

Revista de Derecho Ambiental. Año IV N° 6.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

La *Revista de Derecho Ambiental*, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, constituye un espacio de exposición y análisis en el plano académico del Derecho Ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y recensiones, abordando diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. En sus páginas se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

Director Responsable

Prof. Sergio Montenegro Arriagada

Editor Responsable

Jorge Ossandón Rosales

Comité Editorial

Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción
Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso
Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile
Dra. Pilar Moraga Sario, Universidad de Chile
Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad Católica de Temuco
Dr. Jaime Tijmes, Universidad de La Frontera

Revista de Derecho Ambiental (en línea)
Centro de Derecho Ambiental
Facultad de Derecho. Universidad de Chile
Pío Nono 1, 4° Piso, Providencia, Santiago de Chile
+562 29785354
cda@derecho.uchile.cl
<http://www.derecho.uchile.cl/cda>

ISSN 0718-0101

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons
atribución - compartir igual 4.0 internacional



Daño ambiental y el fracaso de la reparación voluntaria: diagnóstico y propuestas

Environmental damage: the failure of voluntary reparation. Diagnosis and proposals

Jean Paul Dussaubat

Abogado, PUC

Diploma en Derecho Administrativo, PUC

jpdussau@uc.cl

Resumen: El presente artículo plantea un actual fracaso de la reparación ambiental voluntaria, formulando argumentos que analizan de manera crítica tanto el diseño como la puesta en práctica de los planes de reparación de daño ambiental; postulando que -contrario a lo establecido en la legislación chilena- es incorrecto clasificarlos como incentivos al cumplimiento. Considerando que ningún plan de reparación ha sido presentado desde que entraron en vigencia, se abordan las razones por las cuales el infractor, al analizar el costo y el beneficio asociado a la presentación de dicho instrumento, podría estimar que su interposición es más perjudicial que su omisión. Finalmente, se presentan propuestas para modificar la regulación de los planes de reparación con el objetivo de promover instrumentos reparatorios voluntarios eficaces.

Palabras claves: Daño ambiental, incentivos al cumplimiento, reparación ambiental.

Abstract: *This article states the failure of the environment's voluntary reparation, proposing arguments that critically analyze the design and implementation of reparation plans for environmental damages, stating that -unlike what is established in the Chilean legislation- considering those plans as incentives for compliance is incorrect. Taking into account that no reparation plan has been submitted since they entered into force, this study address the reasons why an offender, when analyzing the costs and benefits of presenting such instrument, would estimate that its submission is more detrimental than its omission. Finally, the study proposes amendments for the regulation of reparation plans, with the purpose of promoting effective voluntary repairing instruments.*

Keywords : *Environmental damage, environmental compliance incentives, environmental reparation.*

1. Contexto

1.1 Sobre el daño ambiental y el régimen de responsabilidad ambiental

El año 1994, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N° 19.300), nuestra legislación incorporó el concepto de daño ambiental, estableciendo un sistema de reparación íntegra del daño ocasionado. En efecto, la Ley N° 19.300 definió daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”¹. Al respecto, el legislador no define qué ha de entenderse por una afectación “significativa” del medio, encontrándonos entonces ante un concepto indeterminado que corresponderá al juez definir²; existiendo ciertos criterios a considerar, tales como la cantidad, magnitud y duración del daño; la calidad, el valor ambiental de los recursos afectados, el servicio ambiental que prestan, su capacidad de regeneración y el carácter de recurso irremplazable³, entre otros.

Previo a este hito, la reparación ambiental en nuestro país seguía las reglas generales de responsabilidad extracontractual civil, sin embargo, desde entonces, rige un régimen de responsabilidad especial en materia de daños ambientales. Así, respecto a la responsabilidad civil que nace a partir de la ocurrencia de daño ambiental, la Ley N° 19.300 indica que quien culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente e indemnizarlo⁴. Este régimen consigna una doble responsabilidad: (i) una reparación en naturaleza respecto a la generación del daño ambiental y (ii) una reparación en equivalencia, o indemnización, para el daño civil ocasionado⁵.

