Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad ambiental, se establece en su anexo II las medidas reparadoras que se deben emplear respecto de distintos tipos de daños ambientales, distinguiendo entre “reparación primaria” (toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico), “reparación complementaria” (toda medida reparadora adoptada en relación con los recursos naturales y/o servicios para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales y/o servicios dañados, que tiene por objeto compensar el daño que no puede ser objeto de reparación primaria); y “reparación compensatoria” (toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios

Lo señalado hasta este punto resulta de suma relevancia en el contexto del Plan de Reparación, pues no serán pocas las veces en las que nos encontremos frente a un daño cuyos efectos son irreparables, y en estos casos, es necesario determinar si existe o no acción de reparación por daño ambiental para saber si puede el causante del daño acogerse a los beneficios que supone este IICRA. Basándome en los argumentos que aquí he planteado, estimo que en los casos en que el daño ambiental es irreparable, la acción de reparación por daño ambiental no pierde su eficacia por falta de objeto de pedir, pues la reparación en naturaleza, que es inviable, da paso a una reparación en equivalencia, la cual se justifica no solo al alero de las normas que ya se analizaron sino también de los principios de responsabilidad, quien contamina paga y reparación íntegra del daño, todos los cuales se verían vulnerados si es que disponemos un campo de irresponsabilidad para el infractor. En estos casos, una vez establecido que el daño tiene el carácter de irreversible, quien lo causó podrá acogerse al Plan de Reparación indicando en la propuesta que envíe a la SMA, ya una indemnización de perjuicios o una medida de compensación.

---

que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto).

## **1.5 Titularidad activa de la acción de reparación por daño ambiental**

Otra peculiaridad del régimen de responsabilidad ambiental consiste en la titularidad activa que se le otorga a la acción de reparación por daño ambiental, la cual, al tenor de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 19.300, puede ser ejercida por 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 (CDE). Esta ampliación de los titulares de la acción de reparación por daño ambiental, en contraste con la titularidad activa de la acción de responsabilidad civil, se justifica tanto por la construcción normativa del interés jurídico tutelado -el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación- y su marco ontológico como bien difuso de titularidad colectiva, así como por el deber constitucional que pesa sobre el Estado de Chile al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental, esto es, velar para que el referido derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.



Por el modo en el cual fue redactado este precepto, parece ser que el legislador evita instaurar en la materia una acción popular, ya que como puede observarse, en el primer supuesto de titularidad se exige que las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que quieran deducir la acción *hayan sufrido el daño* o perjuicio. Esta norma puede interpretarse de diversos modos: entendiendo que el daño al que se hace referencia es de carácter civil; que se hace referencia al daño ambiental pero limitado a aquellos que fueron directamente afectados por él, lo que a su vez abre la interrogante de cuándo una persona es afectada directamente por un daño ambiental; o bien, interpretando extensivamente la colectivización de la titularidad del bien jurídico medio ambiente y entendiendo que cualquier persona dentro del territorio nacional –e incluso fuera de él- puede acudir a los tribunales de justicia ante su afectación, en cuyo caso, estaríamos ante una verdadera acción popular.

El profesor Jorge Bermúdez Soto, analizando la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Constitución, acuña el concepto de “entorno adyacente” que bien puede aplicarse al caso. Al efecto, señala que *“la idea que se debe rescatar es la de medio ambiente*

*vinculado o relacionado al ser humano que resulta necesario para que éste desarrolle sus potencialidades. Para tal debe entenderse aquella porción de extensión variable del entorno o medio que se encuentra de forma adyacente al ser humano, la cual no se reduce a su residencia ni lugar en que desarrolla sus actividades, no sólo es su entorno inmediato necesario para la vida, sino también el “entorno adyacente”, que es el lugar necesario para que el individuo se desarrolle, es decir, el espacio que necesita para que pueda desplegar sus potencialidades, en definitiva el entorno necesario para alcanzar la mayor realización espiritual y material posible. Dicho entorno adyacente influye directa o indirectamente de forma previsible en esa esfera más próxima que está representada por su domicilio y lugares de trabajo y de recreo, la cual viene protegida por otros derechos distintos del que nos ocupa, por ejemplo los derechos a la vida, la intimidad o la propiedad.”.*<sup>56</sup> De este modo, la titularidad activa, en el primer caso, estaría circunscrita a una afectación de aquellos elementos del medio ambiente que puedan afectar directa o indirectamente el entorno en el cual se desenvuelve un individuo. Con todo, al establecer el artículo 54 de la Ley 19.300 la posibilidad de que cualquier persona pueda requerir

---

<sup>56</sup> BERMÚDEZ, J. Op Cit. p. 16.

a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que ésta, en su representación, deduzca la respectiva acción de reparación por daño ambiental, se consagra indirectamente una suerte de acción popular en la que las municipalidades actúan por la ciudadanía mediante la vía de la representación judicial.

Precisar quiénes son legitimados activos para ejercer la acción de reparación por daño ambiental es sin duda alguna una cuestión imprescindible a la cual el legislador debería dar énfasis, tanto por razones de certeza procesal como por criterios sustantivos de acceso a la justicia. El marco actual, si bien intenta ampliar la legitimación activa, sigue siendo en los hechos bastante restringido por problemas que no son difíciles de apreciar. En primer lugar, en el caso de las personas directamente afectadas por el daño ambiental, más allá del problema ya enunciado en relación a la falta de certeza legal, doctrinaria o jurisprudencial de cuándo se configura este supuesto normativo, existen razones prácticas que desincentivan el ejercicio de la acción judicial, como el hecho de tener que enfrentar un procedimiento técnico y especializado, con el gasto de tiempo y capital que ello conlleva, y sabiendo que se enfrentará a una contraparte con la que

existe un importante desequilibrio de información. No obstante, con la puesta en marcha de los Tribunales Ambientales y la reglamentación especial que se le dio en los artículos 33 y ss. de la Ley 20.600 al procedimiento destinado a conocer de la acción de reparación por daño ambiental, muchas de estas dificultades prácticas disminuyeron considerablemente en relación a un procedimiento contencioso civil seguido ante los tribunales ordinarios. Así, por ejemplo, los plazos de tramitación se acotaron sustancialmente, se trasladó el impulso procesal desde las partes al tribunal y se estableció la improcedencia de la segunda instancia en esta materia, solo admitiendo contra la sentencia definitiva los recursos de casación en la forma y en el fondo, los cuales, por su parte, gozan de preferencia para su vista y fallo. Además, hubo importantes reformas desde la perspectiva probatoria, consagrándose el sistema de libre apreciación de la prueba de la sana crítica, la amplia admisibilidad de medios de prueba, y la posibilidad de que el juez, en cualquier estado de la causa, y cuando resulte indispensable para aclarar hechos que aún parezcan oscuros y dudosos, pueda decretar la práctica de diligencias probatorias que estime convenientes. Incluso, según el artículo 42 de la Ley en comento, si alguna de las partes solicitara una pericia y el juez estimare que dicha parte no

cuenta con los medios suficientes para solventarla, podrá excepcionalmente eximirle del pago parcial o total de la misma, pasando a ser los gastos derivados de la intervención pericial de cargo fiscal. Con todo, sigue siendo un juicio de suyo complejo, con muchas variables técnicas a considerar y con un alto costo asociado.

En el caso de la posibilidad que consagra el inciso segundo del artículo 54 de la Ley N° 19.300, esto es, que cualquier persona requiera a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que ocasionan daño al medio ambiente para que ésta deduzca la acción de reparación ambiental, también existen problemas de suficiencia y coherencia normativa. El principal problema que desincentiva el ejercicio de esta herramienta es que la municipalidad requerida no tiene la obligación de ejercer la referida acción, pudiendo negarse mediante resolución fundada – la cual podría eventualmente sustentarse en falta de recursos humanos, fondos, etc.- Además, en atención a que el precepto indica que la municipalidad evaluará el ejercicio de la referida acción sobre la base de los antecedentes que le proporcione el requirente –sin obligarle a complementarlos- y considerando como ya se dijo, que la municipalidad

podrá negarse al requerimiento por motivos de diversa índole, la ausencia de incentivos de cooperación para la municipalidad, plantean un obstáculo para que un particular recabe por cuenta propia y a su costo todos los antecedentes que se requieren para un complejo juicio como es el de reparación ambiental. Por otro lado, el artículo 54 inciso segundo manifiesta un problema de técnica legal en relación a la sanción que impone a la municipalidad que omite pronunciarse ante el requerimiento del tercero, el cual también puede devenir en un desincentivo para que la municipalidad invierta recursos en analizar y pronunciarse sobre las solicitudes. Efectivamente, la sanción contenida en el citado precepto estriba en que se hará a la municipalidad solidariamente responsable de *los perjuicios que el hecho denunciado ocasionare al afectado*, sanción que al limitar su objeto a los daños sufridos exclusivamente por el requirente genera incertidumbre respecto de su aplicación. En este sentido, si un habitante de La Serena solicitare a la Ilustre Municipalidad de Panguipulli que ejerza acción por daño ambiental por la tala ilegal de alerces en la zona, cabe hacerse la pregunta en relación a cuáles podrían llegar a ser los perjuicios que ese hecho concreto ha ocasionado al requirente y respecto de los cuales se haría solidariamente responsable la municipalidad en caso de no pronunciarse

respecto de la solicitud. Dada esta limitación de la norma puede concluirse que no habría sanción a la municipalidad si es que el requirente no resulta “afectado por el daño ambiental”. Por esta razón, la determinación del alcance de los perjuicios respecto de los cuales se hace solidariamente responsable la municipalidad, dependerá de cómo se interprete la frase “perjuicios que el hecho denunciado ocasionare al afectado”. Las posibilidades, como ya se ha señalado en este trabajo, son tres: a) Que la norma se refiera a los perjuicios civiles sufridos por el afectado, en cuyo caso no habría sanción para la Municipalidad si es que el requirente no ha sufrido daños civiles derivados del daño ambiental; b) Que los perjuicios sean analizados a la luz del ya explicado concepto “entorno adyacente”, en cuyo caso la municipalidad se haría solidariamente responsable de la reparación ambiental propiamente tal. En este sentido, si el requirente está fuera del denominado “entorno adyacente”, no resultaría afectado por el daño, y por lo tanto no habría sanción para la Municipalidad; c) La última opción es que entendiendo al bien jurídico medio ambiente como un bien de titularidad colectiva, se interprete de modo amplio esta titularidad y se concluya que cualquier persona resulta perjudicada por su afectación, y por tanto, siempre que la municipalidad omita pronunciamiento se hará

solidariamente responsable de la reparación por daño ambiental. Cabe hacer presente que la norma no distingue entre los “perjuicios ambientales” y los civiles, por lo que si en definitiva se opta por la opción b) o c), podría interpretarse que la municipalidad resultaría solidariamente responsable no solo de la reparación del daño ambiental sino también de los perjuicios civiles sufridos por el requirente.

Finalmente, en cuanto a la última titularidad activa que ofrece la Ley, esto es, el Estado, el principal problema que se observa es en aquellos casos en que es éste quien ha ocasionado el daño ambiental, lo que deviene en un importante conflicto de interés y en la curiosa paradoja procesal “Fisco con Fisco”<sup>57</sup>, lo que nos puede llevar a cuestionarnos sobre el ejercicio efectivo de la acción en estos casos.

Los problemas que acabo de plantear pueden ser objeto de lato debate, mas por ahora solo dejaré abiertas las interrogantes pues seguir

---

<sup>57</sup> Para profundizar en la materia ver BERMÚDEZ, Jorge. *La responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado por falta de servicio y por daño ambiental*”, en Revista de Derecho, P. Universidad Católica de Valparaíso, XXIII. pp. 245-256.



ahondando en ellos implicaría alejarme del tema sobre el que versa este trabajo.

### **1.6 Prescripción de la acción de reparación ambiental**

En materia de prescripción, la responsabilidad ambiental también se aparta de las normas del Derecho Común sobre responsabilidad extracontractual, ya que por un lado amplía el plazo de 4 años que consagra el artículo 2332 del Código Civil, y por otro, establece de un modo más acorde a la naturaleza de los daños ambientales y sus efectos desde cuándo debe computarse este tiempo. Efectivamente, el artículo 63 de la Ley N° 19.300 señala que la acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años contados desde la *manifestación evidente* del daño, apartándose de esta forma del artículo 2332 del Código Civil que señala que el tiempo de prescripción debe contarse desde la "perpetración del acto". De esta manera, la Ley N° 19.300 viene a zanjar en materia de daño ambiental la falta de flexibilidad del citado precepto que hasta ahora había sido salvada por la vía doctrinal y

jurisprudencial.<sup>58</sup> Esta norma concilia uno de los aspectos más relevantes del daño ambiental y que no se condecía con la rígida redacción del Código Civil, pues en muchos casos las consecuencias nocivas del hecho ilícito se manifiestan con posterioridad a su perpetración –por ejemplo las enfermedades que se contraen con motivo de la contaminación de un río-, no siendo posible adoptar las medidas necesarias para solicitar la tutela del Derecho sino desde este momento. De esta manera, este enfoque permite tener mayor claridad y certidumbre respecto al cumplimiento del objetivo de reparación que persigue la ley, sin “sancionar” con la prescripción a aquellos sujetos que no ejercieron sus acciones judiciales no por ser

---

<sup>58</sup> Existe variada jurisprudencia nacional en esta materia y hoy en día se manifiesta como una tendencia inequívoca que el tiempo de prescripción debe computarse desde la manifestación del daño y no desde la perpetración del acto. De esta forma se pronunció la Corte Suprema en la década de los 60’ resolviendo esta materia con un marcado criterio corrector de justicia material y apartándose de la interpretación literal que se le había dado originariamente al artículo 2332 del Código Civil: “*no se puede suponer una absurda inconsecuencia de la ley en orden a exigir, para el nacimiento de la obligación de indemnizar, la producción de un daño, y, en cambio, prescindir de ese elemento fundamental para que empiece a correr el plazo especial de prescripción, pues –como bien se sostiene en el recurso– ello implicaría que comenzara el término de la extinción de la obligación antes de que ella hubiere nacido*” (CS, 1.08.1967, RDJ, t. LXIV, sec. 1ª, 265). En un fallo más reciente el máximo tribunal de justicia resolvió que “*debe entenderse que el momento inicial, desde el cual comienza a correr la prescripción especial de corto tiempo establecida en el artículo 2332 del Código Civil, es aquel en que se produjo el daño consecuencial a la realización, por parte del autor, de un delito o cuasidelito, pues la expresión ‘perpetración del acto’, usada en él, tiene el significado amplio de realización de una acción que provoca causalmente un daño indemnizable*”. (CS, 19.04.2005, N° Identificador Legal Publishing 32041.) En este mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago, entendiendo que esta interpretación “*evita el absurdo de que la acción resulte prescrita antes de nacer, porque es requisito de la indemnización la existencia del daño que puede manifestarse con posterioridad al acto culposo o doloso*”. (C.A. 1.09.2004, GJ 291, 129.)

negligentes sino porque el daño –y consecuentemente la responsabilidad- aún no se configuraba.

Las cuestiones que aquí se han planteado configuran los pilares fundamentales en torno a los cuales se erige el sistema de responsabilidad ambiental, y consecuentemente, aquellos que nos entregan las bases para delimitar cuándo nos encontraremos frente a un daño ambiental susceptible de ser corregido por la vía del Plan de Reparación. La claridad en estas materias nos permitirá entender la regulación que tiene o que debería tener este instrumento.

## **CAPÍTULO II**

### **Regulación normativa del Plan de Reparación.**

#### **1. Historia de la Ley**

##### **1.1. Primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados**

Como se viene señalando, el Plan de Reparación fue integrado a nuestra legislación en el año 2010 mediante la Ley 20.417. Su inclusión no estuvo exenta de debate y durante la tramitación del proyecto de ley, su construcción fue objeto de importantes modificaciones que dejaron de manifiesto las distintas posturas que sobre la materia existían.

Originalmente, en el Mensaje del Ejecutivo de fecha 5 de junio del año 2008 con el que fue despachado el proyecto de ley al Congreso, se consagraba al Plan de Reparación de forma imperativa, en el entendido de que se trataba de una obligación a la que estaba sujeto todo aquel que hubiese sido sancionado por la Superintendencia de Medio Ambiente como causante de un daño al medio ambiente con ocasión de una infracción

normativa, y no como un acto jurídico voluntario tal como señala la norma actualmente. En este sentido, el artículo 43 del proyecto original, rezaba de la siguiente forma:

“Sin perjuicio de las sanciones administrativas que se imponga, el infractor que haya ocasionado un daño ambiental *estará obligado* a reponer el Medio Ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas.

Para tal efecto, una vez determinada la responsabilidad administrativa y constatada la existencia del daño ambiental, *la Superintendencia, en la misma resolución que ponga término al procedimiento sancionatorio, ordenará al infractor presentar, en un plazo determinado, ante el Servicio de Evaluación Ambiental una proposición de reparación* avalada por un estudio técnico ambiental, bajo apercibimiento de sancionarlo como responsable de infracción gravísima en caso de no dar cumplimiento a lo ordenado (...)

Como puede observarse, originalmente el precepto contenía un doble mandato legal, dirigido por un lado al causante del daño ambiental en cuanto lo obligaba, conforme al principio de responsabilidad ambiental consagrado en el artículo 3 de la Ley N° 19.300, a reparar el medio ambiente dañado según el concepto de reparación definido en el artículo 2 letra s) de la Ley, y por otro, dirigido a la Administración del Estado en la medida que obligaba a la SMA a exigir al infractor que presente la propuesta de Plan de Reparación. Esta consignación normativa del Plan de Reparación implicaba la casi total sustracción de la acción de reparación ambiental de los tribunales de justicia, ya que salvo en los casos en los que el daño ambiental se produjere sin infracción a la normativa ambiental, en cada proceso sancionatorio en el que se constatará daño ambiental, la reglamentación procedimental predeterminaba el uso de este mecanismo que conlleva la extinción de la referida acción. De esta forma, los supuestos configurativos de la acción por daño ambiental, así como el marco bajo el cual debía éste repararse, pasaban a verificarse de modo absoluto en sede Administrativa, y además, al establecerse un mandato legal que obligaba no solo al infractor sino que también a la Administración del Estado, se abría un canal para poder exigir la corresponsabilidad del Estado en aquellos

casos en que el ente fiscalizador infringiera este mandato. Sin embargo, ya en el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados quedó de manifiesto que la forma en la que se consagraba el Plan de Reparación generaría bastante conflicto entre los parlamentarios.

En el Informe presentado por la Comisión de Recursos Naturales, de fecha 1 de abril de 2009, se participó al Parlamento que los representantes del Consejo Minero no estaban de acuerdo con la constatación administrativa de la existencia del daño ambiental, y sugirieron modificar la redacción del proyecto de manera que el Plan de Reparación pudiese ser exigido a instancias del organismo que le compete iniciar acciones de reparación por daño ambiental, esto es, el CDE, de forma que el plan de reparación no fuese *ipso iure* el mecanismo a emplear, pero que sí pudiese evitar un procedimiento judicial o suspenderlo si éste ya se había iniciado.<sup>59</sup> Pero también hubo voces a favor de esta opción, como la coordinadora de investigación del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Valentina Durán, quien se manifestó conforme

---

<sup>59</sup> Historia de la Ley 20.417. p. 138.

con la atribución que se otorgaba a la Superintendencia respecto de la reparación del daño ambiental ante una infracción.<sup>60</sup>

En este trámite constitucional, los diputados de la Unión Demócrata Independiente (UDI) Marcela Cubillos, Eugenio Bauer y Alejandro García-Huidobro, junto a los diputados de Renovación Nacional (RN) Roberto Sepúlveda y Francisco Chahuán, de modo concordante a lo señalado por el Consejo Minero, presentaron una indicación en orden a que se remplazara el artículo 43 por el siguiente:

“Artículo 43.- Sin perjuicio de las sanciones administrativas que se imponga, en caso de considerar que existe o se ha ocasionado daño ambiental, la Superintendencia deberá remitir todos los antecedentes que tenga a su disposición al Consejo de Defensa del Estado para que, si hay mérito suficiente, pueda ejercer la acción ambiental contemplada en el artículo 54 de la Ley N°19.300.”

---

<sup>60</sup>Ibid. p. 156.



En forma subsidiaria, en caso de que su indicación no fuere acogida, plantearon que el inciso primero fuere cambiado por el siguiente:

“Artículo 43.- La multa que se imponga deberá considerar que el infractor que haya ocasionado un daño ambiental está obligado a reponer el Medio Ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas. Con este objeto, al total de la multa se le descontará el monto estimado de cumplir con lo dispuesto en este inciso.”

A través de estas indicaciones, los diputados UDI y RN mostraban su desconfianza con la constatación administrativa del daño ambiental, proponiendo la mantención del sistema judicial vigente a la época, rechazando la posibilidad de que fuere obligatoria la reparación ambiental por el solo mérito de la resolución que pone término al proceso sancionatorio, y reduciendo el vínculo entre la constatación del daño en sede administrativa y la reparación ambiental al solo envío de los antecedentes del caso por parte de la SMA al CDE, para que éste, si

encontraba que existía *mérito suficiente* ejerciera la acción respectiva. Como se observa, se supeditaba además el ejercicio de la acción del CDE a un requisito cualitativo, esto es, el mérito, por lo que integraban una condición al ejercicio de la acción que debía constatarse por el CDE y lo liberaban de su naturaleza obligatoria exigible de modo directo mediante canales administrativos y judiciales. Además, mediante su indicación subsidiaria buscaban soslayar los alcances del principio “contamina-paga”, permitiendo que los costos del plan de reparación se descontaran de la multa que conforme a la legislación la SMA cursare al infractor de la norma, minimizando de esta forma, el alcance sancionatorio de la misma. Respecto a esto último, y de un modo acertado, en la reglamentación definitiva del Plan de Reparación no solo no se aceptó esta indicación, sino que además, de modo explícito se consagró la imposibilidad de rebajar los costos que conlleva el plan de reparación de las multas que con ocasión del daño ambiental se cursen.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> En este sentido, el artículo 18 del Reglamento del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación señala lo siguiente: “El plan de reparación, debidamente aprobado por la Superintendencia, será implementado *a costo del infractor*. Los costos en que se hubiese incurrido para elaborar la propuesta de plan de reparación y el respectivo estudio técnico ambiental, o para ejecutar el plan, así como cualquier otro costo que se derive de la reparación, *no podrán rebajarse de las multas* que se hayan impuesto o de cualquier otra obligación o carga legal que recaiga directa o indirectamente sobre el infractor.”