De esta forma, en materia de daño ambiental proceden tanto acciones de reparación como de indemnización; las primeras buscan reparar no el daño “que sufren los particulares

¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Artículo 2 letra e).

² Así, por ejemplo, recientemente, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que “[s]i bien la ley no ha conceptualizado el carácter de significativo del daño ambiental, es posible reconocer razonablemente de la propia normativa ambiental una serie de criterios que permiten dilucidar esa interrogante, tales como: a) la duración del daño; b) la magnitud del mismo; c) la cantidad de recursos afectados y si ellos son reemplazables; d) la calidad o valor de los recursos dañados; e) el efecto que acarrearán los actos causantes en el ecosistema y la vulnerabilidad de este último; y f) la capacidad y tiempo de regeneración.” (CORTE SUPREMA. Rol N° 25720-2014, 10 de diciembre de 2015). En el mismo sentido, respecto a un caso de extracción ilegal de aguas (CORTE SUPREMA. Rol N° 5826-2009, 28 de octubre de 2011), en relación al carácter significativo del daño ambiental, la Excelentísima Corte Suprema estableció que éste no está sujeto a un aspecto de extensión material de la pérdida, disminución o detrimento para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes, sino que debe acudirse a una calibración de la significación de los deterioros infligidos a aquél.

³ DELGADO, Verónica. 2012. La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras. *Revista de Derecho* (25): 47-76.

⁴ REPUBLICA DE CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley N° 19.300 sobre bases generales del medio ambiente. Artículo 3.

⁵ VIDAL, Álvaro. 2007. Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley N° 19.300. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (29): 119-140.

en su patrimonio, vida o salud, con ocasión de un daño ambiental, sino reparar el daño ambiental “puro”, “público” o “colectivo”⁶. Mientras que las segundas buscan la reparación económica por los daños causados, los cual se han podido demandar siempre, como daño emergente, lucro cesante o daño moral, conforme a las normas del derecho común⁷.

Previo a la entrada en vigencia de los Tribunales Ambientales, es decir, hasta el 28 de diciembre de 2012, el tribunal competente para conocer en primera instancia tanto de una acción de reparación como de indemnización por daño ambiental era el juez de letras en lo civil del lugar en que se originó el hecho que causa el daño, o el del domicilio del afectado⁸. Actualmente, las acciones de reparación y de indemnización ambiental se discuten en distintas sedes. Respecto a la acción de reparación, es competente el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado⁹. En la demanda solo se puede pedir la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de éste a repararlo materialmente¹⁰. Esta acción de reparación no puede ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado. Por su parte, la acción de indemnización de perjuicios procede ante el juzgado de letras en lo civil con competencia en el lugar donde se produjo el daño una vez que el Tribunal Ambiental haya declarado la producción del daño ambiental y ordenado su reparación¹¹.

Fundado en el principio de responsabilidad¹², el daño ambiental se erige a partir de un régimen de responsabilidad subjetivo atenuado, que si bien requiere la existencia de dolo o culpa, consagra casos de presunción legal de culpabilidad. De esta forma, se presume legalmente la responsabilidad 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 conservación ambientales, establecidas en la propia Ley N° 19.300 o en otras disposiciones legales o reglamentarias¹³. Cabe hacer presente que nos encontramos

⁶ DELGADO, Verónica. Ob. Cit., p.49.

⁷ DELGADO, Verónica. Ob. Cit., p.49.

⁸ Las sentencias definitivas eran apelables ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones competente, aplicándose el régimen general de recursos ante la Excelentísima Corte Suprema.

⁹ CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley N° 20.600 que crea los tribunales ambientales. Artículo 17 N°2.

¹⁰ Son titulares de la acción de reparación 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.

¹¹ En este caso, solo son legitimados activos aquellos que sufrieron los perjuicios.