En este trámite, tras oír las distintas posturas, el Ejecutivo presentó una indicación para que el CDE tuviese la obligación de ejercer la acción de reparación por daño ambiental en caso de incumplimiento del plan de reparación, cuando el plan señalado no se presentare en el plazo exigido por la autoridad administrativa, cuando éste hubiese sido rechazado por dicha autoridad y en todos los demás casos que se produzca daño ambiental. Se determinaban así supuestos bajo los cuales se devolvía a los tribunales de justicia la competencia para conocer de la reparación por daño ambiental, y cuyo factor común era la incapacidad del infractor para alcanzar el estándar de conducta exigido por la ley, ya sea en la preparación o en la ejecución del Plan de Reparación. Esta necesidad de contar con supuestos bajo los cuales el CDE pudiese ejercer la acción de reparación por daño ambiental iniciado el procedimiento de aprobación del Plan de Reparación fue acogida en definitiva y se ve reflejada en los artículos 20, 24 y 27 del Reglamento.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Artículo 20.- Presentación de la propuesta de plan de reparación. El procedimiento se iniciará mediante la presentación, ante la Superintendencia, de la propuesta de plan de reparación, suscrita por el infractor o su representante legal.

La Superintendencia examinará, dentro de quinto día de ingresada la presentación, si ésta cumple con los contenidos mínimos a que se refiere el artículo 19 de este Reglamento. En caso que no reúna tales contenidos, se requerirá al proponente para que, en el plazo de cinco días, subsane la falta, bajo apercibimiento de tenerle por desistido de la presentación y *proceder al envío de los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado.*

Finalizado el primer trámite constitucional, el Plan de Reparación quedaba consagrado en la forma imperativa con la cual fue presentado por el Ejecutivo, radicándose en sede administrativa la constatación del daño ambiental y siendo obligatorio para el infractor la presentación del plan ante la SMA. Solo se agregó al articulado original la idea del Ejecutivo en cuanto a establecer supuestos en los que el CDE debía ejercer la acción de reparación ante los tribunales de justicia.<sup>63</sup>

---

Artículo 24.- Informe técnico. El Servicio se pronunciará respecto de la propuesta de plan de reparación mediante un informe técnico que será vinculante para la Superintendencia.

El pronunciamiento será favorable si los plazos y las medidas de reparación propuestas son idóneos en relación a los objetivos a los cuales responden, y su impacto ambiental se ajusta a la normativa ambiental aplicable. En caso contrario, o si el proponente no efectúa las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones solicitadas dentro del plazo otorgado, el informe será desfavorable, y la Superintendencia rechazará la propuesta sin más trámite, *procediendo a remitir los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado*.

Artículo 27.- Seguimiento del plan de reparación. El seguimiento del plan de reparación será efectuado por la Superintendencia a través de los mecanismos que se contemplan en la ley, que podrán incluir el sometimiento a un procedimiento de evaluación y certificación de conformidad.

En el caso de incumplimiento de las acciones, medidas y objetivos del plan de reparación que impidan lograr la reparación del daño ambiental causado en la forma prevista en dicho plan, la Superintendencia así lo declarará mediante resolución, ordenando la *remisión de los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado*, para el ejercicio de la acción de reparación del daño ambiental.

<sup>63</sup> El artículo 43, terminado el primer trámite constitucional, era el siguiente:

Sin perjuicio de las sanciones administrativas que se imponga, el infractor que haya ocasionado un daño ambiental estará obligado a reponer el Medio Ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas.

Para tal efecto, una vez determinada la responsabilidad administrativa y constatada la existencia del daño ambiental, la Superintendencia, en la misma resolución que ponga término al procedimiento sancionatorio, ordenará al infractor presentar, en un plazo determinado, ante el Servicio de Evaluación Ambiental una proposición de reparación avalada por un estudio técnico

## 1.2 Segundo trámite constitucional ante el Senado

En el segundo trámite constitucional ante el Senado, en el Primer Informe de la Comisión de Medio Ambiente de fecha 4 de Agosto de 2009, consta que el rechazo más ostensible ante la forma en que se consagraba el Plan de Reparación vino por parte del Instituto Libertad y Desarrollo. En este sentido se hizo presente que dicha institución consideraba inconveniente que se le otorgara a la Superintendencia la facultad de ordenar la presentación de los planes de reparación, insistiendo la entidad en que debían continuar siendo competentes los Tribunales de Justicia para

---

ambiental, bajo apercibimiento de sancionarlo como responsable de infracción gravísima en caso de no dar cumplimiento a lo ordenado.

El Servicio de Evaluación Ambiental deberá pronunciarse acerca de los aspectos técnicos del plan de reparación que el infractor deberá implementar a su costo y dentro de los plazos que al efecto le fije tal autoridad.

Una vez recibidos por la Superintendencia el plan de reparación y su respectiva aceptación por el Servicio de Evaluación Ambiental, ésta lo aprobará, y le corresponderá la fiscalización de su cumplimiento.

Desde la aprobación del plan de reparación a que se refiere el inciso anterior y mientras éste se ejecute, el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental se suspenderá.

Sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia, el Consejo de Defensa del Estado ejercerá la acción

por daño ambiental cuando exista incumplimiento del plan de reparación, cuando el plan señalado no se presente en el plazo exigido por la autoridad administrativa, cuando éste no sea aprobado por dicha autoridad y en todos los demás casos que se produzca daño ambiental.

El reglamento establecerá el plazo que tendrá el Servicio de Evaluación Ambiental para pronunciarse respecto de la proposición de reparación, avalada por un estudio técnico ambiental, y el plazo en el cual el infractor deberá implementar la reparación.

resolver sobre el particular.<sup>64</sup> En el mismo sentido pronunciaron los senadores Pablo Longueira (UDI) y Andrés Allamand (RN). Este último planteó su inquietud respecto a la posibilidad de que la SMA formulare exigencias desmedidas al causante del daño o que, por el contrario, plantee reparaciones insuficientes.<sup>65</sup>

Otro actor que planteó fuertes resquemores respecto de esta atribución que se le otorgaba a la SMA, fue Jaime Dinamarca, gerente de Medio Ambiente de la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA), quien no estaba de acuerdo con otorgarle facultades jurisdiccionales a la Superintendencia por considerar que la responsabilidad por daño ambiental era un tópico demasiado complejo para ser abarcado en sede administrativa, existiendo variables jurídicas de relevancia que debían ser estudiadas con detención, como el concepto de daño, el factor de atribución de responsabilidad –culpa o dolo- y la relación de causalidad. En su criterio, *“facultar a la Superintendencia para perseguir administrativamente la responsabilidad por daño ambiental, implica someter una controversia de*

---

<sup>64</sup> Historia de la Ley 20.417. p. 710.

<sup>65</sup> Para dicha inquietud la respuesta se encuentra en el artículo 56 de la LO-SMA, el cual señala que los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley podrán reclamar de las mismas ante el Tribunal Ambiental.

*carácter jurisdiccional, en la que están envueltas cuestiones jurídicas complejas, a la discrecionalidad administrativa de un organismo fiscalizador, lo cual no se aviene con el precepto constitucional que reserva a los tribunales de justicia el conocimiento de este tipo de controversias.”<sup>66</sup>*

La primera indicación para hacer una modificación sustancial al Plan de Reparación vino de parte del Senador Allamand, quien propuso que se facultara a la Superintendencia del Medio Ambiente, en caso de que exista daño ambiental, para ejercer la acción de reparación por daño ambiental, siendo el tribunal que conozca esta acción el competente para ordenar al infractor la reparación del medio ambiente dañado. Para tal efecto, una vez determinada la existencia de daño ambiental, el tribunal ordenaría al infractor presentar, en un plazo determinado, una proposición de reparación avalada por un estudio técnico ambiental. Una vez recibido este estudio, el tribunal daría traslado al Servicio de Evaluación Ambiental por 20 días, el que debería pronunciarse acerca de los aspectos técnicos del plan de reparación que el infractor debería implementar a su costo. Si el informe del SEA era favorable, el tribunal procedería a aprobarlo.

---

<sup>66</sup> Historia de la Ley 20.417. p. 728.

Con esta proposición, parecía darse cabida a una figura mixta de reparación donde la constatación del daño se producía en sede Administrativa, mientras que los supuestos configurativos de la responsabilidad quedaban sujetos al escrutinio de los tribunales. Sin embargo, con este esquema básicamente se mantenía el sistema vigente con muy leves modificaciones, ya que debiendo el tribunal constatar todos los requisitos normativos de la responsabilidad ambiental—uno de los cuales, por cierto, es el daño—, la única variación consistía en extender la titularidad activa de la acción reparativa a la SMA y en establecer un procedimiento específico para definir cómo se llevaría a cabo la reparación, la que estaría restringida por la proposición que hiciera el mismo infractor más la aprobación del SEA en lo que se refiere a sus aspectos técnicos.

Una proposición interesante, que se avenía con criterios de participación ciudadana y acceso a la justicia ambiental, fue la que hicieron los Senadores Guido Girardi (Partido Por la Democracia –PPD–), Alejandro Navarro (Movimiento Amplio Social –MAS–), Carlos Ominami (Partido Socialista –PS–), Guillermo Vásquez (Partido Radical Socialdemócrata –



PRSD-) y Carlos Cantero (en ese entonces RN), quienes fueron de la idea de mantener el texto aprobado en el primer trámite constitucional, pero agregando que, contra la aprobación del plan de reparación por parte de la SMA podrían oponerse aquellos terceros interesados o afectados por el daño ambiental. De la oposición se daría traslado al infractor con cuyos descargos o sin ellos se resolvería sobre el cumplimiento del plan de reparación. En todo caso, la resolución que se pronunciara sobre la oposición o que fijara el plan de reparación sería apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva. Esta indicación fue rechazada por el voto en contra de los Senadores Allamand, Longueira y Horvath (RN) y el voto a favor de los Senadores Girardi y Navarro.

Por su parte, el Senador Longueira fue de la idea de no dar curso a la creación de la figura del Plan de Reparación, y que el artículo 43 de la Ley se agotara en extender la titularidad activa de la acción de reparación por daño ambiental a la SMA.

La mayor modificación a la idea original del Plan de Reparación, en todo caso, consta en el Boletín de Indicaciones, de fecha 27 de octubre de

2009, en el que se manifiesta el diametral cambio de parecer del Ejecutivo, quien presentó una indicación con el texto del artículo 43 que en definitiva se aprobó, pasando de esta manera a concebir la presentación del Plan de Reparación ya no como una obligación del infractor, sino como un acto jurídico voluntario. De esta forma, se otorgaba al causante del daño ambiental la prerrogativa de aceptar la constatación del daño en sede administrativa y proponer una forma de repararlo, o esperar una eventual judicialización del conflicto, lo que en caso de ocurrir, haría precluir su derecho a presentar un Plan de Reparación. Esta indicación fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión, esto es, los Senadores Allamand, Girardi, Horvath, Longueira y Navarro.

## **2. Regulación actual y tramitación del Plan de Reparación**

### **2.1 Definición**

El reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación define a este último en su artículo 2 letra f), como un “documento que contiene los objetivos y medidas de reparación del daño

ambiental causado, presentado por el infractor conforme a lo previsto en el Reglamento, avalado por un estudio técnico ambiental”. Como se puede observar, siguiendo el ejemplo de otros cuerpos legales –como el Código de Procedimiento Civil al definir “proceso”<sup>67</sup>- el legislador optó por conceptualizar los planes de reparación desde una perspectiva meramente material, refiriéndose a él en cuanto objeto sensorialmente perceptible antes que como institución jurídico-normativa. Estimo que la definición empleada presenta una deficiencia que deriva de la equivocación en la que se incurre al confundir el Plan de Reparación con la *propuesta* de Plan de Reparación que hace el autor del daño ambiental a la SMA, confusión que en todo caso es sistémica, ya que el artículo 43 de la LO-SMA si bien permite distinguir correctamente en su inciso 1° entre Plan de Reparación y la propuesta del titular, luego en su inciso 3° incurre en el citado yerro. Si bien esta confusión no plantea problemas prácticos o de implementación sí implica un problema conceptual, ya que por cómo se define en el Reglamento, el plan de reparación abarcaría solo la propuesta que es ingresada por el infractor a la SMA, mas como el artículo 2 letra f) contempla un límite

---

<sup>67</sup>Artículo 29 CPC: Se formará el proceso con los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio. Ninguna pieza del proceso podrá retirarse sin que previamente lo decrete el tribunal que conoce de la causa.

temporal y material –el documento *presentado* por el infractor-, el resultado final de la propuesta una vez que atraviesa el procedimiento de aprobación respectivo y que es en definitiva aquel que se ejecutará por el causante del daño, no se encontraría en la nomenclatura asignada. Por esta razón prefiero definir el plan de reparación como el mecanismo en virtud del cual, quien con ocasión de una infracción a la normativa ambiental provoca un daño al medio ambiente, se obliga a repararlo en los términos estipulados en un programa avalado por un estudio técnico ambiental, evaluado por el SEA y aprobado por la SMA, y cuya ejecución satisfactoria conlleva la extinción de la acción de reparación por daño ambiental.

Cabe tener presente que para que exista responsabilidad por daño ambiental no es requisito que haya un incumplimiento a la normativa ambiental, pues en muchas ocasiones el estándar de cuidado debido no está definido explícitamente en la ley, y es deber del juez, como ya se ha explicado en esta presentación, construir dicho estándar basado en patrones abstractos de conducta que tienen por base el cuidado que hubiere empleado un hombre prudente en la misma circunstancia. Sin embargo, como el Plan de Reparación se da en el contexto de un procedimiento administrativo

sancionador, será un elemento de su esencia la existencia de una infracción a la normativa ambiental –instrumentos de gestión ambiental-, de ahí que incluya esta característica en la definición que propongo. Esto supone que habrá un espectro de daños ambientales que por no suponer una infracción normativa no podrán someterse al Plan de Reparación, aun cuando por su naturaleza sí puedan ser objeto de la acción de reparación por daño ambiental.

## **2.2 El plan de Reparación en la Ley y el Reglamento.**

El artículo 43 de la LO-SMA es la piedra angular sobre la cual se erige el Plan de Reparación. Esta norma señala lo siguiente:

“Sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan, una vez notificada la resolución de la Superintendencia que pone término al procedimiento sancionador, el infractor podrá presentar voluntariamente ante ella una propuesta de plan de reparación avalada por un estudio técnico ambiental.

El Servicio de Evaluación Ambiental deberá pronunciarse acerca de los aspectos técnicos del plan de reparación que el infractor deberá implementar a su costo y dentro de los plazos que al efecto le fije tal autoridad.

Una vez recibidos por la Superintendencia el plan de reparación y su respectiva aceptación por el Servicio de Evaluación Ambiental, ésta lo aprobará, y le corresponderá la fiscalización de su cumplimiento.

Desde la aprobación del plan de reparación a que se refiere el inciso anterior y mientras éste se ejecute, el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental se suspenderá. Si se ejecutare dicho plan satisfactoriamente, la acción señalada se extinguirá.

Si existiere daño ambiental y el infractor no presentare voluntariamente un plan de reparación, se deberá ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental.

El reglamento establecerá el plazo que tendrá el Servicio de Evaluación Ambiental para pronunciarse respecto de la proposición de reparación, avalada por un estudio técnico ambiental, y el plazo en el cual el infractor deberá implementar dicha reparación.”

Como se observa en el artículo citado, son tres los elementos esenciales que deben concurrir para la procedencia del Plan de Reparación:

- a) El acto administrativo de la SMA que pone término al procedimiento sancionatorio constatando una infracción;
- b) La existencia de daño ambiental con motivo de una infracción a la normativa del ramo; y
- c) El acto jurídico voluntario por medio del cual el infractor presenta una propuesta de plan de reparación a la Superintendencia del Medio Ambiente.

Con la concurrencia de estos tres elementos se iniciará el procedimiento administrativo que tiene por fin aprobar la propuesta del plan de reparación y que, en definitiva, en el mejor escenario conlleva la extinción de la acción de reparación por daño ambiental.

### **2.2.1 Plazo de presentación**

Para presentar la propuesta del plan de reparación el infractor tendrá plazo hasta el momento en que se le notifique la resolución que provee la acción por daño ambiental o alguna de las medidas cautelares contempladas en el artículo 24 de la ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales. Acaecido este hecho, precluirá su derecho a presentar la propuesta de plan de reparación y deberá atenerse a lo resuelto en sede judicial.

Aun cuando el plazo para presentar la propuesta de plan de reparación esté configurado de modo amplio, y su límite pueda vincularse con la prescripción de la acción de responsabilidad ambiental por ser su extinción el incentivo a la presentación de un plan de reparación, cabe tener presente que el artículo 17 del Reglamento, en su inciso segundo, establece enfáticamente que una vez terminado el procedimiento administrativo sancionatorio que constate la existencia de daño ambiental, la SMA deberá enviar al CDE los antecedentes necesarios para que éste ejerza la acción por daño ambiental. En este sentido, cabe preguntarse si el CDE se encuentra facultado para ejercer dicha acción o si se encuentra obligado a ello, pues la



respuesta a dicha interrogante nos permitirá otorgarle orientación al infractor sobre la premura que debe tener para elaborar su propuesta de plan de reparación. Al respecto, cabe señalar que el inciso quinto del artículo 43 de la LO-SMA establece que si existiere daño ambiental y el infractor no presentare voluntariamente un plan de reparación, se *deberá* ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental. Estimo que el citado inciso contiene un mandato legal dirigido al CDE como legitimado activo de la acción de reparación ambiental conforme lo dispuesto en el artículo 54 de la ley 19.300 y como representante del Estado en cuanto garante del derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 8 CPR, para que ejerza dicha acción una vez le hayan sido remitidos los antecedentes. Mi opinión se funda en el criterio de interpretación sistemático y en el principio básico de hermenéutica legal por el cual se debe siempre preferir aquella interpretación en virtud de la cual la norma tenga aplicación por sobre aquella que la haga inútil. Si no se interpretara de esta manera, sería forzoso concluir que el citado precepto es una suerte de norma informativa por medio de la cual solo se comunica a los legislados cuál es la vía por la cual deben acudir a los Tribunales de Justicia, interpretación superflua atendida la circunstancia de que el ejercicio de la acción de reparación por daño

ambiental es la única alternativa en sede judicial para poder obtener dicha reparación, y que conforme lo dispone el artículo 7 del Código Civil el Derecho se presume conocido por todos. Además, de no interpretarse de esa manera, el medio ambiente dañado podría quedar desprovisto de protección vulnerándose el precepto constitucional citado, ya que según el artículo 18 N° 2) de la Ley 20.600, en el caso del inciso quinto del artículo 43 de la LO-SMA, esto es, cuando en el proceso sancionatorio se constata la existencia del daño ambiental y el infractor no presenta voluntariamente un plan de reparación, la acción de reparación deberá siempre ejercerla el Consejo de Defensa del Estado como parte principal.

Ahora bien, esto no quiere decir que el CDE deberá ejercer la acción de reparación por daño ambiental *ipso facto* una vez que la autoridad ambiental fiscalizadora le remita los antecedentes del caso, pues bien podría ocurrir que lo remitido por la Superintendencia no sea suficiente para iniciar un procedimiento judicial. En este sentido, la obligación se traduce en una primera etapa en la que se deben recabar antecedentes y preparar la acción, para luego ejercerla y perseguir así la reparación del medio ambiente dañado cuando corresponda.

## 2.2.2 Estudio Técnico Ambiental

La propuesta del plan de reparación, cuyo contenido mínimo se encuentra detallado en el artículo 19 del Reglamento<sup>68</sup>, debe estar avalada por un estudio técnico ambiental, el cual está definido en el artículo 2 letra

---

<sup>68</sup> Artículo 19.- Contenido del plan de reparación. La propuesta de plan de reparación tendrá el siguiente contenido mínimo:

- a) Nombre o razón social del proponente y domicilio, así como de su representante, cuando corresponda.
- b) Antecedentes que acrediten que la presentación se hace por persona facultada legalmente para ese efecto.
- c) Descripción del daño ambiental causado, en concordancia con la resolución que haya puesto término al procedimiento administrativo sancionatorio respectivo.
- d) Descripción del sitio o lugar en el cual se implementarán cada una de las medidas propuestas, así como el área de influencia de estas últimas, incluyendo, de ser procedente, información de las características del área con anterioridad al daño causado.
- e) Descripción de los objetivos generales y específicos de la reparación propuesta.
- f) Descripción de las medidas de contención que se han adoptado y las que se proponen para controlar el daño ambiental causado.
- g) Descripción de las medidas de reparación que se proponen, y la forma, lugar y plazo en que se implementarán.
- h) Descripción de los potenciales efectos asociados a la implementación de las medidas de reparación, así como las medidas para hacerse cargo de ellos, si correspondiere.
- i) Cronograma que contenga los plazos para alcanzar los objetivos, la implementación de las medidas y de su seguimiento.
- j) Programa de seguimiento de las medidas propuestas y de las variables ambientales relevantes, incluyendo indicadores y reportes periódicos, entre otros instrumentos que permitan verificar la ejecución y eficacia de las medidas.
- k) Descripción de la forma de cumplimiento de la normativa ambiental aplicable a las medidas, incluyendo las acciones que involucren.
- l) Indicación de los permisos o pronunciamientos de carácter sectorial que se requieran para la implementación de cada una de las medidas propuestas.
- m) Un estudio técnico ambiental que lo avale, que incluirá la referencia de todos los documentos de carácter científico, técnico o legal, que se han utilizado para la definición del plan de reparación y la elaboración del estudio técnico ambiental.
- n) El listado de los nombres de las personas que participaron en la elaboración del estudio técnico ambiental, incluyendo sus profesiones e indicando las funciones y tareas específicas que desarrollaron.

d) del Reglamento como un documento presentado por el infractor que avala el plan de reparación que se propone implementar. La definición es bastante vacua, pero se ve complementada por la letra m) del artículo 19 del Reglamento, literal que señala que dentro de los contenidos del plan de reparación, se debe incluir un estudio técnico ambiental que haga referencia a todos los documentos de carácter científico, técnico o legal que se hayan utilizado para la definición del mismo y la elaboración del estudio.

Para brindar más certeza a quienes quieran presentar una solicitud de plan de reparación y facilitar la labor de la Administración, existen ciertos criterios orientadores que nos permiten tener más claridad en cuanto al contenido que debe tener el estudio técnico ambiental. En este sentido, el día 14 de junio del año 2012, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad dictó una proposición para el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Plan de Reparación<sup>69</sup>, que se constituyó en la base del reglamento actual. En este acuerdo se señalaba pormenorizadamente cuál era el contenido que debía tener el estudio técnico ambiental, y si bien esta norma no se conservó en el articulado final

---

<sup>69</sup> Acuerdo N° 13/2012, de 14 de junio de 2012.

del reglamento, sirve como antecedente para establecer elementos que permitan complementar la norma actual.<sup>70</sup> Es relevante tener esto en consideración, ya que si la autoridad considera defectuoso el estudio técnico ambiental, puede rechazar la propuesta respectiva y se remitirán los antecedentes al CDE para que ejerza la acción de reparación de daño ambiental.

---

<sup>70</sup> Artículo 19.- Contenido del estudio técnico ambiental. El estudio técnico ambiental se presentará conjuntamente con la propuesta de plan de reparación, como un documento anexo al mismo, debiendo tener el siguiente contenido mínimo:

- a) Caracterización del daño ambiental causado, en concordancia con la resolución que haya puesto término al procedimiento sancionatorio respectivo.
- b) Descripción del sitio o lugar en el cual se implementarán cada una de las medidas propuestas, así como el área de influencia de estas últimas.
- c) Descripción del medio ambiente y de sus componentes afectados, con anterioridad al daño causado.
- d) Justificación de los objetivos propuestos.
- e) Descripción de las medidas de reparación y los potenciales efectos asociados a su implementación, así como las medidas para hacerse cargo de ellos, si correspondiere.
- f) Descripción de las medidas de prevención de riesgos, contingencia, contención y alternativas que se proponen.
- g) Evaluación de la eficacia y oportunidad de las medidas de reparación propuestas en relación a los objetivos a los cuales responden.
- h) Acreditación de la forma de cumplimiento de la normativa ambiental aplicable a las medidas, incluyendo las acciones que involucren.
- i) Antecedentes que acreditan el cumplimiento de los requisitos de los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental que se requiera.
- j) Fundamentación del cronograma del plan.
- k) El listado de los nombres de las personas que participaron en la elaboración del estudio técnico ambiental, incluyendo sus profesiones e indicando las funciones y tareas específicas que desarrollaron.

El Estudio Técnico Ambiental contemplará un apéndice con la información que sirva de apoyo para la comprensión del mismo, ordenada en forma de anexos, la que incluirá la referencia de todos los documentos de carácter científico, técnico o legal que se han utilizado para la definición del plan de reparación y la elaboración del estudio técnico ambiental.

### **2.2.3 Examen de admisibilidad**

Una vez que la SMA recibe la propuesta del plan de reparación, tendrá un plazo de cinco días para ver si ésta cumple con el contenido mínimo ordenado por el artículo 19 del Reglamento, luego de lo cual, si la propuesta se ajusta al citado artículo, la enviará al SEA para que éste se pronuncie sobre los aspectos técnicos del plan. En caso de que no reúna tales contenidos se requerirá al proponente para que, en el plazo de 5 días, subsane la falta, bajo apercibimiento de tenerle por desistido de la presentación y proceder al envío de los antecedentes al CDE.

Sin duda será materia de discusión si el examen de admisibilidad que debe hacer la Superintendencia tiene un carácter cualitativo o meramente formal. Por cómo está consagrada la norma, y por el breve plazo que se le asigna, todo parece indicar que el legislador quiso que este examen de admisibilidad se agotara en una labor formal en la que no puede analizarse el mérito del plan de reparación. Esta interpretación conlleva, como se verá más adelante, dejar sin facultades relevantes dentro del procedimiento de aprobación del plan de reparación al organismo que, aun cuando pueda no

tener los conocimientos técnicos para calificar la idoneidad de las medidas reparadoras, por haber liderado el proceso sancionatorio tiene más conocimiento acerca de cómo se produjo el daño ambiental y en qué circunstancias, pudiendo hacer aportes relevantes para que el plan de reparación se condiga con los daños efectivamente causados.

#### **2.2.4 Evaluación técnica de la propuesta**

Conforme lo dispone el artículo 23 del Reglamento, una vez que el SEA reciba la propuesta de parte de la SMA, deberá evaluar los aspectos técnicos del plan de reparación y el estudio técnico ambiental que lo avala. Esta evaluación comprenderá la idoneidad de las medidas en relación a los objetivos a los cuales responden, la eficacia del plan para alcanzar los objetivos de reparación, los plazos y los fundamentos técnicos de la propuesta. Además, conforme lo señala el citado precepto, el SEA *podrá* solicitar los informes que juzgue necesarios a los organismos sectoriales con competencia ambiental, así como solicitar al proponente las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones a la propuesta que se requieran

para evaluar el plan en su conjunto, así como los aspectos técnicos de una medida en particular, otorgándole un plazo para ello.

Como se desprende, y a diferencia de lo que ocurre dentro del SEIA, no es deber del SEA recabar el pronunciamiento de los organismos sectoriales con competencia ambiental, pudiendo prescindir de ellos para evaluar la propuesta. Incluso, aún cuando los solicitara, no hay norma alguna que obligue al SEA a pronunciarse sobre ellos, sin perjuicio de que el acto de aprobación o rechazo del plan de reparación pueda ser impugnado si es que la decisión adolece de arbitrariedad o ilegalidad. Esto resulta cuestionable atendido el hecho de que estos organismos manejan información técnica relevante que puede resultar necesaria para que el Plan de Reparación adopte efectivamente las medidas más idóneas para reparar el medio ambiente dañado y con un menor grado de impactos ambientales en el proceso de ejecución.



### **2.2.5 Reparación parcial del medio ambiente dañado**

Lo señalado en el párrafo anterior no es la única conclusión que se puede desprender del artículo 23 del Reglamento, pues esta norma entraña también una de las razones de por qué el Plan de Reparación está consagrado en nuestra legislación como un instrumento que puede adoptarse para conseguir la reparación *parcial* del daño causado al medio ambiente y no necesariamente su reparación íntegra. En efecto, ni en la LO-SMA ni en el Reglamento existe norma alguna que señale que el plan de reparación debe necesariamente abarcar todo el daño por el cual la SMA hubiere sancionado al infractor, y en el artículo 23 del Reglamento se señala que la idoneidad de las medidas que se sometan a evaluación del SEA debe guardar relación solamente con los objetivos a los que éstas respondan, objetivos que dado el sustento dispositivo del procedimiento para la aprobación de los planes de reparación, son escogidos por el mismo proponente. En este sentido, el artículo 19 del Reglamento, señalando cuál es el contenido del Plan de Reparación, establece en su letra e) que éste debe contener una “*descripción de los objetivos generales y específicos de la reparación propuesta*”, dando a entender que tanto la forma de la

reparación como el alcance que tendrá dependen de la voluntad del proponente.

En mi opinión, el entramado normativo es coherente y dificulta arribar a otra conclusión, pues en el mismo sentido se pronuncia el artículo 24 del Reglamento al señalar en su inciso segundo que el pronunciamiento del SEA será favorable si los plazos y las medidas de reparación propuestas son idóneos *en relación a los objetivos a los cuales responden*, y el artículo 28 al establecer que el proponente debe presentar un informe final de cumplimiento en el que se acredite la consecución de *los objetivos de reparación propuestos*. Si se analizan todos los preceptos citados, se verá que el regulador procuró que toda alusión al alcance de la reparación estuviese subordinada a los objetivos que la delimitaban, lo que nos permite concluir que negó correlativamente la necesidad de que el Plan de Reparación tuviese como requisito abarcar todo el daño causado.

Ahora bien, en ningún caso lo señalado en el párrafo anterior supone que por ese hecho el causante del daño ambiental encuentra un mecanismo para evadir la obligación que conforme a los artículos 3 y 51 de la Ley N°

19.300 y a los principios de responsabilidad y contaminador-pagador que imbuyen a la legislación ambiental, tiene de responder por la totalidad de los daños que ha ocasionado. Por el contrario, quiere decir que los beneficios que importa el Plan de Reparación para el proponente, esto es, la extinción de la acción de reparación por daño ambiental, procederá solo en relación al daño que se ha propuesto reparar. Pero la reparación de los daños que queden fuera del plan aprobado, en atención a que éstos conforman procesalmente un objeto de pedir distinto, podrá ser exigida judicialmente por la vía de la acción de reparación por daño ambiental. Lógicamente, la suspensión del plazo de prescripción de la acción a la que se refiere el inciso 4 del artículo 43 LO-SMA, y que perdura desde la aprobación del plan de reparación por parte de la SMA hasta su ejecución satisfactoria, se aplicará solo en relación con los daños que busca reparar el plan. Además, la interpretación señalada implica que el causante del daño ambiental podrá presentar un plan de reparación acorde a sus capacidades reales, mientras que los daños no comprendidos en su propuesta pueden perseguirse conforme las reglas generales. Esto permite un acercamiento entre el infractor y la autoridad ambiental que facilita la labor de

fiscalización y persecución de la reparación del daño ambiental, y reivindica la arista colaborativa de este instrumento.

Mediante esta configuración normativa, el legislador resguarda los derechos fundamentales que la Constitución garantiza y que podrían verse vulnerados por una propuesta negligente y/o una autoridad administrativa poco rigurosa, y reconoce la supremacía del principio de responsabilidad ambiental, permitiendo que cualquier elemento del medio ambiente dañado que no fuere incluido en el plan de reparación, o que estando incluido no fuere reparado integralmente, sea objeto de cautela mediante el ejercicio de la acción judicial.

### **2.2.6 La participación ciudadana en la tramitación del Plan de Reparación**

Una vez que el SEA evalúe la propuesta del plan de reparación, emitirá un informe que, según el artículo 24 del Reglamento, tendrá un carácter vinculante para la SMA. Este informe será favorable si los plazos y las medidas de reparación propuestas son idóneos en relación a los

objetivos a los cuales responden y si su impacto ambiental se ajusta a la normativa aplicable. En caso contrario, el informe será desfavorable y la Superintendencia rechazará la propuesta sin más trámite, procediendo a remitir los antecedentes al CDE.<sup>71</sup>

Establecida por el legislador la obligatoriedad del informe del SEA para la SMA, el artículo 26 del Reglamento termina por extraer cualquier prerrogativa sustantiva de la Superintendencia en el procedimiento de aprobación del plan de reparación al señalar, en su inciso segundo, que una vez recibido el informe técnico favorable y previo a resolver, la Superintendencia podrá requerir al infractor las rectificaciones o mejoras que estime necesarias *para el adecuado seguimiento de la ejecución del*

---

<sup>71</sup> Los incisos 3 y 4 del artículo 24 del Reglamento señala los contenidos mínimos que debe incluir el informe, estableciendo para tales efectos que: (...) El informe técnico será fundado, contendrá las consideraciones de carácter técnico en que se sustente, incluidas las conclusiones respecto de la idoneidad y eficacia del plan en su conjunto y de cada una de sus medidas en particular. En caso de ser favorable, el informe técnico incluirá, a lo menos:

- a) Las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para implementar las medidas.
- b) La normativa ambiental y su forma de cumplimiento, a la cual deberá ajustarse la implementación de las medidas, incluyendo las acciones que involucren.
- c) La indicación de los permisos sectoriales que resultan aplicables a la implementación de las medidas propuestas y del cumplimiento de los requisitos de carácter ambiental previstos para su otorgamiento.
- d) La indicación de los plazos dentro de los cuales se deberá implementar las medidas y efectuar su seguimiento.
- e) Una ponderación de las observaciones recibidas en el período de información pública a que se refiere el artículo 21 del presente Reglamento.

*plan* –no para otros fines-, luego de lo cual, comprobando el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 19 del Reglamento, procederá a *aprobarlo sin más trámite*. Como se observa, la única injerencia que tendrá la SMA dentro del procedimiento de aprobación del plan de reparación guarda relación solamente con las medidas de seguimiento de su ejecución, pero la evaluación misma del plan quedará por completo entregada al SEA. Sin embargo, como se explicará en los párrafos siguientes, estimo que existe un supuesto dentro del cual la SMA podría entrar a analizar el mérito del plan de reparación y rechazarlo incluso contra el informe favorable del SEA. Este supuesto guarda relación con el mecanismo de participación ciudadana dentro del procedimiento de aprobación del plan de reparación.

El artículo 21 del Reglamento le concede a la SMA la facultad de abrir un período de información pública después de haber recibido la propuesta de plan de reparación y antes de remitirla al SEA, para lo cual, conforme lo señala el citado precepto, *podrá* ordenar la apertura de este espacio de participación ciudadana, procediendo de conformidad a lo señalado en el artículo 39 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la

Administración del Estado. Este artículo, por su parte, señala que para estos efectos se hará un anuncio en el Diario Oficial o en un diario de circulación nacional, a fin de que cualquier persona pueda examinar el procedimiento, o la parte del mismo que se indique. El anuncio señalará el lugar de exhibición y determinará el plazo para formular observaciones, que en ningún caso podrá ser inferior a diez días, luego del cual, la Administración otorgará una respuesta razonada.

Para entender cómo se vincula la participación ciudadana con la posibilidad de que la SMA tenga facultades para conocer del fondo dentro del procedimiento de aprobación de un plan de reparación, es necesario vincular el ya señalado artículo 21 con lo dispuesto en los incisos 3 y 4 del artículo 26 del mismo cuerpo reglamentario, esto es, que una vez recibido el informe técnico favorable del SEA –el cual, según el artículo 24 letra e) del Reglamento debe contener una ponderación de las observaciones ciudadanas recibidas-, la resolución que dicte la SMA aprobando el plan de reparación será fundada y en ella se *deberá considerar* las observaciones de las personas que se hayan presentado dentro del período de información pública al que se refiere el artículo 21 del Reglamento. Si la SMA debe

considerar las observaciones que haya planteado la ciudadanía, significa que debe hacerse cargo de ellas razonadamente al momento de aprobar el Plan de Reparación, pues de lo contrario su decisión sería ilegal y consiguientemente inconstitucional conforme lo dispuesto en el artículo 6 CPR. De esta manera, la ley establece un doble mecanismo para asegurar que las observaciones ciudadanas sean consideradas en el procedimiento de aprobación del plan de reparación, por un lado, mediante la debida ponderación que debe hacer el SEA, y por el otro, a través de su debida consideración por parte de la SMA.

Es criticable que el legislador haya dejado bajo la exclusiva discrecionalidad de la SMA la decisión de hacer partícipe del proceso de reparación ambiental a la ciudadanía, sobre todo tomando en consideración que la materia a discutir es justamente un bien cuya afectación repercute en la nación toda, y más aún, a las personas que estén directamente vinculadas con la zona en la que se manifieste el daño ambiental. Esta construcción normativa resulta inconsistente con la tendencia global a abrir canales reales de acceso a la justicia, como queda de manifiesto en el principio 10 de la



Declaración de Río<sup>72</sup>, propensión que incluso fue recogida en el Mensaje del Ejecutivo con el que se despachó el proyecto de ley que más tarde se convertiría en la Ley 20.417 al señalarse que *“un sistema de participación ciudadana transparente, informado y público puede contribuir a una mejor calidad de las decisiones, pero también a una adecuada gobernabilidad ambiental”*<sup>73</sup> Esto es sin duda una falencia importante en este procedimiento que debe ser corregida, pues de lo contrario, este mecanismo para salvaguardar los intereses de la ciudadanía se torna bastante feble.

### **2.2.7 Seguimiento y ejecución del Plan de Reparación**

Una vez aprobado el plan de reparación por la SMA, conforme lo disponen el inciso 4 del artículo 43 LO-SMA y el artículo 16 del Reglamento, se suspenderá el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental y se comenzará a ejecutar el plan.

---

<sup>72</sup> Principio 10: El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

<sup>73</sup> Historia de la Ley 20.417, p. 20.

El seguimiento y fiscalización del plan de reparación será efectuado por la SMA, la que en caso de incumplimiento de las acciones, medidas y objetivos del plan de reparación que impidan reparar el daño ambiental en la forma prevista en el plan, lo declarará así mediante resolución, ordenando la remisión de los antecedentes al CDE para el ejercicio de la acción de reparación del daño ambiental (artículo 27 del Reglamento).

Una vez implementadas íntegramente cada una de las medidas contempladas en el plan de reparación, y cumplido el plazo de ejecución señalado en la resolución que aprobó el plan, el infractor presentará ante la Superintendencia un informe final de cumplimiento, en el que se acreditará la realización de las medidas dentro de plazo, así como el cumplimiento de los objetivos de reparación previstos (artículo 28 del Reglamento). La SMA deberá pronunciarse respecto del informe final dentro del plazo de 30 días contados desde su presentación. En caso de comprobar la ejecución satisfactoria del Plan de Reparación, la Superintendencia así lo declarará mediante resolución, con lo cual la acción de reparación del daño ambiental se extinguirá (artículo 29 del Reglamento), efecto que como ya se señaló, se

limitará estrictamente a los daños que fueron efectivamente objeto del plan de reparación.

Si bien el legislador no señala expresamente respecto de quien se extingue la acción de reparación por daño ambiental, en mi opinión, ésta circunstancia debiese operar tanto respecto del Estado como de terceros, ya que al no haber distinguido el legislador no es dable al intérprete hacerlo. Además, no parece haber norma alguna que permita concluir de modo distinto, y si lo hubiere, dicha disposición contravendría el incentivo mismo que supone el Plan de Reparación, pues de ser posible para terceros perseguir judicialmente la reparación del daño ambiental, aun cuando el plan de reparación se haya ejecutado satisfactoriamente, no existirían entonces mayores estímulos para optar por emplear este mecanismo. Con todo, esto no obsta, como ya se señaló, a que se puedan perseguir judicialmente todos aquellos daños que no hayan sido efectivamente objeto del plan de reparación.

### 2.2.8 Recursos

En cuanto al régimen recursivo aplicable durante la tramitación del plan de reparación, hay que señalar que no existe norma especial alguna que lo regule, por lo que las resoluciones dictadas a lo largo de este procedimiento por parte de la SMA serán impugnables conforme a las reglas generales que operan en esta materia. Al respecto, cabe destacar que el Párrafo 4 del título III de la LO-SMA (artículos 55 y ss.) consagra un régimen recursivo específico respecto de las resoluciones dictadas por la SMA, por lo que cuando el artículo 62 de la misma ley establece la aplicación supletoria de la Ley 19.880 en aquellos aspectos que no hayan sido regulados por la LO-SMA, se entiende que dicha supletoriedad no alcanza a las materias efectivamente tratadas en los artículos. 55 y ss. de la mentada ley orgánica. En este sentido, tal como lo ha consignado la jurisprudencia administrativa de la SMA<sup>74</sup>, el recurso de reposición está limitado por el artículo 55 de la LO-SMA solo a aquellas resoluciones de la SMA que impongan sanciones, por lo que el recurso de reposición al que se refieren los artículos 15 y 59 de la Ley 19.880, no sería aplicable de forma

---

<sup>74</sup> SMA, 25.02.2013, Resolución exenta N° 179 que resuelve recurso jerárquico que indica.

supletoria en otras materias. Esto implica que las resoluciones que dicte la SMA durante el procedimiento de aprobación del plan de reparación, no podrán ser objeto del citado recurso. Lo mismo ocurriría respecto de los recursos jerárquico y extraordinario de revisión a los que se refieren los artículos 59 y 60 de la Ley 19.880 respectivamente, por no estar contemplados en la regulación especial de la LO-SMA. Este es el mismo criterio que reiteradamente ha seguido la Contraloría General de la República (en adelante, CGR), quien ha señalado que *“no procede la aplicación de los recursos de reposición y jerárquico contemplados en los artículos 10 de la ley 18575 y 59 de la ley 19880, respecto de resoluciones dictadas en procedimientos de reclamación de multas dispuestas por los inspectores o funcionarios de la Dirección del Trabajo, contemplados en los artículos 474, 481 y 482 del código del ramo. Ello porque tales normas, regulan pormenorizadamente los recursos que pueden interponerse (...) El recurso de reposición previsto en la ley 18575, y regulado en la ley 19880, constituye un resguardo mínimo contemplado con la finalidad de garantizar que las personas no queden desprotegidas frente a las resoluciones de la autoridad administrativa que puedan afectarlas, pero*

*que no cabe cuando se trata de procedimientos reglados por la ley en los cuales, ya se han contemplado medios específicos de impugnación.”<sup>75</sup>*

En razón de lo expuesto en el párrafo anterior, los recursos procedentes contra las resoluciones dictadas durante el procedimiento de aprobación del Plan de Reparación serían, conforme a la LO-SMA, el reclamo de ilegalidad (artículo 56 inciso I de la LO-SMA<sup>76</sup> en relación con el artículo 17 N° 3 de la Ley 20.600<sup>77</sup>), y según las reglas generales, aun cuando por su naturaleza no sean recursos propiamente tales, la acción de protección de garantías constitucionales (artículo 20 de la CPR), la acción de nulidad de derecho público (artículo 6 y 7 de la CPR), y el ejercicio de las potestades de invalidación, revisión y aclaración a las que se refieren los artículos 53, 61 y 62 de la Ley 19.800 respectivamente.

---

<sup>75</sup> Contraloría General de la República, 28.02.2007, Dictamen N° 9494. En el mismo sentido los siguientes Dictámenes de la Contraloría: 10.718 de 1995, 3.012 de 1.999, 14.459 de 2001, 23.824 y 37.747, ambos de 2003, 3.559 de 2004, 17.245 de 2005 y 7.390 de 2006.

<sup>76</sup> Artículo 56.- Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental.

<sup>77</sup> Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:  
3) Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción.

### **2.2.9 El Plan de Reparación y el SEIA**

Quisiera referirme también a una norma particular del Reglamento cuya inclusión, en mi opinión, resulta bastante cuestionable desde la óptica de la preservación del medio ambiente, el cumplimiento al principio preventivo y el respeto a la vinculación jerárquica de las normas. Me refiero al artículo 22 inciso segundo, el cual señala que “la propuesta de plan de reparación no requerirá ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, como tampoco requerirá contar con una resolución de calificación ambiental favorable para la ejecución de sus medidas.”

Dependiendo de la magnitud del daño causado, es muy posible que los mecanismos destinados a repararlo puedan provocar impactos ambientales importantes. El mismo Reglamento reconoce esta posibilidad al señalar en su artículo 19 letra h) que en la propuesta del plan de reparación se debe incluir la descripción de los potenciales efectos asociados a la implementación de las medidas de reparación, y luego, en su artículo 24, al establecer que el pronunciamiento del SEA será favorable si es que los impactos ambientales del plan se ajustan a la normativa ambiental. Por esta

razón, atendido el hecho de que el SEIA es el instrumento de gestión ambiental destinado a evitar o disminuir los impactos ambientales que puede producir un proyecto<sup>78</sup>, y considerando además que su instauración dentro de nuestra institucionalidad ambiental obedece al reconocimiento de la trascendencia del principio preventivo, no parece correcto que un proyecto que genere impactos ambientales y que conforme a lo señalado en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 deba ingresar al SEIA no lo haga. En este orden de cosas, es preciso recordar que cuando se despachó el proyecto que posteriormente se convirtió en la Ley N° 19.300, el Mensaje del Ejecutivo consagró expresamente el principio preventivo cuestionando de modo enfático la reactividad con la que funcionaba la gestión ambiental. En este sentido se señaló que “no es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos”<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> En el Mensaje del Ejecutivo con el que se despachó la ley 19.300 se establecía expresamente que “el proyecto de ley crea un sistema de evaluación de impacto ambiental. En virtud de él, todo proyecto que tenga impacto ambiental deberá someterse a este sistema”

<sup>79</sup> Historia de la Ley 19.300. p. 14.