¹² Al respecto, el Mensaje de la Ley N° 19.300 indica 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 de la responsabilidad supera los ámbitos de lo que se denomina responsabilidad civil, creando una nueva figura que podría denominarse "responsabilidad por daño ambiental".

¹³ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Artículo 52.

ante un sistema de prelación que no derogó normas especiales sobre la materia, existiendo ciertos casos específicos en que se consagra un régimen de responsabilidad objetiva¹⁴.

Más aún, respecto al régimen jurídico aplicable y a la vinculación existente entre diversas normas, tales como las reglas generales de responsabilidad civil contenidas en el Código Civil, las reglas generales en materia de daño ambiental y la existencia de ciertas normas específicas, el artículo 51 de la Ley N° 19.300 “da primacía a aquellas leyes especiales que regulen presupuestos de responsabilidad por daños al medio ambiente”¹⁵. En efecto, el inciso segundo del citado artículo indica que “las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley”. Así, el sistema de responsabilidad se aplica en aquellos casos en que no exista una regulación especial. Por su parte, el Código Civil tiene un carácter supletorio, aplicable en ausencia de otra normal especial¹⁶, tal como ha sido reconocido en el inciso tercero del artículo recién señalado, el cual sostiene que “[S]in perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil”, es decir, hace aplicable el régimen civil común de responsabilidad extracontractual¹⁷.

De esta forma, ante la existencia de daño ambiental, la doctrina ha reconocido la existencia de un sistema especial, compuesto a su vez de dos subsistemas: un subsistema de responsabilidad especial ordinaria y un subsistema especial de responsabilidad¹⁸. Este régimen no ha estado ajeno a críticas. Así, la literatura ha identificado ciertas inconsistencias en el sistema de acciones de responsabilidad civil por daño ambiental, que comprometen la eficiencia de la responsabilidad civil como instrumento de prevención y reparación del daño al medio ambiente¹⁹. Más aún, se ha planteado que “la responsabilidad civil difícilmente puede servir a la protección del medio ambiente”²⁰, teniendo aquella una función auxiliar, encargada del cumplimiento forzado de la regulación²¹.

Teniendo presente el marco teórico general que regula el daño ambiental y la reparación forzosa en nuestro país, a continuación se presentan los planes de reparación, único incentivo existente para la reparación voluntaria del medio ambiente en nuestro sistema jurídico.

¹⁴ A modo de ejemplo, la Ley de Seguridad Nuclear (Ley N°18.302) y la Ley de Protección Agrícola (Decreto Ley N° 3.557) establecen un régimen de responsabilidad civil objetiva o estricta.

¹⁵ CORRAL, Hernán. 1996. Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. *Revista Chilena de Derecho* (23): 148.

¹⁶ CORRAL, Hernán. Ob. cit., pp.143-177.

¹⁷ Sostiene Corral que la aplicación supletoria del Código Civil podría presentar problemas ante la posible inaplicabilidad de ciertas normas, tales como la responsabilidad compartida o solidaria de los arts. 2316, inc. 2° y 2317; y la aplicación de las hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno de los arts. 2320, 2321, 2322 y 2325, entre otras.

¹⁸ CORRAL, Hernán. Ob. cit., pp. 143-177.

¹⁹ Un acabado análisis es posible encontrar en BANFI, Cristián. 2009. De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental. *Revista de Derecho Ambiental* (3): 13-54.

²⁰ BANFI, Cristián. Ob. Cit., p. 50.

²¹ BANFI, Cristián. Ob. Cit., p. 51.

1.2 Planes de reparación de daño ambiental

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales (Ley N° 20.600), no solo se modificó el órgano judicial competente para conocer de una acción de reparación por daño ambiental, sino que culminó el proceso de instalación de la nueva institucionalidad ambiental en Chile. Desde entonces, el diseño institucional ambiental cuenta con diversos órganos tanto administrativos como judiciales, cada uno con competencias específicas y excluyentes, que conforman un sistema que busca garantizar una regulación íntegra del medio ambiente.