Ahora bien, el artículo 22 inciso segundo del Reglamento no solo manifiesta una abierta vulneración al principio preventivo, sino también a la jerarquía de la ley y su supremacía por sobre la potestad reglamentaria que envisten ciertas autoridades, y cuyo respeto es fundamental para resguardar el Estado de Derecho. Por potestad reglamentaria entendemos, en un sentido amplio, “la facultad que tiene el Presidente de la República y otras autoridades administrativas para dictar normas jurídicas con contenido general que tienden a dar cumplimiento a la Constitución y a las leyes”<sup>80</sup>, y en un sentido más estricto, “la facultad otorgada al Presidente de la República para emitir toda especie de órdenes, encaminadas a satisfacer, en la amplitud de su proyección, la vastísima tarea que le entrega la Carta y que no tiene más limitaciones que la de someterse a la Constitución y a las leyes y la de no dictar normas que pertenezca a la función legislativa”<sup>81</sup>.

Conforme al artículo 32 N° 6 de la Constitución, existen dos tipos de potestades reglamentarias distintas. En primer lugar, la potestad reglamentaria autónoma o extendida, que tiene lugar en todas aquellas

---

<sup>80</sup> VERDUGO, M.; PFEFFER, E.; NOGUEIRA, H. *Derecho Constitucional Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 14.

<sup>81</sup> SILVA Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980. Gobierno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, T.V, p.126.

materias que no sean propias del dominio legal<sup>82</sup>, y en segundo lugar, la potestad reglamentaria de ejecución o propiamente tal, por la cual el Presidente de la República lleva lo general o abstracto de la ley a lo particular y concreto de su obediencia y cumplimiento, con el objeto de satisfacer los objetivos perseguidos por la Constitución y la ley.<sup>83</sup> En esta última clasificación se subsume el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, el cual fue dictado por mandato expreso de los artículos 42 y 43 LO-SMA.

El ejercicio de la potestad reglamentaria, como mecanismo de generación de una norma de rango inferior, se caracteriza por enmarcarse en una relación de subordinación multidireccional respecto de otras fuentes del Derecho jerárquicamente superiores, tales como la Constitución, la Ley e incluso los principios generales del Derecho.<sup>84</sup> Esto implica que todo Reglamento -o parte de él- que contravenga una norma de rango legal, constitucional o incluso un principio general de Derecho, vulnerará esta

---

<sup>82</sup> CAZOR, Kamel. *La Potestad Reglamentaria Autónoma en la Constitución Chilena*. En Revista de Derecho, Vol. X, diciembre 1999, p. 75.

<sup>83</sup> EVANS, Eugenio. *La Ley, Su Ejecución y La Interpretación Normativa por Los Órganos del Estado*, en Revista de Derecho Público. Vol. 6, 2003, p. 68.

<sup>84</sup> SANTAMARÍA PASTOR., J. A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 737.

cadena jerárquica y devendrá en una norma viciada susceptible de ser derogada por la vía del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sumado a la acción de inconstitucionalidad. Esto es justamente lo que, en mi criterio, ocurre con el citado artículo 22 inciso segundo del Reglamento, y no solo porque contravenga el principio preventivo y el artículo 19 N°s 1, 2 y 8 CPR, sino porque en la enumeración del artículo 10 de la ley 19.300, que contiene los proyectos que *deben* ingresar al SEIA, se menciona expresamente en la letra o) los “proyectos de saneamiento ambiental”, y luego, a modo de ejemplificación, se agrega, “tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos”. Ahora bien, cabe tener presente que el Reglamento del SEIA delimita en su artículo 3 letra o) el listado de proyectos que deben ingresar al SEIA por calificar como actividades de saneamiento ambiental, y en su numeral 11 señala la “reparación o recuperación de áreas que contengan contaminantes, que abarquen, en conjunto, una superficie igual o mayor a 10.000 m<sup>2</sup>, salvo que se trate de medidas que formen parte de una propuesta de plan de reparación a que se refiere el artículo 43 LO-SMA”. De esta

forma, hecha la salvedad anterior, todo proyecto que genere impactos ambientales y que conforme al artículo 10 de la Ley N° 19.300 y el artículo 3 del Reglamento debe ingresar al SEIA, no debiera, en mi opinión, poder evadir esta obligación dispuesta por el legislador.

Por todo lo razonado, es posible sostener que el precepto en cuestión infringe normas jerárquicamente superiores y no se aviene con el principio preventivo, lo cual, es particularmente grave si hacemos un análisis ontológico de esta institución, ya que se nos revela la paradoja de que el instrumento cuyo objetivo es la reparación del daño ambiental causado por negligencia o de forma dolosa, se materializa mediante un procedimiento que no permite precaver suficientemente los efectos adversos que del mismo puedan derivar, máxime si se considera, como ya se ha explicado, que en el procedimiento de aprobación del plan de reparación consagrado en el Reglamento es facultativo para el SEA solicitar informe a los organismos sectoriales con competencia ambiental.

Podría sostenerse que la razón en virtud de la cual se dejó fuera del SEIA a los planes de reparación, radica en que los incisos segundo y tercero

del artículo 43 LO-SMA establecen un sistema particular y autónomo de aprobación, y que conforme a aquél el ingreso al SEIA no es necesario. Sin embargo, lo único que establece dicha norma es que el SEA debe pronunciarse acerca de los aspectos técnicos del plan de reparación para remitirlo luego a la SMA para que ésta apruebe el plan si el informe del SEA es favorable y se encargue de su seguimiento y fiscalización, lo cual, es totalmente compatible con el procedimiento de evaluación ambiental reglado en la Ley N° 19.300, ya que la labor de la Superintendencia, como ya se ha explicado, no dista de ser una labor de secretaría, y es en el SEA en quien recae la labor sustantiva de evaluación ambiental. Además, a mi juicio, ésta sería la forma correcta de interpretarlo si queremos armonizar sistémicamente nuestra legislación. Con todo, lo señalado anteriormente tiene cabida solo en la medida que la propuesta de reparación del daño ambiental configure alguno de los supuestos contenidos en los artículos 10 de la Ley N° 19.300 y 3 del RSEIA. De lo contrario, basados en la legislación actual, el Plan de Reparación no debiera hacer ingreso al SEIA y se tramitará conforme al procedimiento contenido en el Reglamento, lo que se traduce en que existirán dos procedimientos diferenciados dependiendo de las medidas contenidas en la propuesta de reparación.

Por otro lado, si lo que buscaba el legislador era agilizar el procedimiento de aprobación del plan de reparación para conseguir sin dilaciones la reparación del daño infligido al medio ambiente –algo entendible para evitar la exposición prolongada de los elementos del medio ambiente al daño-el mecanismo adecuado –y conforme a Derecho- no era la omisión del instrumento consagrado en nuestra institucionalidad ambiental justamente para prevenir o disminuir los impactos ambientales que pueda generar un proyecto, ya que ello deriva en la inclusión de normas dentro del Reglamento que podrían ser consideradas *contra legem* según lo que acá se ha expuesto. Lo que se debió haber hecho en este caso, es la instauración de un procedimiento especial dentro del SEIA con plazos más acotados y etapas más expeditas pero que permita cumplir la finalidad preventiva del sistema, de modo de propender ágilmente a la reparación del daño, evitar riesgos ambientales durante la ejecución del plan y beneficiarse de los conocimientos y la experiencia de los organismos sectoriales que pueden aportar elementos de relevancia para refinar el plan y hacerlo más eficiente.

### **2.2.10 El plan de reparación y la prueba del daño ambiental en los juicios por responsabilidad aquiliana.**

Como se señaló en los inicios de este trabajo, el daño ambiental sirve de sustrato para la activación de dos regímenes de responsabilidad distintos, el de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana por un lado, y el de responsabilidad ambiental propiamente tal, por el otro. El primero tiene por fin indemnizar los perjuicios que han sufrido terceros, ya sea en su persona o su patrimonio, con ocasión del daño ambiental, y el segundo persigue la reparación del medio ambiente que ha sido lesionado. Si bien la aprobación y correcta ejecución de un plan de reparación conlleva la suspensión del ejercicio de la acción de reparación por daño ambiental y su posterior extinción, la acción para exigir la indemnización de perjuicios por los daños civiles que derivan del daño ambiental subsiste y puede ser alegada conforme las reglas generales. Por eso, dado que ambos regímenes de responsabilidad presentan un germen común, esto es, el daño ambiental, corresponde plantearse si la aprobación del plan de reparación puede tener algún impacto en el juicio por responsabilidad aquiliana.

Lo primero que hay que señalar en este punto, para evitar confusiones, es que el daño ambiental no es la causa directa de la responsabilidad aquiliana, sino que es el daño civil que se irroga con ocasión del daño ambiental el que permite alegar la indemnización de perjuicios, y al no existir un régimen especial de presunciones para perseguir esta responsabilidad, salvo la ya planteada relativa a la infracción normativa, el sujeto activo que incoe el procedimiento respectivo deberá probar, conforme la regla general contenida en los artículos 1698 y ss. del Código Civil, todos los requisitos del estatuto de la responsabilidad civil, esto es, la acción u omisión, el daño, la causalidad y la imputabilidad. En este sentido, el daño ambiental, que fue constatado en el procedimiento sancionatorio administrativo y que fuere objeto del plan de reparación, no será un elemento a considerar en el elemento “daño” que debe probarse por el demandante, pero sí tendrá un rol relevante en las variables de “acción u omisión” y “causalidad”, ya que será de suyo relevante determinar cómo la conducta del infractor y el daño ambiental suponen la causa directa y necesaria de los perjuicios que reclama el demandante. Es en este contexto que deviene en necesario cuestionarse cómo se relacionará el Plan de



Reparación con la prueba que deberá rendirse en el procedimiento destinado a obtener la indemnización de perjuicios.

En mi opinión, si es que existe un plan de reparación aprobado, sea que éste se encuentre en ejecución o ya se haya realizado satisfactoriamente, para que el daño ambiental se tenga por probado en el juicio por responsabilidad extracontractual, bastará con que se traiga a la vista el expediente en el cual consta el plan y su respectiva aprobación. Lo anterior se justifica principalmente en base a la doctrina de los actos propios, la cual, se resume en el antiguo proverbio *venirecontraractum proprium non valet*.<sup>85</sup> Esta teoría constituye una regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria respecto del propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.<sup>86</sup> En este sentido, puede sostenerse que la presentación de un plan de

---

<sup>85</sup> Si bien la teoría de los actos propios no está recogida expresamente en nuestra legislación como una regla general, existen diversas disposiciones de las cuales se desprende, tales como los artículos 99 y 100 del Código de Comercio, o los artículos 269 y 1683 del Código Civil. Así mismo, la Corte Suprema ha acogido en distintas sentencias la existencia de este principio aplicable a situaciones no consagradas expresamente en la legislación. En este sentido, se pueden ver las causas rol 127-2005, 196-2007, 1960-2006, 2263-2006, entre otras.

<sup>86</sup> Borda, Alejandro. *La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina*. Buenos Aires, ed. AbeledoPerrot, 2000. p. 1.

reparación entraña el reconocimiento por parte del autor tanto del daño ambiental como de su participación en el mismo, por lo que mal podría en otro procedimiento desconocerlo y alegar que éste no se ha provocado. Ello es así por cuanto no sólo la buena fe sino también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación jurídica con la Administración y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para su propio provecho.

Cabe también preguntarse si el Plan de Reparación puede tener un efecto en la prueba de la imputabilidad en el procedimiento civil por responsabilidad aquiliana. En mi opinión, la respuesta a esta interrogante es un poco diferente a la anterior, pues bien podría ocurrir que aun cuando se haya infringido una norma técnica y que haya existido daño ambiental, no se haya sido negligente. Lo anterior, como ya se explicó en su oportunidad, ocurre por cuanto la diligencia en materia de responsabilidad extracontractual es un estándar normativo que se construye en base a patrones abstractos de conducta, y en el caso concreto, puede construirse una hipótesis en que el incumplimiento a una regulación—que devino en el procedimiento sancionatorio administrativo- haya sido el cauce diligente de

acción. Con todo, aun cuando el estándar de diligencia debe ser construido por el juez en el caso concreto, para ello bien podrá tomar en consideración lo resuelto en sede administrativa para elaborar presunciones judiciales.

Todo lo que se ha analizado a lo largo de este capítulo nos permite determinar con precisión la forma en la cual se encuentra regulado el Plan de Reparación en nuestro ordenamiento jurídico: su concepto, características, requisitos, forma de tramitación, efectos, etc. Además, hemos podido contemplar las razones que llevaron al legislador a consagrar al Plan de Reparación de la forma en que lo hizo y no conforme a la propuesta original del Ejecutivo. Mas para dar cumplimiento al objetivo propuesto en esta memoria, es menester responder a una interrogante que, aun tras el minucioso examen que se hizo de la historia de la Ley 20.417, no pudo ser contestada, esto es, la razón que llevó al legislador a diseñar esta institución, los bienes jurídicos que busca proteger y los fines que pretende satisfacer. Solo una vez resuelto este entresijo se podrá determinar si efectivamente el Plan de Reparación es una herramienta idónea y útil para fortalecer nuestro sistema de fiscalización ambiental.

## **CAPÍTULO III**

### **Fines perseguidos por el Plan de Reparación**

Todo mecanismo que se integra a la realidad jurídica y práctica de un país en un momento determinado, obedece siempre al cumplimiento de ciertos objetivos o a la satisfacción de necesidades que se han revelado como no suficientemente resueltas por las instituciones que conforman el aparato social actual.

En el caso del Plan de Reparación, su instauración en nuestro ordenamiento jurídico pudo haber obedecido a distintos fines, tales como la diversificación de los mecanismos existentes para conseguir la reparación del daño ambiental, el incentivo al cumplimiento de la normativa ambiental, la constitución de herramientas más eficaces para reparar el medio ambiente dañado, ya sea por propender a un mejor resultado, ser más rápidas o más económicas, la ampliación de las competencias de la Administración y correlativamente la sustracción del conocimiento de esta materia por parte de los tribunales de justicia, la disminución de la carga persecutoria del

Consejo de Defensa del Estado en materia de responsabilidad ambiental, etc.

Ahora bien, aun cuando en los hechos varios de los fines mencionados en el párrafo anterior se podrán alcanzar en mayor o menor medida, siempre es útil determinar el o los objetivos concretos visualizados por el legislador al momento de diseñar un mecanismo específico, ya que ello nos permite configurar las perspectivas de aplicación con las que la autoridad debiera abordar la materialización de dicho mecanismo, y además, nos sirve como variable a considerar cuando se interprete la norma desde la óptica de su historia fidedigna.

Aunque algunos autores subsumen al Plan de Reparación dentro de los denominados Instrumentos de Incentivo al Cumplimiento de la Regulación Ambiental<sup>87</sup>, lo cierto es que desde el momento en que el Ejecutivo abandonó la idea con la que lo concibió originalmente, esto es, como una reacción obligatoria del ordenamiento jurídico una vez constatada

---

<sup>87</sup> Ver POKLEPOVIC, Iván. *Análisis Crítico del Sistema de Incentivos al Cumplimiento Ambiental de la Ley 20.417 que Crea la Superintendencia del Medio Ambiente*. En: Actas de las Quintas Jornadas de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile, ed. Legal Publishing, octubre 2010.

la existencia de daño ambiental y la infracción a la normativa correspondiente en el procedimiento sancionatorio respectivo, ya no fue posible encasillarlo dentro de ese grupo, ni por su finalidad ni por su naturaleza.

Desde la perspectiva teleológica, no es dable afirmar que el Plan de reparación busque incentivar el cumplimiento de la normativa ambiental, ya que estamos en presencia de un instrumento eminentemente reactivo que se despliega una vez la infracción normativa ya ha sido cometida, el daño ambiental se ha producido y solo resta su reparación, esto es, reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, reestablecer sus propiedades básicas. Para que fuere un mecanismo de incentivo al cumplimiento de la norma sería necesario que su aplicación se dispusiere *ex ante* de la infracción normativa o durante la misma. Con todo, puede sostenerse que el incentivo que se entrega no es al cumplimiento de las normas ambientales que ya han sido infringidas sino a las obligaciones que derivan del estatuto de la responsabilidad ambiental y que se generan justamente con motivo del daño ambiental, en cuyo caso, la

conceptualización como mecanismo de incentivo al cumplimiento de la normativa ambiental sí sería válida y cabría preguntarse, como se hace al final de este capítulo, cuáles serían estos incentivos y si son suficientemente atractivos para el causante del daño ambiental.

También debe desecharse la idea de aceptar al Plan de Reparación como un instrumento de incentivo mediante su consideración como mecanismo de prevención general, ya que desde el momento en que dejó de ser su aplicación obligatoria, su configuración no supuso sanción alguna que permita disuadir a los regulados de realizar determinada conducta, sino que por el contrario, solo estableció una prerrogativa al infractor de la norma en virtud de la cual puede optar por reparar voluntariamente el daño constatado en sede administrativa o esperar la judicialización del conflicto.

De igual modo se descarta que sea un instrumento de incentivo al cumplimiento de la normativa ambiental si se analiza la historia fidedigna de la Ley N° 20.417, ya que una vez abandonada la idea original con la que se concibió el Plan de Reparación, se le excluyó de dicha clasificación y pasó a señalarse explícitamente que dichos instrumentos estaban

conformados exclusivamente por la denuncia ciudadana, la autodenuncia, el programa de cumplimiento y el registro público de sanciones.<sup>88</sup> De haberse mantenido la figura concebida originalmente por el ejecutivo, se hubiese podido plantear que el Plan de Reparación incentivaba el cumplimiento de la normativa ambiental, por la vía de la prevención general de la conducta, y se permeaban además de los principios de responsabilidad y contaminador-pagador, pero tras los cambios materializados durante el trámite legislativo, el Plan de Reparación devino en un mecanismo de una naturaleza diferente. Por esta razón, en el Reglamento no se le pudo incluir dentro del Título II de los “Instrumentos de Incentivo al Cumplimiento”, y debió ser regulado de forma independiente en el Título III del Plan de Reparación.

El principal problema para determinar los fines que persigue el Plan de Reparación, estriba en que tras la alteración de su naturaleza, la historia fidedigna de la Ley N° 20.417 deja de ilustrarnos en esta materia, pues más allá de las alusiones contenidas originalmente en cuanto a la relevancia de contar con un instrumento que permita incentivar el cumplimiento de la

---

<sup>88</sup> Historia de la Ley 20.417, p. 694.



norma –las que deben abandonarse según lo expuesto en los párrafos anteriores-, todas las referencias a este instrumento se limitaron a indicar las razones y temores de por qué no era deseable que la reparación fuese obligatoria basado en la constatación administrativa del daño, pero no hubo referencia alguna a los objetivos o fines que se cumplirían otorgándole una naturaleza voluntaria a este mecanismo ni cómo éstos se materializarían. Esto quiere decir que mediante la alteración de elementos específicos del Plan de Reparación se terminó por instaurar una herramienta completamente distinta a la que se había ideado originalmente pero manteniendo nominalmente los objetivos que aquella perseguía, sin hacer un análisis sistémico de esta nueva herramienta para cerciorarse si sustancialmente éstos permanecían. En este sentido, tras la radical mutación que sufrió el Plan de Reparación, el legislador debió haberse cuestionado qué objetivos se cumplirían efectivamente con su implementación, si éstos eran deseables, si se condecían con la legislación nacional y los principios que informan el Derecho Ambiental, y luego, si era necesaria su mantención.

No obstante todo lo expresado, cabe señalar que el Plan de Reparación sí persigue objetivos concretos y trae aparejado consecuencias positivas que pueden destacarse. Una de ellas, es que permite acelerar el proceso reparatorio y evitar así la exposición prolongada de los elementos del medio ambiente al daño, toda vez que el infractor podrá presentar inmediatamente su propuesta y no esperar una sentencia judicial condenatoria, considerando eso sí, como ya se ha explicado en esta presentación, que la acción de reparación del daño ambiental se extinguirá solo respecto de aquellos daños que fueron efectivamente reparados. Con todo, si éste fue el fin perseguido por el legislador, esta propensión hacia la celeridad queda en entredicho desde el momento en que la presentación de la propuesta del plan de reparación se supedita a la dictación de la resolución que pone término al procedimiento sancionatorio, lo que en los hechos podría tomar un considerable espacio de tiempo, el que se vería incrementado en caso que el infractor formule descargos o incurra en dilaciones procesales. En este sentido, para satisfacer en mejor medida este fin, el legislador pudo haber incluido incentivos concretos, tales como una disminución en la cuantía de la multa respectiva y/o beneficios tributarios asociados a los costos en los que se deba incurrir para llevar a cabo la

reparación del daño ambiental, con el objeto de que los regulados presentasen sus propuestas desde la formulación de los cargos por parte de la SMA y no esperaran a la culminación del procedimiento sancionatorio.

Es fácil notar, en atención a lo que se ha señalado hasta este punto, que la incorporación del Plan de Reparación no constituye una gran revolución dentro de nuestro aparato de fiscalización ambiental, pues al no mediar otro incentivo que la extinción de la acción reparatoria, recalando que ésta se produce solo en relación con los daños efectivamente reparados, la presentación del Plan de Reparación no dista de ser un acto voluntario basado en la disposición de ánimo del infractor o en evitar los costos judiciales que conlleva un litigio, lo cual, antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.417 también podía hacerse. Efectivamente, antes de la existencia de este mecanismo, si el autor de un daño ambiental quería repararlo, podía hacerlo ingresando un proyecto de reparación ambiental voluntariamente al SEIA<sup>89</sup>, u obligatoriamente en caso de que implicara algunas de las

---

<sup>89</sup> Desde la perspectiva de la acción de reparación por daño ambiental, la reparación voluntaria en sede administrativa permite al infractor dejar de ser sujeto pasivo de la acción por la vía de la anulación del objeto de pedir. También en sede jurisdiccional el causante del daño ambiental puede encontrar una salida colaborativa por la vía de la celebración de una transacción o un avenimiento.

actividades enumeradas en los artículo 10 de la Ley N° 19.300 y 3 del RSEIA, o, en caso de que el proyecto no debiese tramitarse dentro del SEIA y el infractor no quisiere ingresarlo de forma voluntaria, cumpliendo simplemente con la normativa sectorial respectiva.<sup>90</sup> Atendido lo anterior, podría señalarse que el incentivo—aunque bastante perverso- que supone la presentación de un plan de reparación, en oposición a una reparación voluntaria no amparada por el artículo 43 de la LO-SMA, estaría dado por la posibilidad de eludir el ingreso al SEIA (artículo22 inc. II del Reglamento) en aquellos casos en los que conforme a las reglas generales establecidas en la Ley 19.300 y en el RSEIA el proyecto debió haber ingresado obligatoriamente, y por consiguiente, evitar el pronunciamiento obligatorio de los organismos sectoriales con competencia ambiental (artículo. 23 inc. III del Reglamento) y un espacio reglado de participación ciudadana (artículo21 del Reglamento), todo lo cual, ya fue expuesto y criticado en este trabajo.

---

<sup>90</sup> En la página web del SEA, es posible observar que desde el año 1998 a la fecha se han presentado al SEIA 112 proyectos destinados a reparar pasivos ambientales, todos encasillados en la hipótesis del artículo 3, letra O, n° 11 del RSEIA.

Quizás la mayor utilidad de la instauración del Plan de Reparación en nuestro ordenamiento jurídico, se extrae de su implicancia a nivel teórico, toda vez que por primera vez en nuestro país se inserta en el debate la posibilidad de emplear mecanismos de cooperación entre el fiscalizador/regulador y el sector regulado para efectos de conseguir la reparación del daño ambiental, y se le otorgan facultades a la Administración para que pueda conocer de estas materias. Si bien es difícil plantear que tratándose del Plan de Reparación esta dinámica de cooperación ha resultado, toda vez que a la fecha no se ha presentado ninguno, las razones de ello se deben supeditar a la falta de incentivos concretos y a la ausencia de una técnica legislativa más refinada antes que a la deficiencia de los mecanismos de cooperación en sí mismos o al otorgamiento de prerrogativas más amplias a la Administración, pues tal como se verá en las páginas siguientes, la experiencia comparada nos revela que es justamente ésta la dinámica con la que se ha enfrentado la reparación del daño ambiental en ordenamientos jurídicos de países con buen desempeño ambiental.

Pasemos a ver entonces cómo se han desplegado las herramientas de reparación del daño ambiental en el Derecho Comparado y el rol que desempeña la Administración en ellas, para ver si es posible extraer conclusiones de estas experiencias que nos permitan depurar las instituciones que fueron diseñadas por nuestro incipiente interés por diversificar los mecanismos para obtener la reparación de los daños ambientales.

## CAPÍTULO IV

### La reparación ambiental en el Derecho Comparado y el rol de la Administración

#### 1. Inglaterra

El régimen de responsabilidad ambiental en Inglaterra descansa sobre la base de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, la cual, fue integrada en marzo del año 2009 a su legislación mediante la entrada en vigencia de la *Environmental Damage (Prevention and Remediation) Regulations* (EDR). Esta última tiene por objeto fijar el marco de deberes y obligaciones, tanto de la autoridad administrativa como de los regulados, para prevenir y reparar los daños ocasionados a la tierra, el agua, a especies protegidas, ecosistemas y áreas de interés científico, reforzando los principios preventivo y contaminador pagador. De este modo, apunta a que los operadores implementen medidas destinadas a prevenir los daños ambientales, y en caso de que éstos se produzcan, que sea su autor quien

internalice los costos de su reparación y no los contribuyentes a través del erario fiscal.<sup>91</sup>

Cabe tener presente que la EDR tiene, en todo caso, un campo de aplicación que se restringe a las actividades enumeradas en su Anexo 2<sup>92</sup> y a

---

<sup>91</sup> DEFRA. The Environmental Damage Regulations Preventing and Remedying Environmental Damage, p. 2 [En línea] <<http://archive.defra.gov.uk/environment/policy/liability/pdf/quick-guide-regs09.pdf>> (fecha de consulta 9 de enero de 2014).

<sup>92</sup> El Anexo 2 de la EDR señala taxativamente cuáles son las actividades consideradas como susceptibles de causar daño ambiental y respecto de las cuales se aplica dicho cuerpo normativo. Éstas son:

1. La explotación de instalaciones sujetas a autorización de conformidad con la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y control de contaminación.
- 2.a. Operaciones de gestión de residuos, incluida la recolección, transporte, recuperación y eliminación de residuos y de residuos peligrosos, así como la supervisión de tales actividades y la posterior recuperación de los vertederos, sujetas a autorización o registro de conformidad con la Directiva 2006/12/CE relativa a residuos y la Directiva 91/689/CEE relativa residuos peligrosos.
- 2.b. La explotación de vertederos de conformidad con la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos, y de plantas de incineración de conformidad con la Directiva 2000/76/CE relativa a la incineración de residuos.
3. La gestión de residuos de extracción con arreglo a la Directiva 2006/21/CE sobre gestión de residuos de la industria extractiva.
- 4.a. Vertidos en aguas riberanas que requieren autorización previa de conformidad con la Directiva 2006/11/CE relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad Europea.
- 4.b. Vertidos en las aguas subterráneas que requieren autorización previa de conformidad con la Directiva 80/68/CEE relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas
- 4.c. Descargas o inyecciones de contaminantes en aguas superficiales o subterráneas que requieren autorización o registro de conformidad con la Directiva 2000/60/CE que establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas..
5. Captación y represamiento de aguas sujetas a autorización previa de conformidad con la Directiva 2000/60/CE que establece un marco para la acción comunitaria en el ámbito de la política de aguas.
6. Fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte in situ de:



los daños que, según el párrafo N° 4 de la EDR pueden ser considerados como “*daño ambiental*”.<sup>93</sup> Los daños ambientales que no coincidan con estos supuestos, deberán ser perseguidos por la autoridad administrativa en

- 
- a) Sustancias peligrosas definidas en el artículo 2 de la Directiva 67/548/CEE relativa a la aproximación entre las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas de los Estados miembros relativas a la clasificación, embalaje y etiquetado de sustancias peligrosas;
  - b) Productos peligrosos definidos en el artículo 2 de la Directiva 1999/45/CE relativa a la aproximación entre las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas de los Estados miembros relativas a la clasificación, envasado y etiquetado de productos peligrosos;
  - c) Productos fitosanitarios definidos en el artículo 2 de la Directiva 91/414/CEE relativa a la comercialización de productos fitosanitarios en el mercado; y
  - d) Biosidas definidos en el artículo 2 de la Directiva 98/8/CE relativa a la comercialización de biosidas en el mercado.

7. El transporte por carretera, ferrocarril, vías fluviales, marítimas o aéreas de las mercancías peligrosas y contaminantes definidas en el Anexo A de la Directiva 94/55/CE; en el anexo de la Directiva 96/49/CE y en la Directiva 93/75/CEE.

8.a. Todo desarrollo, incluido el transporte, de organismos genéticamente modificados (incluidos los microorganismos modificados genéticamente definidos en la Directiva 90/219/CEE).

8.b. Toda liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente definidos en la Directiva 2001/18/CE.

9. Traslado transfronterizo de residuos dentro, hacia o desde la Comunidad Europea, sujeto a autorización previa o a prohibición en virtud del Reglamento N° 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo.

En todo caso, tal como lo señala el párrafo N° 5 de la EDR, cuando el daño se produzca a especies protegidas, hábitats naturales o a un sitio de especial interés científico, de forma culposa o dolosa, se aplicará esta normativa sin importar la actividad de que se trate.

<sup>93</sup>El párrafo N° 4 de la EDR establece las siguientes reglas para determinar si el daño es propiamente ambiental:

1. Tratándose de daños a especies protegidas, hábitats naturales y sitios de especial interés científico, siempre y cuando concurren las circunstancias descritas en el Anexo I, las que en términos generales describen cuándo un daño es significativo.

2. Tratándose de aguas superficiales, es necesario, en primer lugar, que la masa de agua sea calificada como tal de conformidad con la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, y en segundo término, que los cambios al cuerpo acuífero sean suficientes para disminuir su calidad en relación con lo dispuesto en la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

3. En relación con aguas subterráneas se entiende que hay daño ambiental cuando sus niveles de concentración de contaminantes disminuyen por debajo del porcentaje señalado en la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

4. En cuanto al elemento suelo, se entiende que existe daño ambiental si es que las sustancias, organismos o microorganismos que lo contaminan se traducen en un riesgo significativo para la salud humana.

base a las potestades que le asignen otros cuerpos normativos, tales como la *Regulatory Enforcement and Sanctions Act* (RES Act), que también será analizada en este capítulo.

La EDR distingue en su regulación entre la fase de prevención y la de reparación del daño ambiental y entre los deberes de los regulados y las facultades de la Administración. Así, en una primera etapa, establece que todo operador de una actividad que cause una amenaza de daño ambiental debe, inmediatamente, adoptar todas las medidas necesarias para evitar el daño y dar aviso a la autoridad correspondiente de todos los detalles relevantes del hecho. Recibido este aviso, la autoridad debe enviar una notificación a dicho operador describiendo la amenaza, especificando las medidas que se deben adoptar para prevenir el daño y requiriéndole que las lleve a cabo dentro de un período determinado de tiempo. Lo mismo ocurrirá en los casos en que el daño ambiental ya se haya producido, para evitar que éste se extienda o se produzcan futuros daños. En ambas circunstancias, esto es, para prevenir como para evitar la extensión del daño ambiental, la Administración deberá llevar a cabo por sí misma las medidas correspondientes si es que el hecho se configura como una emergencia, si es

que el operador no es habido o si éste no cumple con los requerimientos formulados por la autoridad. Si esto ocurre, el operador será responsable de los gastos en los que haya incurrido la Administración.

En materia de reparación, una vez que la autoridad ambiental ha determinado que el daño es susceptible de calificarse como daño ambiental propiamente tal, deberá notificar esta circunstancia al causante del mismo y deberá recordarle su *deber* de presentar en un periodo determinado de tiempo, una propuesta con medidas destinadas a reparar el daño. El operador podrá apelar esta resolución de la autoridad.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> Las razones para apelar se encuentran taxativamente enumeradas en el número 20 de la *Environmental Damage Regulations*. Éstas son:

- a) La actividad del operador no fue causa del daño ambiental.
- b) La autoridad ambiental actuó irracionalmente al calificar al daño ambiental como tal.
- c) El daño al medio ambiente se produjo como resultado del cumplimiento de una instrucción de una autoridad pública (excepto cuando la instrucción se refiera a incidentes generados por las propias actividades del operador).
- d) El operador no incurrió en culpa o dolo y el daño ambiental se produjo por un hecho expresamente autorizado por la autoridad y en conformidad con las condiciones de un permiso del Anexo III.
- e) El operador no ha incurrido en culpa o dolo y el daño ambiental fue causado por una actividad, emisión o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no era considerado como potencialmente perjudicial para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento.
- f) El daño ambiental fue el resultado del acto de un tercero y se produjo a pesar de que el operador tomó todas las medidas de seguridad apropiadas.

Una vez que la autoridad haya recibido la proposición de medidas por parte del operador se invitará a todos los interesados a formular observaciones, luego de lo cual, se notificará al autor del daño las medidas concretas que deberá adoptar así como el plazo dentro del cual éstas deberán llevarse a cabo. El operador podrá reclamar contra las medidas que en definitiva se le impongan si considera que son irracionales, salvo respecto de aquellas que hayan sido propuestas por él.

Según lo indica el Anexo IV de la EDR, las medidas de reparación que puede implementar un operador se dividen en tres tipos, las primarias, destinadas a reparar el daño ambiental en sí mismo, las complementarias, que se aplican en aquellos casos en que las medidas primarias no bastan para reparar el daño completamente, y finalmente, las compensatorias, que como dice su nombre, buscan compensar las consecuencias del daño ambiental mientras está siendo reparado.

Al igual que en el caso de las medidas de prevención y evitación de extensión del daño, si el operador no puede ser identificado o no es encontrado o si falla en dar cumplimiento a las medidas que le fueron

exigidas, la autoridad ambiental podrá llevar a cabo todos los trabajos que sean razonablemente necesarios para poner fin al hecho y reparar el daño ambiental. En estos casos, conforme lo indica la Parte 4 de la EDR, el operador será responsable de los gastos en los que incurra la Administración.

Además de la EDR, continuando la reforma al régimen de potestades de que dispone la autoridad administrativa inglesa, en el año 2008 fue dictada la *Regulatory Enforcement and Sanctions Act* (Res Act), cuerpo legal que introdujo una serie de sanciones administrativas para que los organismos reguladores del Reino Unido contaran con un espectro más amplio de alternativas para aplicar ante las infracciones cometidas por los regulados. Las disposiciones de la citada norma debían ser incorporadas a cada uno de los sectores a través de regulaciones específicas. Fue así, que en el año 2010, se dictó en materia de medio ambiente la *Environmental Civil Sanctions (England) Order* (ECS Order), la que vino a materializar el mandato dispuesto en la RES Act, introduciendo un conjunto de medidas

que pueden ser empleadas por la *Environment Agency*<sup>95</sup> a fin de poner término a las infracciones o confrontar sus efectos. La *ECS Order* introdujo siete mecanismos distintos<sup>96</sup>:

- a) *Compliance notice*: Requerimiento para adoptar medidas específicas dentro de un período determinado de tiempo que aseguren que una infracción no continúe ni ocurra nuevamente.
- b) *Restoration notice*: Requerimiento para adoptar medidas específicas dentro de un periodo determinado de tiempo que aseguren, en lo posible, que el ambiente sea restaurado a la posición en la que se encontraría si ninguna infracción hubiese sido cometida.
- c) *Enforcement undertaking*: Habilita a toda persona, de la cual el regulador sospeche razonablemente que ha cometido una infracción, para que entregue un acuerdo para adoptar una o más acciones correctivas que estén establecidas en él.

---

<sup>95</sup> La *Environment Agency* es el principal organismo público encargado de la protección y la mejora del medio ambiente en Inglaterra y Gales.

<sup>96</sup>ENVIRONMENT AGENCY. *Civil Sanctions for Environmental Offences. Guidance to regulators in England on how the civil sanctions should be applied, and draft guidance for Wales*, pp. 3.[en línea]<<http://archive.defra.gov.uk/environment/policy/enforcement/pdf/defra-wag-guidance.pdf>> (fecha de consulta: 07 de enero de 2014). Traducción propia.

- d) *Fixed monetary penalty*: Requerimiento para pagar una sanción monetaria de un monto predeterminado por la ley.
- e) *Variable monetary penalty*: Requerimiento para pagar una sanción monetaria de un monto determinado por el regulador de acuerdo a las circunstancias de la infracción.
- f) *Third party undertaking*: Habilita a toda persona que ha recibido una notificación del regulador en orden a que le será impuesta una sanción monetaria variable, a entregar un compromiso destinado a adoptar acciones que beneficien a terceros afectados por la infracción.
- g) *Stop notice*: Requerimiento dirigido a una persona para que ponga término a una determinada actividad hasta que haya adoptado las medidas necesarias para volver al estado de cumplimiento.

Estas medidas fueron introducidas a la legislación del Reino Unido como consecuencia de una serie de falencias que fueron identificadas en su sistema sancionador administrativo ambiental, entre las que destacaban el hecho de que el regulador a menudo tenía que escoger entre la emisión de una carta de advertencia o iniciar un proceso penal sin que existieran

sanciones intermedias de fácil acceso; que las multas no siempre alcanzaban a cubrir los costos derivados para la sociedad por los daños causados por la infracción; que los daños al medio ambiente y sus efectos no siempre eran reparados; y además, que el sistema no tomaba en cuenta adecuadamente la disposición de aquellos regulados a cumplir voluntariamente la normativa ambiental ni presentaba elementos adecuados de disuasión, lo que derivaba en una ventaja comparativa para aquellos que incumplían la normativa por sobre aquellos que la respetaban, todo lo cual, redundaba en un déficit de cumplimiento.<sup>97</sup>

De especial relevancia para la materia objeto de este trabajo resulta la *Restorationnotice*, toda vez que al igual que el Plan de Reparación concebido originalmente por el Ejecutivo chileno, da cuenta de una potestad que fue depositada en la autoridad administrativa para ser empleada discrecionalmente con el fin de poner término a las infracciones que provoquen un daño al medio ambiente y reparar sus efectos. Cabe señalar, en todo caso, que esta herramienta no tiene aplicación tratándose de daños y actividades comprendidas dentro del marco regulatorio de la

---

<sup>97</sup>Ibid. pp. 4-5.



*Environmental Damage Regulations*, ya que en estos casos es éste el cuerpo regulatorio que predomina.

El procedimiento para obtener la reparación del daño ambiental mediante una *Restoration notice* se inicia con la notificación que realiza la *Environment Agency* al infractor respecto del procedimiento sancionatorio que se ha dispuesto en su contra. Esta notificación debe contener los hechos que motivan el procedimiento sancionatorio, el requerimiento de reparar el daño al medio ambiente, los daños que se le imputan, las acciones requeridas para restaurar el medio ambiente a la posición en la que se encontraría de no haber mediado el hecho dañoso y el periodo de tiempo dentro del cual las medidas deben llevarse a cabo. Adicionalmente, el regulador puede especificar los objetivos que pretende alcanzar con la medida y señalar requerimientos para el adecuado seguimiento de la reparación. Una vez que el infractor ha sido notificado puede formular descargos o hacer observaciones, luego de lo cual, el regulador deberá decidir si persiste o no con esta herramienta. En todo caso, y en forma análoga a lo que ocurre hoy en día en Chile con las sanciones que son impuestas por la SMA -las cuales son reclamables ante el Tribunal

Ambiental-, el sancionado podrá siempre reclamar de la *Restorationnotice* ante el Primer Tribunal del Reino Unido.<sup>98</sup>

Resulta muy relevante observar que tanto la EDR como la ECS Order van en una dirección completamente opuesta a la seguida por la legislación chilena, ya que en ambas, al otorgarle a la autoridad ambiental la facultad de perseguir directamente la reparación del daño ambiental, superan la discusión relativa a la posibilidad de que el daño ambiental sea constatado en sede administrativa y en base a dicha constatación se tomen acciones destinadas a repararlo, reconociendo de esta forma las capacidades técnicas del organismo regulador y destacando la celeridad como elemento esencial en los mecanismos destinados a reparar los daños ambientales. En este sentido, el legislador del Reino Unido adopta la misma postura que tuvo el ejecutivo chileno al proponer en el proyecto de la Ley N° 20.417 la figura del Plan de Reparación como una reacción obligatoria del ordenamiento jurídico ante la constatación de daño ambiental por parte de la SMA, la que

---

<sup>98</sup> El Primer Tribunal del Reino Unido fue diseñado en el año 2007, a través de la *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, que tuvo por objeto reestructurar la organización de los tribunales británicos. Luego, en el año 2010, mediante la *ECS Order*, se creó dentro del Primer Tribunal la Cámara de Medio Ambiente, unidad operativa que tiene por fin resolver los recursos judiciales que se presentan contra las sanciones impuestas por la *Environment Agency*.

finalmente no fue acogida, como se explicó en su oportunidad, por el resquemor de algunos parlamentarios en relación a que el daño ambiental pudiere ser constatado en sede administrativa y que conforme a dicha determinación se exigiera su reparación. En relación al temor a que el sancionado no sea responsable por los daños que se le imputan o que las medidas sean insuficientes o excesivas, se ve suficientemente resguardado en la legislación inglesa al reconocerse el principio de la bilateralidad de la audiencia dentro del procedimiento administrativo y concediendo a los interesados la posibilidad de impugnar la medida-lo que se realiza de forma similar a como ocurre en la legislación nacional respecto de los actos que dicta la SMA- mediante recursos administrativos ante la misma autoridad que dicta la resolución, y judicialmente ante el *First-tier Tribunal*. Este recurso se debe deducir en el plazo de 28 días ante la Cámara de Regulación General del Primer Tribunal, y se puede fundar, entre otras razones, en que la decisión se adoptó basada en un error de hecho, en que es contraria a Derecho o en que la medida es arbitraria. La sentencia que se dicte podrá ser apelada ante el Tribunal Superior si fue dictada en infracción a la ley.

## **2. España**

España es otro país en el que se materializa la tendencia legislativa a otorgar competencias a la autoridad administrativa para perseguir directamente la reparación del daño ambiental, sin perjuicio de la prerrogativa que se le concede al sancionado para impugnar las medidas que se le impongan.

Al igual que en el Reino Unido, el sistema de responsabilidad ambiental español descansa sobre la base de la Directiva 2004/35/CE, la cual pasó a incorporarse a su derecho sustantivo a través de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Ambiental.

La citada ley, constituye un mecanismo de desarrollo de la Constitución española, la cual, no sólo garantiza el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sino que además consagra expresamente y eleva a rango constitucional la obligación reparadora para aquellos que lo dañan. En este sentido, el artículo 45 del texto constitucional consagra “el derecho a disfrutar de un medio ambiente

adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo y la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el ambiente”, y luego, en su inciso tercero, establece que “quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”. Luego, de un modo consecuente con el precepto constitucional, el artículo 9.1 de la Ley 26/2007 establece la regla general en materia de reparación de daño ambiental, señalando que están obligados “a adoptar y ejecutar las medidas de prevención, evitación y de reparación de los daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos”.

Entre las características más significativas de la Ley 26/2007 se encuentran la obligación de todo operador<sup>99</sup> de adoptar medidas de

---

<sup>99</sup> La Ley 26/2007, en su artículo 2 N° 10 define operador como “Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. Para su determinación se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica,

prevención ante hechos que constituyan amenazas daños ambientales, la implementación de un sistema amplio de responsabilidad objetiva<sup>100</sup>, el rol

---

disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración.

<sup>100</sup>En el Anexo III de la Ley 26/2007 se enumera taxativamente las actividades consideradas como más susceptibles de causar daños ambientales y que se supeditan al régimen de responsabilidad objetiva. Estas actividades son:

1. La explotación de instalaciones sujetas a una autorización de conformidad con la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Esto incluye todas las actividades enumeradas en su anexo I, salvo las instalaciones o partes de instalaciones utilizadas para la investigación, elaboración y prueba de nuevos productos y procesos. Igualmente incluye cualesquiera otras actividades y establecimientos sujetos al ámbito de aplicación del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

2. Las actividades de gestión de residuos, como la recogida, el transporte, la recuperación y la eliminación de residuos y de residuos peligrosos, así como la supervisión de tales actividades, que estén sujetas a permiso o registro de conformidad con la Ley 10/1998, de 21 de abril. Estas actividades incluyen, entre otras cosas, la explotación de vertederos y la gestión posterior a su cierre de conformidad con el Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero y la explotación de instalaciones de incineración, según establece el Real Decreto 653/2003, de 30 de mayo, sobre incineración de residuos.