Así, hoy es posible identificar en sede administrativa los siguientes órganos que integran el diseño institucional ambiental: el Ministerio del Medio Ambiente, encargado de definir las políticas, planes y programas en materia ambiental; el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, a cargo de la aprobación de ciertas políticas y regulación; el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), cuya principal labor es la administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA); y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), órgano a cargo de la fiscalización y sanción ambiental. Junto a estos, se crearon los Tribunales Ambientales, órgano judicial especializado que cuenta con tres tipos de competencias²²: 1) conocer de reclamaciones sobre ciertos actos administrativos; 2) conocer demandas de reparación del daño al medio ambiente; y 3) conocer de autorizaciones de ciertas medidas provisionales²³.

Este nuevo diseño busca un actuar coordinado, unificado y sistematizado de las distintas agencias, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de la regulación ambiental. Como se señalaba en el Mensaje del proyecto de la Ley N° 20.417, que creó el Ministerio del Medio Ambiente, el SEA y la SMA (Ley N° 20.417): “el marco institucional entrega las reglas del juego en una sociedad, al estructurar incentivos para promover las conductas deseadas y al establecer el ordenamiento de deberes y derechos, reduciendo así la incertidumbre para las actividades que se desarrollan en la sociedad. La importancia de la eficiencia de las instituciones públicas, estriba en el impacto que tiene en el desempeño económico, pero también en el goce de libertades públicas y en la resolución de las inequidades”²⁴.

Una de las novedades del nuevo diseño ambiental, junto con la creación de las nuevas instituciones recién señaladas, fue la creación de ciertos incentivos para el cumplimiento ambiental, los cuales se presentaron como herramientas destinadas a promover el cumplimiento de la legislación ambiental por medio de la entrega de beneficios o incentivos a los regulados.

²² CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley N° 20.600 que crea los tribunales ambientales. Artículo 17.

²³ Esta triple clasificación de competencias ha sido reconocida en: PLUMER, Marie Claude. 2013. Los Tribunales Ambientales: Se completa la reforma a la institucionalidad ambiental. Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales. Chile (1): 297-315.

²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Mensaje Presidencial, Historia de la Ley N° 20.417. p. 5.

En efecto, en el Mensaje del proyecto de la Ley N° 20.417 el Ejecutivo sostuvo que: “al momento de reflexionar sobre la institucionalidad ambiental, lo que buscamos fue tratar de resolver la adecuada integración legal entre información e incentivos para los sujetos que ejercen sus derechos y los que imponen sus potestades públicas”²⁵.

El sistema de incentivos fue una de las ideas base del nuevo régimen de fiscalización y sanción. En este sentido, el Mensaje de la Ley N° 20.417 indicaba 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”²⁶.

Es en este contexto que nacen los tres incentivos al cumplimiento ambiental existentes en la actualidad: la autodenuncia, el programa de cumplimiento y el plan de reparación; todos ligados a la labor sancionadora de la SMA y cada uno con un objetivo y oportunidad de ejecución determinado.

En primer lugar, la autodenuncia, tal como su nombre lo señala, es la “[c]omunicación escrita efectuada por un infractor en las oficinas de la Superintendencia [del Medio Ambiente], sobre el hecho de estar cometiendo, por sí, cualquier infracción de competencia de aquella”²⁷. Su presentación gatilla el inicio de un procedimiento sancionatorio, en el cual, dependiendo del número de veces que haya sido utilizada, el denunciante obtendrá la exención completa de la multa aplicable -si es la primera vez-, una exención de hasta un 75% -si es la segunda- o una exención de hasta un 50% -si es la tercera vez-²⁸⁻²⁹.

En otras palabras, este incentivo busca la cooperación de los particulares previo al inicio de un procedimiento de naturaleza correctiva-sancionatoria. Siendo su presentación voluntaria, deberá el denunciante ponderar si el beneficio que podría obtener por la exención o reducción de la multa es mayor al riesgo que implica el eventual inicio de un procedimiento sancionatorio de oficio por parte de la SMA o gatillado por la denuncia de un tercero.