3. Todos los vertidos en aguas interiores superficiales sujetas a autorización previa de conformidad con el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico y la legislación autonómica aplicable.

4. Todos los vertidos en las aguas subterráneas sujetas a autorización previa de conformidad con el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y la legislación autonómica aplicable.

5. Todos los vertidos en aguas interiores y mar territorial sujetos a autorización previa de conformidad con lo dispuesto en la ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y en la legislación autonómica aplicable.

6. El vertido o la inyección de contaminantes en aguas superficiales o subterráneas sujetas a permiso, autorización o registro de conformidad con el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

7. La captación y el represamiento de aguas sujetos a autorización previa de conformidad con el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

8. La fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte in situ de:

a) Las sustancias peligrosas definidas en el artículo 2.2 del Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas.

protagónico de la Administración en la persecución de la responsabilidad ambiental y la legitimación directa de los grupos de defensa del medio ambiente para instar dicha actuación.

---

b) Los preparados peligrosos definidos en el artículo 2.2 del Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos.

c) Los productos fitosanitarios definidos en el artículo 2.1 del Real Decreto 2163/1994, de 4 de noviembre, por el que se implanta el sistema armonizado comunitario de autorización para comercializar y utilizar productos fitosanitarios.

d) Los biocidas definidos en el artículo 2.a) del Real Decreto 1054/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el proceso de evaluación para el registro, autorización y comercialización de biocidas.

9. El transporte por carretera, por ferrocarril, por vías fluviales, marítimo o aéreo de mercancías peligrosas o contaminantes de acuerdo con la definición que figura en el artículo 2.b) del Real Decreto 551/2006, de 5 de mayo, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español, o en el artículo 2.b) del Real Decreto 412/2001, de 20 de abril, que regula diversos aspectos relacionados con el transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril o en el artículo 3.h) del Real Decreto 210/2004, de 6 de febrero, por el que se establece un sistema de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo.

10. La explotación de instalaciones que, estando sujetas a autorización de conformidad con la directiva 84/360/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1994, relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales en relación con la liberación a la atmósfera de alguna de las sustancias contaminantes reguladas por la directiva mencionada, requieren una autorización de conformidad con la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

11. Toda utilización confinada, incluido el transporte, de microorganismos modificados genéticamente, de acuerdo con la definición de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente.

12. Toda liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente de acuerdo con la definición de la Ley 9/2003, de 25 de abril.

13. El traslado transfronterizo de residuos dentro, hacia o desde la Unión Europea sujeto a autorización o prohibido según lo dispuesto en el Reglamento (CE) número 1013/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo al traslado de residuos.

14. La gestión de los residuos de las industrias extractivas, según lo dispuesto en la Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE.

En lo que se refiere a la materia objeto de este trabajo, importa destacar que en la determinación de las obligaciones de los regulados y de las facultades de las autoridades ambientales, al igual que en Reino Unido, la Ley 26/2007 distingue claramente entre la función preventiva y la reparadora, y en ambos casos establece deberes concretos. En este sentido, cuando existe amenaza de que se produzca un daño ambiental, el artículo 17.1 de la Ley señala que el operador tiene el deber, sin que medie requerimiento alguno, de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir que se concrete dicho daño, y en caso de que éste se produzca, el artículo 17.2 establece que deberá adoptar las medidas necesarias para evitar nuevos daños, con independencia de que esté o no sujeto a la obligación de adoptar medidas de reparación de conformidad con la ley. Además, los operadores tienen la obligación de poner en conocimiento inmediato de la autoridad competente todos los aspectos relativos a los daños medioambientales o a la amenaza de tales daños, así como las medidas de prevención y evitación adoptadas.

En lo que a reparación se refiere, una vez que se ha producido el daño ambiental, el deber que pesa sobre el operador, conforme se desprende del



artículo 20 de la Ley, comprende dos obligaciones distintas. La primera consiste en adoptar las medidas provisionales necesarias para, de modo inmediato y sin que medie requerimiento alguno, reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, comunicando a la autoridad la adopción de estas medidas. La segunda obligación consiste en someter a la aprobación de la autoridad ambiental, de acuerdo con lo establecido en el capítulo VI de la Ley, una propuesta de medidas reparadoras definitivas de los daños ambientales causados. El mismo precepto señala que cuando fuere posible, la autoridad competente habilitará al operador para que pueda optar entre distintas medidas adecuadas o entre diferentes formas de ejecución, y que cuando se hayan producido varios daños medioambientales, de manera tal que resulte imposible que todas las medidas reparadoras necesarias se adopten al mismo tiempo, la resolución fijará el orden de prioridades que habrá de ser observado.

En cuanto a la modalidad que adopta la reparación, el legislador español hizo la misma distinción que el británico, diferenciando entre tres tipos de reparaciones. De este modo, el Anexo II de la Ley 26/2007

distingue entre reparación primaria, que consiste en toda medida correctora que restituya o aproxime al máximo los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados a su estado básico; reparación complementaria, que hace referencia a toda medida correctora adoptada en relación con los recursos naturales o los servicios de recursos naturales para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados; y finalmente, reparación compensatoria, que consiste en toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales<sup>101</sup> de recursos naturales o servicios de recursos naturales que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> Por pérdidas provisionales la Ley 26/2007 entiende las pérdidas derivadas del hecho de que los recursos naturales o los servicios de recursos naturales dañados no puedan desempeñar sus funciones ecológicas o prestar servicios a otros recursos naturales o al público hasta que hayan surtido efecto las medidas primarias o complementarias.

<sup>102</sup> El Anexo II de la Ley 26/2007, junto con definir los tipos de reparación, señala cuál es la finalidad que persigue cada uno de ellos. En este sentido establece:

Finalidad de la reparación primaria: Restituir o aproximar los recursos naturales o los servicios de recursos naturales dañados a su estado básico.

Finalidad de la reparación complementaria: Proporcionar un nivel de recursos naturales o servicios de recursos naturales -inclusive, si procede, en un lugar alternativo- similar al que se habría proporcionado si el lugar dañado se hubiera restituido a su estado básico. En la medida en que sea posible y adecuado, el lugar alternativo deberá estar vinculado geográficamente al lugar dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada.

Finalidad de la reparación compensatoria: Compensar la pérdida provisional de recursos naturales y servicios de recursos naturales durante la recuperación. Esta reparación compensatoria consiste en aportar mejoras adicionales a las especies silvestres y los hábitats o a

En cuanto a las potestades que la ley otorga a la autoridad administrativa, el legislador español también distinguió entre prevención y reparación. Así, según el artículo 18 de la Ley, cuando los daños aún no se han producido, la autoridad ambiental podrá en cualquier momento exigir al operador que facilite información sobre toda amenaza inminente de producción de daño medioambiental cuando existan indicios de que va a producirse; exigirle que adopte inmediatamente las medidas encaminadas a prevenir y a evitar tales daños y requerir su cumplimiento; puede obligar al operador a adoptar medidas específicas de prevención o de evitación de nuevos daños; y podrá también ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas de prevención o de evitación cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 23 y 47 de la Ley.<sup>103</sup> Una vez que el daño

---

las aguas, ya sea en el lugar dañado o en un lugar alternativo, y no en compensar económicamente al público.

<sup>103</sup> Artículo 23. Actuación directa de la Administración.

1. Por requerirlo la más eficaz protección de los recursos naturales, y de los servicios que éstos prestan, la autoridad competente podrá acordar y ejecutar por sí misma las medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación previstas en esta ley, atendiendo, entre otras, a las siguientes circunstancias:

- a) Que no se haya podido identificar al operador responsable y no quepa esperar a ello sin peligro de que se produzcan daños medioambientales.
- b) Que haya diversos operadores responsables y no sea posible una distribución eficaz en el tiempo y en el espacio que garantice la correcta ejecución de las medidas.
- c) Que se requieran estudios, conocimientos o medios técnicos que así lo aconsejen.
- d) Que sean necesarias actuaciones en bienes de las Administraciones públicas o en los de propiedad privada de terceros que hagan difícil o inconveniente su realización por el operador responsable.
- e) Que la gravedad y la trascendencia del daño así lo exijan.

ambiental ya se ha producido, las facultades que tiene la Administración, según el artículo 21 de la Ley 26/2007, son las de exigir al operador que facilite información adicional relativa a los daños producidos; adoptar o exigir al operador que adopte todas las medidas de carácter urgente para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales para limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana; exigir al operador que adopte las medidas reparadoras necesarias de acuerdo con lo previsto en el Anexo II; dar al

---

2. En casos de emergencia, la autoridad competente podrá actuar sin necesidad de tramitar el procedimiento previsto en esta ley para fijar las medidas reparadoras, de evitación o de prevención de los daños medioambientales o para exigir su adopción.

Una vez desaparecidas tales circunstancias, la autoridad competente, previa la instrucción del correspondiente procedimiento, dictará resolución fijando el importe de los costes de las medidas ejecutadas en aplicación de este artículo y el obligado u obligados a satisfacerlos, la cual será susceptible de ejecución forzosa.

3. La autoridad competente recuperará del operador o, cuando proceda, del tercero que haya causado el daño o la amenaza inminente de daño, los costes en que haya incurrido por la adopción de tales medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación.

No obstante, la autoridad competente podrá acordar no recuperar los costes íntegros cuando los gastos necesarios para hacerlo sean superiores al importe recuperable. Para tomar este acuerdo será necesaria la elaboración de una memoria económica que así lo justifique.

Artículo 47. Ejecución forzosa.

1. En caso de incumplimiento, las resoluciones administrativas que impongan el deber de realizar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales serán objeto de ejecución forzosa, previo apercibimiento. Dicha ejecución podrá ser instada por los interesados.

2. La autoridad competente procederá a la ejecución subsidiaria, especialmente cuando el daño medioambiental sea grave o la amenaza de daño sea inminente.

3. Cuando se estimara conveniente por no comportar retrasos que puedan poner en peligro los recursos naturales afectados, la autoridad competente podrá imponer sucesivamente hasta un máximo de cinco multas coercitivas, cada una de ellas por un importe máximo del diez por ciento del coste estimado del conjunto de las medidas en ejecución.

operador instrucciones de obligado cumplimiento sobre las medidas reparadoras que deba adoptar o, en su caso, dejar sin efecto; y ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas reparadoras cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 23 y 47. Todo ello sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan y que varían entre multas que pueden llegar hasta los dos millones de euros (3.116 UTA)<sup>104</sup> y la suspensión o extinción de las autorizaciones para operar.

En caso de que el operador no de cumplimiento a las medidas preventivas o reparadoras que le sean comunicadas, el artículo 22 de la Ley establece que la autoridad administrativa podrá, mediante resolución fundada, exigir dicho cumplimiento. Además, como ya se señaló, en los supuestos de los artículos 23 y 47, la Ley 26/2007 faculta a la autoridad ambiental a acordar y ejecutar por sí misma las medidas de prevención, evitación o reparación del daño ambiental, y en este caso, la autoridad podrá recuperar del operador los costos en los que haya incurrido por la adopción de las señaladas medidas.

---

<sup>104</sup> Valores actualizados a marzo 2014.

Sin embargo, existen algunos supuestos bajo los cuales el operador no deberá sufragar los costos derivados de las medidas preventivas o reparadoras. Estos están consagrados en el artículo 14 de la Ley y son: a) Que el daño o la amenaza se haya producido con ocasión de la actuación de un tercero ajeno al ámbito de la organización de la actividad de que se trate, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas; b) Que los hechos deriven del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato, salvo que dicha orden o la instrucción se hayan dictado para hacer frente a una emisión o a un incidente previamente generado por la propia actividad del operador; c) Que el operador demuestre que no ha incurrido en culpa o dolo y que el hecho constituya el objeto expreso y específico de una autorización administrativa otorgada de conformidad con la normativa aplicable a las actividades enumeradas en el Anexo III, siempre y cuando el operador se haya ajustado estrictamente en el desarrollo de la actividad a las condiciones establecidas en la autorización; y d) Que el operador pruebe que no ha incurrido en culpa o dolo y que el daño ambiental fue causado por una actividad, emisión o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no

era considerado como potencialmente perjudicial para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento.

Cabe destacar que aún en los casos contemplados en el párrafo anterior, la ley explicita que el operador debe adoptar y ejecutar las medidas de prevención, evitación y reparación de daños medioambientales, solo que podrá recuperar los costes en los que hubiere incurrido de conformidad con el artículo 15 de la Ley. En este sentido, dicho precepto establece que en los casos contemplados en las letras a) y b) –del párrafo que antecede- el operador podrá recuperarlos ejerciendo las acciones de repetición frente a terceros o reclamando la responsabilidad patrimonial de las Administraciones a cuyo servicio se encuentre la autoridad pública que impartió la orden o la instrucción, y en los supuestos de las letras c) y d), el operador tendrá derecho a recuperar los costes en los términos establecidos en la normativa autonómica –ámbito local-, si es que hubiese, o a través de fondos públicos creados por la misma Ley 26/2007.

El procedimiento para hacer exigible la responsabilidad ambiental está consagrado en el Capítulo VI de la Ley 26/2007. Éste puede ser iniciado de oficio, a solicitud del operador o por cualquier otro interesado<sup>105</sup> y tendrá el carácter de público. La autoridad competente deberá resolver en el plazo máximo de 3 meses, y en casos científica y técnicamente complejos, la autoridad podrá prorrogar este plazo hasta 3 meses adicionales. Las resoluciones dictadas en estos procedimientos serán recurribles conforme lo dispuesto en el Título VII de la Ley 30/1992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Como se observa, la construcción normativa de la responsabilidad ambiental en la legislación española sigue un curso similar al que adoptó el Reino Unido, pues concede a la autoridad administrativa facultades para

---

<sup>105</sup> Una interesante novedad de la Ley en comento, es que reconociendo la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido, esto es, el medio ambiente, califica como interesado a las organizaciones que tienen dentro de sus fines la protección al medio ambiente. En este sentido, el artículo 42 N° 1 letra b), señala que es interesado cualesquier persona jurídica sin ánimo de lucro que acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1° Que tenga entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.

2° Que se hubiera constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que venga ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.

3° Que según sus estatutos desarrolle su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por el daño medioambiental o la amenaza de daño.



exigir directamente la reparación del daño ambiental, y en determinados casos, hacerlo por sí misma a expensas del infractor, todo lo cual, redundaría en que los costos de reparación por daño ambiental no se socialicen y sean efectivamente internalizados por el responsable, y en que el estado de afectación del medio ambiente no se prolongue en el tiempo. Además, la Ley 26/2007 establece canales cooperativos para que la Administración pueda determinar junto con el causante del daño las medidas a adoptar, permitiéndole entregar propuestas concretas. De esta forma, el legislador entiende que puede haber casos en los que el regulado pueda estar en una mejor posición para determinar cuáles son las medidas, ya sean primarias, complementarias o compensatorias, que sean más adecuadas para el caso concreto.

### **3. Estados Unidos**

El caso estadounidense también es ilustrativo en cuanto a las facultades que se han depositado en la Administración para perseguir directamente la reparación por daño ambiental, aunque no se perciben

competencias generales como en los casos estudiados anteriormente, sino que más bien se trata de prerrogativas vinculadas a materias específicas.

En Estados Unidos coexisten mecanismos judiciales y administrativos destinados a obtener la reparación del daño ambiental. Los primeros, recaen esencialmente en el *Department of Justice*, representante del gobierno federal encargado, entre otras cosas, de la persecución de los delitos ambientales, la presentación de acciones civiles y la defensa federal en materias ambientales. Los segundos se encuentran concentrados en la *Environmental Protection Agency* (EPA), organismo encargado de velar por el cumplimiento de la normativa ambiental, y que tiene facultades para pactar la reparación del medio ambiente cuando éste ha sido dañado. Sin embargo, el principal foco de la EPA está puesto en la disuasión antes que en la persecución de la reparación propiamente tal, siendo ésta de carácter excepcional. Asimismo, es posible encontrar esquemas basados en la cooperación entre el ente regulador y los regulados para conseguir soluciones a los conflictos ambientales.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> EPA, *Supplemental Environmental Projects* [en línea] <<http://www.epa.gov/compliance/index.html>> (fecha de consulta: 17 de enero de 2014)

En lo que se refiere a las iniciativas de promoción al cumplimiento de la normativa ambiental, destacan dos aristas diferentes, la asistencia y los incentivos. La primera guarda relación con la “entrega de información y asistencia técnica a los sujetos regulados para ayudarlos a cumplir la normativa ambiental”<sup>107</sup>, mientras que la segunda, se refiere a todos aquellos “esquemas que alientan a las entidades reguladas a detectar, identificar y corregir las infracciones en forma voluntaria o reparar sitios contaminados que sean identificados por el gobierno y en los que se inicien acciones de fiscalizaciones.”<sup>108</sup>

Uno de los mecanismos de incentivo al cumplimiento vinculados con la reparación de los daños ambientales y en el que participa la autoridad Administrativa, es el denominado *Supplemental Environmental Project (SEP)*, en virtud del cual los infractores que han causado un daño ambiental pueden adoptar voluntariamente un acuerdo para desarrollar un proyecto con beneficios ambientales relacionado con la infracción, a cambio de una

---

<sup>107</sup> EPA OFFICE OF ENFORCEMENT AND COMPLIANCE ASSURANCE, *Guide for Measuring Compliance Assistance Outcomes*, p. 4 [En línea] <<http://www.epa.gov/compliance/resources/publications/assistance/measures/comeasuring.pdf>> (fecha de consulta: 19 de enero de 2014).

<sup>108</sup> POKLEPOVIC, Op Cit., p 184.

disminución en la multa a ser pagada. Esta es una especie de cumplimiento por equivalencia y no incluye aquellas acciones que el infractor esté obligado a adoptar para reparar el ambiente lesionado.<sup>109</sup>

La presentación de un SEP puede incidir de forma significativa en la determinación de los montos de las multas que serán impuestas al infractor, los que se basan principalmente en dos factores: el beneficio económico obtenido por el infractor con motivo de la infracción y la gravedad de la misma. En este último factor influiría la ejecución de un SEP riguroso y expedito, ya que la gravedad del daño se encontraría reducida por la aplicación del SEP. De esta forma los regulados encuentran un claro incentivo a proponer medidas de reparación.

Para estos efectos, la EPA identifica los tipos de proyectos que pueden calificarse como SEP; explica los términos y condiciones bajo los cuales dicho instrumento puede llegar a ser parte de una transacción; y

---

<sup>109</sup> EPA, *Supplemental Environmental Projects*. [En línea] <http://www2.epa.gov/enforcement/supplemental-environmental-projects-seps>. (fecha de consulta: 19 de enero de 2014).

desarrolla la metodología para la reducción de multa para un SEP específico.<sup>110</sup>

Otro mecanismo con el que cuenta la EPA es la *Alternative Dispute Resolution*(ADR). ADR es un término general que abarca diversas técnicas para resolver conflictos fuera de los tribunales de justicia mediante un tercero imparcial que resuelve la disputa, y que se emplea para superar

---

<sup>110</sup> EPA ha identificado ocho categorías dentro de las cuales puede subsumirse un SEP, estas son:

a) Salud Pública: Un SEP puede incluir exámenes a residentes de una comunidad para determinar si alguien ha experimentado algún problema de salud como consecuencia de las infracciones del agente.

b) Prevención de contaminación: Estos SEPs suponen cambios para que la compañía no genere por más tiempo algún tipo de contaminación. Por ejemplo, una empresa puede hacer su funcionamiento más eficiente de modo que evita generar residuos peligrosos junto con su producto.

c) Descontaminación: Estos SEP reducen la cantidad y/o el peligro presentado por algún tipo de contaminante, a menudo proporcionando un mejor tratamiento y eliminación del mismo.

d) Protección y reparación ambiental: Estos SEPs mejora las condiciones del suelo, el aire o el agua en el área dañada por la infracción. Por ejemplo, mediante la compra o el desarrollo de programas de conservación de la tierra, una compañía podría proteger una fuente de agua potable.

e) Planificación de emergencias: Estos proyectos ofrecen asistencia a un Estado o a una entidad local de emergencias para que estas organizaciones puedan cumplir con sus obligaciones conforme al *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act (EPCRA)* Esta asistencia puede incluir la compra de ordenadores y/o de software, sistemas de comunicación, detección de emisiones químicas, equipos HAZMAT, o entrenamiento. Las donaciones en efectivo a organizaciones de respuesta a emergencias locales o estatales no son aceptables

f) Evaluaciones y auditorías: Un infractor puede acordar examinar sus operaciones para determinar si está causando cualquier otro problema de contaminación o si puede operar de mejor modo evitando infracciones en el futuro.

g) Promoción al cumplimiento ambiental: Hay SEPs en los que el infractor provee capacitación o apoyo técnico a otros miembros de la comunidad para alcanzar, o ir más allá, en el cumplimiento de los requerimientos ambientales.

h) Otro tipo de proyectos: Otros SEPs aceptables son aquellos que aun cuando tienen mérito ambiental no se encuentran dentro de las categorías antes señaladas. Estos proyectos deben ser totalmente consistentes con la Política SEP y deben ser aprobados por la EPA.

impasses y lograr acuerdos. Fuera del contexto sancionatorio, el ADR se ha utilizado también para mejorar la participación del público en las decisiones ambientales, para facilitar las investigaciones técnicas y de intercambio de información, e identificar soluciones a problemas significativos.<sup>111</sup>

Dentro de los ADR los mecanismos más usados son la mediación, por medio de la cual un tercero imparcial ayuda a las partes a aclarar posturas, explorar alternativas de solución y evaluar la mejor manera de poner fin al conflicto, y el arbitraje, en el cual un tercero imparcial que actúa esencialmente como juez, evalúa el mérito del caso y emite una decisión que puede ser vinculante o no (consultivo).<sup>112</sup>

Sin embargo, también existen casos en los que el legislador estadounidense faculta a la Administración a perseguir directamente la reparación ambiental, así, en relación con actividades que se han calificado como especialmente riesgosas por suponer una amenaza latente para el medio ambiente o la salud de la población, se le ha otorgado facultades a la

---

<sup>111</sup> EPA, *Enforcement&Assistance Guide*. [En línea] <<http://www.epa.gov/region1/enforcement/adr/whatis.html>> (fecha de consulta 19 de enero de 2014)

<sup>112</sup>Idem.

EPA para cumplir dicho objetivo. Esto ocurre por ejemplo, en los casos de contaminación por sustancias peligrosas, los que están regulados por la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA), más conocida como *Superfund*. Esta ley extendió la responsabilidad ambiental a un concepto amplio de partes asociadas a la generación y disposición de sustancias peligrosas, estableciéndola en términos estrictos –con la única limitación del caso fortuito-<sup>113</sup> y de forma solidaria<sup>114</sup> respecto de los costos de reparación de los daños causados por la liberación de residuos.<sup>115</sup> Así, los actuales dueños y operadores de establecimientos donde se encuentren localizadas sustancias peligrosas, aquellos que fueron dueños u operadores del lugar en el momento en que se depositaron las sustancias, las personas que hagan arreglos necesarios para el desecho de sustancias peligrosas y las personas que acepten estas

---

<sup>113</sup>Con el paso del tiempo el Congreso de Estados Unidos ha ido estableciendo algunas limitaciones a esta responsabilidad objetiva y que atiende a determinadas personas que no han participado de los hechos o que se ven involucradas en un grado muy bajo. Para mayor información ver: BEARDEN, David. *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act: A Summary of Superfund Cleanup Authorities and Related Provisions of the Act*. 2010, p. 14.[En línea]<[http://nepinstitute.org/get/CRS\\_Reports/CRS\\_Climate\\_and\\_Environment/Other\\_Environmental\\_Issues/Summary\\_of\\_Superfund\\_Cleanup\\_Authorities.pdf](http://nepinstitute.org/get/CRS_Reports/CRS_Climate_and_Environment/Other_Environmental_Issues/Summary_of_Superfund_Cleanup_Authorities.pdf)> (fecha de consulta: 19 de enero de 2014)

<sup>114</sup> Conforme se explica en la sección 122 de la CERCLA, la EPA tiene facultades para considerar la capacidad económica de los distintos responsables al momento de exigirles acciones concretas o financiamiento para llevarlas a cabo.

<sup>115</sup> PERCIVAL, R. Op. Cit., p. 107.

sustancias para transportarlas a sitios de desecho y tratamiento, serán responsables de la reparación ambiental que se siga con ocasión de la manipulación de estas sustancias, y cuando éstos no sean habidos o no tengan capacidad de pago, la autoridad podrá realizar por sí las reparaciones, a través del *Superfund Trust Fund*, pero con cargo a quienes resulten responsables.<sup>116</sup>

De esta forma, la CERCLA tiene por objeto autorizar a los gobiernos federales a reparar los ambientes contaminados y hacer responsables de los costos que de ello se deriven a las “partes potencialmente responsables”, con lo cual, se intenta capturar a todos los agentes que estén o puedan estar relacionadas con la contaminación ambiental y así evitar que aquellos que no lo están deban hacerse responsable de los costos a través de los impuestos.<sup>117</sup>

Para priorizar las acciones de reparación del medio ambiente, CERCLA ordena a EPA que realice periódicamente una lista de prioridades nacionales según el grado de contaminación y el riesgo a la salud de la

---

<sup>116</sup> BEARDEN, David. Op. Cit., p. 12.

<sup>117</sup> Ibid. p.1.



población o al medio ambiente. En relación con estos episodios, EPA debe requerir a todos los potenciales responsables que realicen las reparaciones correspondientes o que suministren los recursos para ello, y alternativamente, si lo anterior no rinde resultados, podrá hacerlo por sí misma pudiendo recuperar los costos de las partes potencialmente responsables.

CERCLA, además, autoriza a los gobiernos federales a exigir dos tipos de acciones a los potenciales contaminantes, las de “remoción”<sup>118</sup> y las de “remediación”<sup>119</sup>. Las primeras tienden a ser medidas de corto plazo, con énfasis en los riesgos más inmediatos. Las segundas, en cambio, suelen ser de largo plazo, ofrecen soluciones permanentes, y deben someterse a un proceso de participación pública en el cual la comunidad puede hacer observaciones a las acciones.

---

<sup>118</sup> Sección 101, N° 23, CERCLA: Acciones de remoción son aquellas destinadas a la limpieza o remoción de sustancias peligrosas liberadas al medio ambiente, así como las acciones que sea necesario adoptar en el evento de una amenaza de liberación de sustancias peligrosas al medio ambiente, así como las acciones que sea necesario adoptar para monitorear, controlar y evaluar la liberación o amenaza de liberación de sustancias peligrosas, el depósito de material removido, o la adopción de todas aquellas otras medidas que sean necesarias para prevenir, minimizar o mitigar daño a la salud de la población o al medio ambiente (...)

<sup>119</sup> Sección 101, N° 24, CERCLA: Acciones de remediación son aquellas que consisten en reparaciones permanentes y que se adoptan en vez, o además de las acciones de remoción en caso de liberación o amenaza de liberación de sustancias peligrosas, el depósito de material removido, o la adopción de todas aquellas otras medidas que sean necesarias para prevenir, minimizar o mitigar daño a la salud de la población o al medio ambiente.

Existen tres mecanismos por medio de los cuales, conforme a la CERCLA, los gobiernos federales pueden hacer cumplir la responsabilidad ambiental si es que los potenciales contaminadores son habidos y tienen capacidad para pagar. Estos incluyen las órdenes administrativas o judiciales, las acciones de recuperación de costos, y los acuerdos de aceptación de responsabilidad.<sup>120</sup>

- a) Órdenes administrativas o judiciales: CERCLA autoriza a la EPA a emitir una orden administrativa o conseguir una orden judicial, exigiendo a los potenciales responsables llevar a cabo acciones de limpieza del medio ambiente. La misma ley permite cobrar una multa de hasta US\$25.000 por cada día de incumplimiento, así como hacer responsable al infractor, por concepto de daños punitivos, de una suma equivalente a tres veces lo que le haya costado a la autoridad reparar el ambiente dañado por no haberlo hecho aquel que recibió la orden. Si la parte que recibe la orden prueba que no es responsable o

---

<sup>120</sup> BEARDEN, David. Op. Cit. pp. 21-23.

que las medidas que le fueron exigidas fueron arbitrarias o ilegales, será rembolsado desde el *Superfund Trust Fund*.

b) Acciones de recuperación de costos: En todos aquellos casos en que la autoridad deba costear por sí misma las acciones de remoción o reparación, se podrá solicitar el reembolso ya sea a través de una orden administrativa o mediante los tribunales de justicia. Lo mismo podrá hacer cualquier persona que haya decidido voluntariamente llevar a cabo la ejecución de las medidas necesarias.

c) Acuerdos de aceptación de responsabilidad: Si un potencialmente responsable está dispuesto a asumir su responsabilidad voluntariamente, CERCLA faculta a la EPA para llegar a un acuerdo de reparación con él, o acordar las bases de una acción de recuperación de costos, evitando así los costos de litigación. También se le permite a la EPA renunciar a acciones judiciales para perseguir la responsabilidad futura del infractor o acordar que se extinga respecto de él la obligación que tiene de contribuir con los gastos de reparación si es que otro responsable así se lo exigiera –en atención a

que la responsabilidad es solidaria-. Cabe destacar que si bien para los responsables es totalmente voluntario entrar en el acuerdo de aceptación de responsabilidad, los términos del acuerdo al finalizar el proceso son vinculantes.

Analizando todos los ejemplos citados, queda de manifiesto que el legislador estadounidense también encontró deseable que la Administración contara con facultades para perseguir directamente la responsabilidad ambiental, estableciendo incluso un régimen de responsabilidad objetiva para el caso de la contaminación por sustancias peligrosas, mostrando su interés por dar aplicación a los principios de responsabilidad ambiental y quien contamina paga, y empleando un criterio de justicia material para que sean sólo aquellos que se benefician económicamente de una actividad, y no la sociedad toda, quienes internalicen los costos derivados de las externalidades negativas de las operaciones.

En todo caso, es relevante notar que aun cuando se le ha otorgado a la Administración potestades para perseguir la responsabilidad ambiental, el énfasis se ha puesto en los mecanismos cooperativos para conseguir

soluciones satisfactorias en las problemáticas ambientales, sin perjuicio de que la autoridad pueda combinar distintas técnicas a fin de obtener resultados más satisfactorios. Además, al igual que en el caso inglés y español, en Estados Unidos se faculta a la autoridad ambiental a gestionar por sí misma las medidas que sea necesario adoptar para reparar el daño ambiental, pudiendo luego obtener la repetición de estos costos contra quien resulte responsable.

El medio ambiente, ya por su naturaleza como bien difuso de titularidad colectiva, por la obligación que pesa sobre los Estados de protegerlo, o porque es un elemento esencial para la subsistencia de todas las especies, se ha alzado como un bien jurídico cuya preservación es un asunto de interés público que ha pasado típicamente a formar parte del derecho de las regulaciones administrativas. Ello es consecuencia de que el derecho del medioambiente supone definiciones que no solamente son juzgadas en razón de criterios normativos, como es la técnica preferente del razonamiento judicial, sino particularmente en cuanto a sus efectos para el bienestar general de la comunidad.<sup>121</sup> Por eso es posible ver que distintas

---

<sup>121</sup> Barros, Op. Cit., p. 790.

legislaciones han optado por que sea la autoridad administrativa quien disponga los límites razonables dentro de los que pueden actuar los regulados, que sea ésta quien defina mecanismos específicos de fiscalización, y que pueda perseguir las infracciones y sus consecuencias. En este sentido, la doctrina concuerda en que, si bien las acciones indemnizatorias y de reparación en naturaleza juegan una función implícita en la prevención general, las políticas públicas, que se expresan en regulaciones, autorizaciones y sanciones administrativas (y en el extremo en ilícitos penales), parecen ser los instrumentos más eficaces.<sup>122</sup>

Al contrastar la información que se ha recopilado en este capítulo, resulta notorio que países como Estados Unidos, España e Inglaterra (estos últimos siguiendo las directrices impartidas por el Parlamento Europeo y el Consejo) han optado por circunscribir en el ámbito de competencias de la autoridad administrativa la persecución de la reparación del daño ambiental, apartándose de la tradición de viejo cuño que limitaba la acción de los organismos fiscalizadores a la imposición de multas que, solo por la vía de la prevención general de la conducta, podían impactar en el

---

<sup>122</sup>Ibid.

comportamiento de la comunidad. Además, como ya se ha señalado, la evolución del Derecho Ambiental ha llevado a un replanteamiento de la relación entre el ente fiscalizador y el sector regulado, y cada vez más se han incorporado criterios de autorresponsabilidad y de cooperación entre estos dos sectores, flexibilizando las facultades de policía de la Administración Pública, y abriendo la posibilidad de que se celebren distintos tipos de convenios entre la autoridad y los particulares a fin de optimizar la labor de fiscalización y sus objetivos.<sup>123</sup>

Este contexto, contrastado con la forma en que finalmente se reguló el Plan de Reparación en Chile, pone de manifiesto cierto anacronismo con el que se trató esta materia en el Congreso. Para superar este problema, en el capítulo siguiente se plantearán algunas modificaciones al Plan de reparación que podrían hacer de esta herramienta un mecanismo más acorde a la realidad que vive el Derecho Ambiental en países con buenos desempeños ambientales y que permitirían que su aporte al sistema de fiscalización ambiental nacional resulte más relevante.

---

<sup>123</sup> PNUMA. *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*. México D.F., 2003. Pp. 33-34. [En línea] <<http://www.pnuma.org/deramb/pdf/La%20Responsabilidad%2012.pdf>> (fecha de consulta 19 de enero de 2014)

## **CAPÍTULO V**

### **Críticas y propuestas al Plan de Reparación**

#### **1. Críticas y aclaraciones sobre la reglamentación actual del Plan de Reparación**

Más allá de las críticas que se puedan hacer al modelo de reparación ambiental chileno tomando en consideración las lecciones que nos deja la experiencia comparada -las que serán abordadas en el apartado siguiente-, como se ha visto a lo largo de estas páginas, y particularmente en el Capítulo II de esta memoria, existen diversas razones que nos llevan a concluir que la técnica legislativa empleada para dar origen a la figura del Plan de Reparación no fue la más adecuada.

A continuación, para efectos de orden y de facilitar la comprensión de las ideas que se han expuesto, enumeraré aquellas falencias en la reglamentación del Plan de Reparación que han sido detectadas en el presente trabajo y que deberían ser objeto de modificaciones para que éste pueda ser un aporte más relevante a nuestra institucionalidad ambiental. Así



mismo, abordaré algunas interrogantes que se suscitaron a lo largo de estas páginas dando una respuesta en la que confluyan todas las variables que se han estudiado.

a) Viabilidad del Plan de Reparación ante daños ambientales irreparables: Una de las cuestiones que surgieron al analizar el Plan de Reparación dice relación con la posibilidad de acogerse a este instrumento en aquellos casos en los que no es dable hacer una reparación *in natura* por ser el daño ambiental de carácter irreparable, o si en estas circunstancias, el causante del daño perderá la prerrogativa y deberá esperar a la judicialización del conflicto o, en caso de que quiera proceder voluntariamente a su reparación, debería ingresar su proyecto al SEIA, ya sea porque contempla alguna de las actividades consignadas en los artículos 10 de la Ley N° 19.300 y 3 RSEIA o porque decide hacerlo de forma espontánea. En este sentido, como se expuso latamente en el punto 1.4 del Capítulo I, cuando la reparación *in natura* no es posible nuestro ordenamiento jurídico no solo admite la reparación por equivalencia como una alternativa viable sino que además la hace devenir en necesaria, pues de lo contrario se vulnerarían los principios de responsabilidad y quien

contamina paga, los artículos 2 letra s) y 3 de la Ley N° 19.300, el artículo 2329 del Código Civil y el artículo 19 n°8 CPR. Por ello, la circunstancia de que el daño ambiental sea irreparable no haría perder al infractor la prerrogativa de presentar un plan de reparación, sino que simplemente modificaría el objeto del mismo, el cual, en vez de contener una reparación *in natura*, deberá proponer una reparación en equivalencia, como por ejemplo, un monto indemnizatorio o el desarrollo de un activo equivalente cuyos efectos deberán producirse en las áreas o lugares en que se presenten o generen los impactos significativos sobre los elementos del medio ambiente, los cuales, deberán ser evaluados de la misma forma que establece el Reglamento.

b) Reparación parcial del daño ambiental: Como se explicó en el punto 2.2.5 del Capítulo II, a mi juicio, el legislador admite la posibilidad de que el infractor presente un plan de reparación que aborde parcialmente el daño ambiental causado, sin ser obligatorio repararlo en su plenitud. Esto no quiere decir en ningún caso que nuestro ordenamiento jurídico admita un ámbito de irresponsabilidad al causante del hecho dañoso, sino que, por un lado, erige un mecanismo para facilitar al infractor una proposición de plan

de reparación en atención a sus facultades reales, lo que se condice con la celeridad que busca este procedimiento y no obsta a la persecución de la reparación total por otras vías, y por otro lado, constituye un resguardo normativo si es que el infractor alega la extinción de la acción de reparación ambiental respecto de daños ambientales que no fueron efectivamente reparados.

c) Rol de la SMA en la evaluación del Plan de Reparación: Otra de las interrogantes que surgieron sobre la tramitación del Plan de Reparación, estriba en el rol que le toca cumplir a la SMA durante el procedimiento de aprobación del mismo, el cual, como se señaló en los puntos 2.2.3 y 2.2.9 del Capítulo II, solo se reduce a hacer un análisis formal de la propuesta de Plan de Reparación presentada por el infractor, cerciorándose de que éste cumpla con los contenidos mínimos a que se refiere el artículo 19 del Reglamento. Ahora bien, se podría interpretar que dicho mandato autoriza a la SMA a evaluar el mérito de la propuesta, pero no parece que sea el caso atendido el hecho de que es en el SEA en quien recae la labor de realizar la evaluación técnica de la misma. Además, dado el principio de legalidad contemplado en el artículo 7 CPR, una interpretación laxa de la norma

podría llevar a que la actuación de la SMA sea susceptible de ser atacada por la vía de la acción de nulidad de Derecho Público. En atención a lo expuesto, y considerando que el SEA no tiene la obligación de solicitar informe a la SMA y que el ente fiscalizador puede hacer aportes importantes a la hora de evaluar el plan de reparación en atención a que lideró la investigación contra el infractor y por tanto tiene información de relevancia sobre la materia, parece necesario hacer explícito el mandato para que el SEA solicite informe a la SMA, de modo tal, que aun cuando éste pueda no ser vinculante, al menos deba ser tomado en consideración so pena de poner de manifiesto una actuación arbitraria.

Otro de los temas abordados en esta memoria, en relación con el rol que le cabe a la SMA en el procedimiento de aprobación del Plan de Reparación, guarda relación con la atribución que ostenta este organismo para analizar el mérito de la propuesta presentada por el infractor y rechazarla incluso contra el informe favorable del SEA, cuando no se hubieren considerado adecuadamente las observaciones formuladas por terceros en el marco de un espacio de participación ciudadana. En este sentido, como se mencionó en el párrafo 2.2.6 del Capítulo II, el artículo 21

del Reglamento le concede a la SMA la facultad de abrir un período de información pública después de haber recibido la propuesta de plan de reparación y antes de remitirla al SEA, y el artículo 26, por su parte, la obliga a *considerar*, en la resolución con la que aprueba o rechaza el Plan de Reparación, las observaciones que se hayan presentado dentro de dicho periodo. Si la SMA debe considerar las observaciones que haya planteado la ciudadanía, significa que debe hacerse cargo de ellas razonadamente al momento de aprobar el Plan de Reparación, pues de lo contrario su decisión sería ilegal y consiguientemente inconstitucional conforme lo dispuesto en el artículo 6 CPR. De esta forma, a través de una debida consideración de las observaciones ciudadanas, La SMA podría rechazar una propuesta de reparación aun contra el pronunciamiento favorable del SEA.

d) Participación de organismos sectoriales con competencia ambiental: Relacionado con lo señalado en el párrafo anterior, cabe recordar que a diferencia de lo que ocurre dentro del SEIA, en el procedimiento de aprobación de un plan de reparación no es deber del SEA recabar el pronunciamiento de los organismos sectoriales con competencia ambiental, pudiendo prescindir de ellos para evaluar la propuesta. Incluso, aun cuando

los solicitara, no hay norma alguna que obligue al SEA a pronunciarse sobre ellos, sin perjuicio de que el acto de aprobación o rechazo del Plan de Reparación pueda ser impugnado si es que la decisión adolece de arbitrariedad o ilegalidad. Esto resulta cuestionable atendido el hecho de que estos organismos manejan información técnica relevante que puede resultar necesaria para que el Plan de Reparación adopte efectivamente las medidas más idóneas para reparar el medio ambiente dañado y con un menor grado de impactos ambientales en el proceso de ejecución. Parece necesario modificar este aspecto para que el procedimiento sea lo más acucioso posible y sin falencias técnicas o normativas que pueden dejar abierta la brecha a la judicialización del conflicto o que propendan a una reparación ambiental ineficiente, ya sea por sus costos o por sus resultados.

e) Participación ciudadana en el Plan de Reparación: Como se explicó en el punto 2.2.6 del Capítulo II, la participación ciudadana no es obligatoria en el proceso de aprobación del Plan de Reparación ni existen supuestos dentro de los cuales podría llegar a serlo. Es criticable que el legislador haya dejado bajo la discrecionalidad de la SMA la decisión de hacer partícipe del proceso de reparación ambiental a la ciudadanía, sobre

todo tomando en consideración que la materia a discutir es justamente un bien de titularidad colectiva cuya afectación repercute en la nación toda, y más aún, en las personas que estén directamente vinculadas con la zona en la que se manifieste el daño ambiental. Este precepto resulta inconsistente con la tendencia global a abrir canales de acceso a la justicia hacia la ciudadanía, como queda de manifiesto en el principio 10 de la Declaración de Río, propensión que incluso fue recogida explícitamente en el Mensaje del Ejecutivo con el que se despachó el proyecto de ley que más tarde se convirtió en la Ley N° 20.417. Este es otro aspecto que debería ser modificado en la regulación del Plan de Reparación, pues abrir canales institucionales de participación ciudadana no solo permite arribar a soluciones omnicomprensivas y eficientes, sino que además disminuye las probabilidades de una posterior judicialización de la problemática.

f) El Plan de Reparación y el SEIA: Como se expuso latamente en el punto 2.2.9 del Capítulo II, existen argumentos normativos que nos llevan a cuestionar que se dispusiere en el Reglamento –algo que no hizo la Ley N° 20.417- la innecesaridad de que un plan de reparación ingrese al SEIA y cuente con una RCA favorable para poder ejecutarse. Lo anterior podría

derivar en un problema estrictamente normativo antes que de aplicación material, pero ello no es así, pues como se ha señalado en los párrafos anteriores, al prescindir el procedimiento de aprobación de un plan de reparación, tanto de la experiencia de los organismos sectoriales con competencia ambiental como de los aportes que pueda hacer la ciudadanía, no permite precaver suficientemente los impactos que podría irrogar la ejecución del mismo plan y no satisface los estándares que el principio preventivo –consagrado explícitamente en el Mensaje de la Ley N° 19.300-, ha establecido en nuestro país. Más apropiado parece que se hubiese delimitado un procedimiento *sui generis* dentro del SEIA, que bien podría ser el que se esboza en la ley y se complementa en el Reglamento, pero elevando a esencial el pronunciamiento de los organismos sectoriales con competencia ambiental y la apertura del proceso de participación ciudadana.

g) Finalidad y utilidad del Plan de Reparación: En relación con los fines que persigue cumplir el Plan de Reparación, atendida la reglamentación con la que en definitiva se instauró este mecanismo, creo que existen serias dudas sobre cuáles serían éstos y si efectivamente se están cumpliendo. Como se expuso sobre este punto en el Capítulo III, me



parece que estas preguntas no fueron contestadas con acuciosidad por el legislador al momento de aprobar el diseño final de esta institución y que la construcción de hipótesis *a fortiori* nos entrega respuestas que no son del todo satisfactorias. Efectivamente, como se señaló en su oportunidad, la principal utilidad del Plan de Reparación, y que puede intuirse como su finalidad, estriba en la celeridad con la que se puede afrontar la reparación del daño ambiental, ya que una vez lesionado el medio ambiente, el infractor podrá inmediatamente proponer su reparación mediante un mecanismo que se vislumbra expedito dada su breve tramitación. Sin embargo, esta celeridad no solo está menguada por la voluntariedad de la presentación del plan y la ausencia de plazos fatales para hacerlo, sino que además, se supedita al tiempo que tarde el procedimiento sancionatorio respectivo en arribar a la resolución que le pone término y que constata la existencia del daño ambiental, la cual, podría dictarse habiendo transcurrido un tiempo considerable desde la provocación del daño. Además, esta celeridad se consigue a un costo bastante elevado, cual es, soslayar los alcances de los principios preventivo y participativo por la vía de hacer discrecional para el SEA el llamado a participar a la ciudadanía y a los organismos sectoriales con competencia ambiental, lo que puede

eventualmente derivar en un Plan de Reparación sesgado, en el que no participen todos los interesados, y que pueda tener falencias técnicas, todo lo cual, derivará en problemas tanto para el proponente del plan como para la comunidad afectada por el daño ambiental. Por lo demás, como incentivo para presentar un plan de reparación, la ley solo dispone la suspensión del ejercicio de la acción de reparación del daño ambiental (la extinción de la acción no es realmente un incentivo, sino la consecuencia jurídica lógica de la reparación del ambiente dañado por faltar el objeto de la acción), lo que importa un bajo incentivo si se toma en consideración que si la proposición del plan de reparación es voluntaria el infractor está dispuesto a asumir los costos de reparación. En otras palabras, el incentivo consistiría solamente en evitar los costos asociados a un eventual litigio. Para que el Plan de Reparación propendiere realmente a la celeridad en la reparación del daño ambiental, debería o ser obligatorio ante la constatación del daño ambiental o llevar aparejado un incentivo mayor, como por ejemplo, una disminución en la multa que la Superintendencia del Medio Ambiente cursará al infractor, aunque dicha rebaja, no puede ser de tal magnitud que entregue una ventaja comparativa a los regulados y un correlativo incentivo a contaminar. En este sentido, debería considerarse al momento de decidir tal

rebaja las ganancias que obtuvo el causante del daño ambiental con motivo de la infracción.

## **2. Lecciones desde el Derecho Comparado**

Habiendo analizado las legislaciones de Inglaterra, España y Estados Unidos en materia de reparación ambiental, queda de manifiesto que la tendencia legislativa moderna se encuentra en reconocer la capacidad técnica de la Administración y otorgarle facultades para perseguir directamente la reparación del daño ambiental, estableciendo canales cooperativos para que el infractor pueda presentar por sí una propuesta de reparación sujeta a la aprobación de la autoridad. De esta forma, contrastados los distintos bienes jurídicos en juego, los países señalados han optado por dar preferencia a la celeridad en la reparación del medio ambiente dañado, al punto de explicitar a la autoridad la obligación que tiene de ejecutar por sí las obras de reparación en aquellos casos en que el infractor no es habido o cuando éste no ha sido diligente en dar cumplimiento a las obligaciones que en este sentido se le han impuesto, todo lo cual, sin perjuicio del derecho que le asiste alaAdministración para

recuperar los costos en los que ha incurrido accionando contra el responsable de los daños. De esta forma, tanto en Inglaterra como en España, distinguiendo entre la esfera de prevención y de reparación, y con el objeto de propender de forma expedita a la reparación ambiental, una vez constatada por la autoridad fiscalizadora la existencia del daño al medio ambiente se le imponen obligaciones a quien lo ocasionó, las que consisten en entregar información específica a la autoridad o ejecutar obras determinadas, ya sea para impedir la propagación del daño o para repararlo. El temor a que la autoridad pueda actuar arbitrariamente, ya sea imponiendo medidas excesivas o insuficientes, queda suficientemente resguardado, como ocurre en nuestro país con todo acto jurídico administrativo conforme a las reglas generales del Derecho Administrativo, consagrando la posibilidad de impugnarlas recurriendo ante la misma Administración o ante los tribunales de justicia.

El caso estadounidense, en el cual también se le atribuyen a la Administración facultades para perseguir en determinados supuestos directamente la reparación del daño ambiental, presenta además algunas variables que pueden ser de utilidad en nuestro ordenamiento jurídico como

herramientas de cooperación para incentivar a los regulados a proponer soluciones que presenten beneficios ambientales. Este es el caso de los SEP, los cuales, como ya se vio, permiten a los infractores que han causado un daño ambiental adoptar voluntariamente acuerdos para desarrollar un proyecto con beneficios ambientales, a cambio de una disminución en la multa a ser pagada. En este caso, si bien la autoridad Administrativa conserva las facultades para exigir la reparación del medio ambiente dañado, el infractor podrá ejecutar planes con beneficios ambientales complementarios que cederán en beneficio de la comunidad gracias a un incentivo concreto y cuantificable.

Resulta relevante destacar que el proyecto original del Plan de Reparación, donde se facultaba a la Superintendencia del Medio Ambiente para exigir al infractor una propuesta de reparación cuando en un procedimiento sancionatorio se constatará la existencia de daño ambiental, estaba plenamente inserto en la tendencia moderna y se avenía además con los principios de Derecho Ambiental que la imbuyen y que se han abordado a lo largo de este trabajo, tales como el de responsabilidad, preventivo y contaminador pagador, este último, en el entendido de que la obligatoriedad

e inmediatez de la reparación del daño ambiental se alzaría como potente elemento disuasivo de la conducta. Los temores que llevaron al legislador a modificar la idea original y reglamentar el Plan de Reparación de la forma en la que en definitiva se hizo, contrastados con la experiencia comparada, parecen infundados y anacrónicos, evidenciando en ellos una actitud recelosa hacia la Administración y la defensa de bienes jurídicos e intereses que parecen no condecirse con los principios que debieran imbuir nuestro ordenamiento jurídico ni con las lecciones que podemos aprender de las legislaciones estudiadas.

## CONCLUSIONES

El objetivo que se planteó al inicio de esta investigación fue el de otorgar a la naturaleza que la doctrina ha atribuido al Plan de Reparación, esto es, un Instrumento de Incentivo al Cumplimiento de la Regulación Ambiental, dilucidando si la reglamentación de este mecanismo permite sustentar tal aseveración o si por el contrario debe concedérsele una naturaleza distinta. Además, se hizo un análisis crítico, considerando la historia fidedigna de la Ley N° 20.417 y tomando elementos del Derecho Comparado, para determinar los fines que persigue la implementación del Plan de Reparación y si el constructo normativo con el que se erigió es el más adecuado para satisfacerlos. Asimismo, se analizó la reglamentación del Plan de Reparación, contrastándola con otras legislaciones, para esclarecer, desde la óptica de los principios que informan el Derecho Ambiental, si la implementación de este nuevo mecanismo supondrá un aporte relevante al sistema de fiscalización ambiental nacional o si por el contrario es necesario plantear algunas modificaciones a su estructura para optimizar sus resultados.

En este orden de cosas, tras haber analizado con acuciosidad la historia fidedigna de la Ley N° 20.417, quedó de manifiesto que existe una contradicción entre los objetivos que se propusieron formalmente al momento de promulgarse el Plan de Reparación y aquellos que en definitiva cumplirá su implementación dada la naturaleza de las normas que lo amparan y las restricciones que de las mismas emanan. Este problema se originó con motivo de la técnica legislativa empleada para dar origen al Plan de Reparación, la cual, no fue lo suficientemente rigurosa al momento de delimitar la faz teleológica del instrumento que se desarrollaba. En este sentido, tras las discusiones y oposiciones que hubo en el Parlamento, se terminó por dar forma a una herramienta sustancialmente distinta a la que contenía originalmente el proyecto de ley formulado por el Ejecutivo, pero manteniendo nominalmente los objetivos que ésta perseguía, sin cerciorarse con una mirada sistémica si en los hechos esto ocurriría. De esta forma, parece ser que tras el diametral cambio ontológico que sufrió el Plan de Reparación a lo largo del trámite legislativo, pasando de ser una consecuencia inexorable ante un daño ambiental a una prerrogativa del infractor, el legislador no se cuestionó si los objetivos que teóricamente se perseguían con su implementación seguían cumpliéndose, en qué medida se



cumplían o si bien serían otros los que se satisfacerían, y en este último caso, si éstos eran deseables, si se condecían con la legislación nacional y, finalmente, si tras esta mutación devenía en provechoso para nuestro ordenamiento jurídico proseguir con su implementación. Estas interrogantes no fueron planteadas oportunamente por el legislador, pero pueden ser contestadas ahora a la luz del análisis que se ha llevado a cabo en estas páginas, con el fin de determinar si el Plan de Reparación, tal como está regulado actualmente, es la herramienta idónea para fortalecer nuestro aparato fiscalizador ambiental en materia de responsabilidad ambiental.

Como se señaló en el Capítulo IV de esta obra, originalmente el Plan de Reparación fue ideado como una herramienta de la Administración que procedía ante todo daño ambiental que se produjera con ocasión de una infracción a la normativa ambiental de competencia del organismo fiscalizador, y en este sentido, por la vía de la constitución de un mecanismo de prevención general, fomentaba *ex ante* el cumplimiento de la normativa del ramo. Además, dada su naturaleza imperativa, se propendía de modo raudo y expedito a la reparación del daño ambiental. Pero abandonada esta idea, y consagrándose el Plan de Reparación como una

prerrogativa del infractor, se perdió el impacto disuasivo que la medida importaba así como la celeridad con la que se buscaba la reparación del medio ambiente dañado, toda vez que ahora dependía de la voluntad del infractor presentar una propuesta de plan de reparación o esperar una eventual judicialización del conflicto. Este alejamiento a los fines originales, pudo haberse morigerado si es que el incentivo a la presentación de un plan de reparación hubiese sido significativo, pero tal como se señaló en su oportunidad, el único incentivo es la extinción de la acción de reparación ambiental, lo que en estricto rigor no es otra cosa que la consecuencia jurídica inexorable por la ausencia de objeto de pedir. En este sentido, el verdadero incentivo para el infractor se encuentra ligado a la suspensión del ejercicio de la acción de reparación del daño ambiental, o en otras palabras, los costos asociados al litigio, algo que no siempre será tan significativo como para justificar esta vía cooperativa. La experiencia comparada nos revela que incentivos pecuniarios mayores, susceptibles de precisa determinación, pueden servir de estímulo para fomentar la cooperación entre la Administración y los regulados. Así, siguiendo el modelo de los SEP en Estados Unidos, una alternativa llamativa sería la disminución en la cuantía de la multa a imponer por parte de la SMA o un

beneficio tributario asociado a los gastos necesarios para llevar a cabo la reparación del daño ambiental. Sumado a lo anterior, y para asegurar que se cumpla el fin de propender rápidamente a la reparación ambiental, evitando de este modo exposiciones prolongadas de los elementos del medio ambiente al daño, podría incorporarse un plazo fatal para presentar una propuesta de plan de reparación, contado desde la notificación de la resolución que pone término al procedimiento sancionatorio bien desde la notificación de la formulación de cargos por parte de la SMA. Esta última opción permitiría sortear el problema de la exposición prolongada del medio ambiente al daño si es que el procedimiento administrativo sancionatorio se prolongase demasiado. Otra alternativa para conseguir este objetivo, que podría emplearse de forma copulativa a la anterior, es la integración del tiempo tardado en presentar la propuesta como variable para determinar la cuantía de la disminución de la multa.

Como se señaló en su oportunidad, la integración del Plan de Reparación a nuestro entramado normativo no cambió realmente de forma sustancial el esquema jurídico que existía antes de su entrada en vigencia, pues con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.417, como ya se

explicó, la reparación ambiental también se podía solicitar voluntariamente, ya sea ingresando al SEIA de forma obligatoria o espontánea, según el caso, o cumpliendo la normativa sectorial correspondiente. La única diferencia fundamental que se observa entonces entre una reparación voluntaria según las reglas generales y una acogida al Plan de Reparación, y que podría aludirse como incentivo –aunque perverso- para preferir esta última opción, es que este mecanismo permite eludir el ingreso al SEIA, el pronunciamiento obligatorio de los organismos sectoriales con competencia ambiental y el espacio de participación ciudadana, todo lo cual, ha sido ya latamente expuesto y criticado en este trabajo. No parece lógico ni acorde a los principios que informan el Derecho Ambiental que hayan sido éstos los incentivos a los que el legislador haya apuntado, por lo que en opinión de quien suscribe parece justificado promover su modificación.

Llama la atención la reticencia que suscitó en el Parlamento la constatación administrativa del daño ambiental y su consagración como fuente de la obligación reparadora, ya que no se condice ni con la evolución que en los últimos años han vivido nuestro ordenamiento jurídico ni con la tendencia que durante las últimas décadas se ha arraigado en el Derecho

Comparado y que ha quedado plasmadas en el Capítulo IV de esta memoria. En base a estos resquemores se terminó por atenuar una herramienta que habría contribuido significativamente a la persecución expedita de la reparación de los daños ambientales, que hubiese implicado el acercamiento de nuestro país a los estándares que los países miembros de la OECD, que fueron estudiados en esta memoria, aplican en esta materia, y que, en definitiva, hubiese permitido abrir canales reales de cooperación entre los infractores y la Administración, ya que en este escenario, aun siendo la Ley la fuente de la obligación reparadora que pesa sobre el causante del daño ambiental, sería éste quien en definitiva diseñaría la forma de cumplirla, siendo solo la insatisfacción de estándares técnicos y jurídicos en la propuesta de plan de reparación, el elemento que activaría la actuación de la Administración disponiendo alteraciones a dicha propuesta.

Por todo lo señalado me parece que lo más idóneo para la complementación de nuestro sistema de responsabilidad ambiental sería la modificación del Plan de Reparación actual y su consagración en la forma en la que fue concebido originalmente por el Ejecutivo, erigiéndose de esta forma como una reacción necesaria de nuestro ordenamiento jurídico ante la

constatación de daño ambiental en un procedimiento administrativo sancionatorio. Además, parece justificado, como se ha expuesto en este trabajo, que se considere en la reglamentación del Plan de Reparación su ingreso obligatorio al SEIA, o al menos, la necesidad de contar con el pronunciamiento de los organismos sectoriales con competencia ambiental y con un espacio reglado de participación ciudadana.

Con todo, no puede dejar de destacarse el interés nacional por diversificar las herramientas con las que cuenta nuestro ordenamiento jurídico para propender a la reparación del daño ambiental, ya que éste nos ha entregado una gran oportunidad para debatir sobre el alcance, los fines y la utilidad de las diferentes técnicas con las que contamos para alcanzar dicho objetivo. En este sentido, si bien se han propuesto modificaciones sustanciales al Plan de Reparación, el desarrollo de esta institución nos permite abrir el debate sobre el rol que debe ejercer la Administración en materia de reparación ambiental, las facultades que debe tener para llevarlo a cabo y la naturaleza de las relaciones que se deben dar entre el regulador y el sector regulado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BANFI, Cristian. *De la Responsabilidad Civil como Instrumento de Protección Ambiental*. En Revista Chilena de Derecho Privado, Fundación Fernando Fueyo L. Universidad Diego Portales, N° 2. Santiago de Chile, julio 2004.

BARROS, Enrique. *Tratado de Responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BEARDEN, David. *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act: A Summary of Superfund Cleanup Authorities and Related Provisions of the Act*. USA., enero 2010. [En línea] <[http://nepinstitute.org/get/CRS\\_Reports/CRS\\_Climate\\_and\\_Environment/Other\\_Environmental\\_Issues/Summary\\_of\\_Superfund\\_Cleanup\\_Authorities.pdf](http://nepinstitute.org/get/CRS_Reports/CRS_Climate_and_Environment/Other_Environmental_Issues/Summary_of_Superfund_Cleanup_Authorities.pdf)> (fecha de consulta: 19 de enero de 2014).

BERMÚDEZ, Jorge. *El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación*. En Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 21. Valparaíso, 2001.

BERMÚDEZ, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007.

BERMÚDEZ, Jorge. *La responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado por falta de servicio y por daño ambiental*”, en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 23. Valparaíso, Chile, 2003.

BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina*. Buenos Aires, ed. AbeledoPerrot, 2000.

CAZOR, Kamel. *La Potestad Reglamentaria Autónoma en la Constitución Chilena*. En Revista de Derecho, Vol. X, Chile, diciembre 1999.

CORDERO, Luis. *Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno*. En: Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Facultad



de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile, ed. Legal Publishing, 2008.

DEFRA. The Environmental Damage Regulations Preventing and Remedying Environmental Damage. [En línea] <<http://archive.defra.gov.uk/environment/policy/liability/pdf/quick-guide-regs09.pdf>> (fecha de consulta 9 de enero de 2014).

ENVIRONMENT AGENCY. *Civil Sanctions for Environmental Offences. Guidance to regulators in England on how the civil sanctions should be applied, and draft guidance for Wales.* [en línea] <<http://archive.defra.gov.uk/environment/policy/enforcement/pdf/defra-wag-guidance.pdf>> (fecha de consulta: 07 de enero de 2014).

ENVIRONMENT AGENCY. *Civil Sanctions for Environmental Ofences. Guidance to regulators in England on how the civil sanctions should be applied, and draft guidance for Wales.* UK, enero 2010. [En línea] <<http://archive.defra.gov.uk/environment/policy/enforcement/pdf/defra-wag-guidance.pdf>> (fecha de consulta: 07 de enero de 2014).

EPA, *Enforcement & Assistance Guide*. [En línea]  
<<http://www.epa.gov/region1/enforcement/adr/whatis.html>> (fecha de  
consulta 19 de enero de 2014)

EPA. *Guide for Measuring Compliance Assistance Outcomes*. USA, octubre  
2007 [En  
línea] <[http://www.epa.gov/compliance/resources/publications/assistance/m  
easures/ameasuring.pdf](http://www.epa.gov/compliance/resources/publications/assistance/measures/ameasuring.pdf)> (fecha de consulta: 19 de enero de 2014).

EPA. *Supplemental Environmental Projects*. USA [En  
línea] <<http://www.epa.gov/compliance/index.html>> (fecha de consulta: 17  
de enero de 2014)

EVANS, Eugenio. *La Ley, su ejecución y la interpretación normativa por los Órganos del Estado*, en *Revista de Derecho Público*. Vol. 6, 2003.

FIGUEROA, Eugenio, ASENJO, Rafael, VALDÉS, Sebastián, PRAUSS, Sergio. *La responsabilidad civil ambiental, el daño al medio ambiente y su*

*valor: Una aproximación legal y económica.* En: Revista de Derecho Ambiental, centro de Derecho ambiental, Universidad de Chile, n° 2, 2006.

GUZMÁN, Felipe. *Sistema de fiscalización ambiental. Situación actual y propuestas para mejorar su eficiencia*, en Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, ed. Legal Publihing, 2008.

MUÑOZ, Macarena. *Sistema de reparación por daño ambiental desde la perspectiva del principio quien contamina paga*, en Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, ed. Legal Publihing, 2008.

IMPEL. *Impel Project on Review of Compliance Promotion, Inspection Practices and Enforcement for IPPC Installations*. Bruselas, 2007. [En línea]<[http://www.installationsclassees.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/final\\_report\\_ippc\\_inspections.pdf](http://www.installationsclassees.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/final_report_ippc_inspections.pdf)>

OECD, *Ensuring Environmental Compliance. Trends and good Practices*. 2009. [En línea] <<http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/product/9709031e.pdf>> (fecha de consulta: 04 junio de 2014).

OECD, *Evaluaciones del Desempeño Ambiental, Chile*. 2005. p. 128. [En línea] <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/2/21252/1cl2305e.pdf>> (fecha de consulta: 04 de junio de 2014).

OLIVARES GALLARDO, Alberto. *El Nuevo Marco Institucional Ambiental en Chile*, en Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol I, Número I. Junio 2010.

PASTÉN, Bastián y PAROT, Gonzalo. *Diversificación de la Reparación del Daño Ambiental en Chile: Perspectivas para los planes de reparación*. En Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental. Año IV, N° 4. Santiago de Chile, diciembre 2012.

PERCIVAL, Robert. *Responsabilidad por daño ambiental global y evolución en las relaciones entre el Derecho Público y Privado*. En: Actas de las Quintas Jornadas de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile, ed. Legal Publishing, octubre 2010.

PIGRAU, Antoni. *El modelo europeo de responsabilidad por daños al medio ambiente y su aplicación en España*. En Actas de las Quintas Jornadas de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile, ed. Legal Publihing, octubre 2010.

PNUMA. *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*. México D.F., 2003. Pp. 33-34. [En línea]

<<http://www.pnuma.org/deramb/pdf/La%20Responsabilidad%2012.pdf>>

(fecha de consulta 19 de enero de 2014)

POKLEPOVIC, Iván. *Análisis Crítico del Sistema de Incentivos al Cumplimiento Ambiental de la Ley 20.417 que Crea la Superintendencia del Medio Ambiente*. En Actas de las Quintas Jornadas de Derecho

Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile, ed. Legal Publihing, octubre 2010.

SAAVEDRA, Rossi y REICHER, Oscar. *Autodenuncia en la Ley que crea la Superintendencia del Medio Ambiente ¿Un Real Incentivo Al Cumplimiento Ambiental?* En Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental. Año III, N° 3. Santiago de Chile, Septiembre 2011.

SANTAMARÍA PASTOR. J. A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

SILVA Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980. Gobierno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

SMA. *Cuenta Pública. Programa y subprogramas de fiscalización*. Santiago de Chile, marzo 2014. [En línea] <<http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/documentos-de->

[interes/documentos/documentos-sma?limitstart=0](http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/documentos-de-interes/documentos/documentos-sma?limitstart=0)> (fecha de consulta: 04 de abril de 2014)

SMA. *Estrategia de Fiscalización Ambiental 2013*. Santiago de Chile, junio 2013. [En

línea]<<http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/documentos-de-interes/documentos/documentos-sma?limitstart=0>> (fecha de consulta: 09 de enero de 2014)

SMA. *Informe de Gestión enero a junio 2013*. Santiago de Chile, julio 2013.[En

línea]<<http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/documentos-de-interes/documentos/documentos-sma?limitstart=0>> (fecha de consulta: 09 de enero de 2014)

SMA. *Informe de Gestión enero a septiembre 2013*. Santiago de Chile, octubre 2013. [En

línea]<<http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/documentos-de-interes/documentos/documentos-sma?limitstart=0>>

[interes/documentos/documentos-sma?limitstart=0](#)> (fecha de consulta: 09 de enero 2014)

VALENZUELA, Rafael. *El Derecho Ambiental, presente y pasado*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010. Citado por la Corte Suprema en sentencia de fecha 20.04.2011, causa rol 396-2009.

VERDUGO MARINKOVIC, M.; PFEFFER URQUIAGA, E.; NOGUEIRA ALCALA, H. *Derecho Constitucional Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

VIDAL, Álvaro. *Las acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de responsabilidad aplicable*. En Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 27. Valparaíso, 2007.