Por su parte, el programa de cumplimiento es aquel “[p]lan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia [del Medio Ambiente], los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental

²⁵ Ibidem.

²⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Mensaje Presidencial, Historia de la Ley N° 20.417. p. 13

²⁷ CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Decreto Supremo N°30, Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. Artículo 2 letra a).

²⁸ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2010. Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo 2° de la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Artículo 41.

²⁹ Según lo establecido en la “Guía Práctica de Asistencia para la Presentación de Autodenuncias” de la SMA, para la cuarta y siguientes autodenuncias la SMA rebajará la multa en un 25%, fundado en el artículo 40 letra i) de la Ley N°20.417, el cual establece que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerará “todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”.

que se indique”³⁰. Si la SMA aprueba el programa presentado por el infractor, el procedimiento sancionatorio se suspende durante la ejecución del programa. Si el programa se cumple dentro del plazo y de la forma indicada por la SMA, el procedimiento administrativo se dará por concluido sin interposición de sanción alguna. En cambio, si se incumplen las obligaciones contraídas en el programa, el procedimiento sancionatorio se reiniciará pudiendo incluso agravarse la sanción hasta el doble del monto original³¹.

A diferencia de la autodenuncia, el programa de cumplimiento tiene como supuesto de aplicación el inicio de un procedimiento sancionatorio por parte de la SMA; radicando el incentivo para su presentación en la suspensión y eventual extinción del mismo, librando al infractor de la imposición de una multa e inhibiendo la interposición de cualquier otro tipo de sanción por parte de la SMA. Dicho programa deberá ser presentado en el plazo de 10 días desde la notificación del acto que dé origen al procedimiento sancionatorio.

Por último, el plan de reparación es un “[d]ocumento que contiene los objetivos y medidas de reparación del daño ambiental causado, presentado por el infractor conforme a lo previsto en el presente Reglamento, avalado por un estudio técnico ambiental”.³² La aprobación de un plan de reparación por parte de la SMA, previo pronunciamiento favorable del SEA, suspende el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental; y, si el plan se ejecuta satisfactoriamente, se extingue la acción por daño ambiental³³.

La presentación de un plan de reparación presupone la conclusión de un procedimiento sancionatorio mediante una resolución en el cual se reconoce la existencia de daño ambiental. El beneficio para el infractor de presentar este incentivo al cumplimiento consiste en evitar el inicio de un juicio por daño ambiental ante los Tribunales Ambientales³⁴.

Por tanto, nos encontramos con tres incentivos de diversa naturaleza que comparten el mismo objetivo: incentivar la participación de la ciudadanía en pos del cumplimiento de la normativa ambiental. Así fue precisamente reconocido por el Ejecutivo en el Proyecto de la Ley N° 20.417, el cual sostenía que: “[e]l 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

³⁰ CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Decreto Supremo N°30, Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. Artículo 2 letra g).

³¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2010. Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo 2° de la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Artículo 42.

³² CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Decreto Supremo N°30, Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. Artículo 2 letra f).

³³ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2010. Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo 2° de la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Artículo 43.

³⁴ POKLEPOVIC, Iván. 2010. Análisis Crítico del Sistema de Incentivos al cumplimiento ambiental. Derecho ambiental en tiempos de reformas. En: Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental: 27 al 29 de Octubre. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Legal Publishing. Chile. p. 193.

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 sancionatorios³⁵.

Al ser uno de los pilares del nuevo diseño, la existencia de incentivos apropiados para el cumplimiento de la gobernanza ambiental, resulta apropiado revisar la aplicación que aquellos han tenido desde su creación y entrada en vigencia hace tres años.

2. Aplicación de incentivos al cumplimiento ambiental

De acuerdo a la información disponible en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA), se han presentado 12 autodenuncias: 4 en el año 2013, 2 en el año 2014 y 6 en el año 2015.

Por su parte, según lo informado en las cuentas públicas de la SMA de los años 2013 y 2014, durante el año 2013 se presentaron 38 programas de cumplimiento de un total de 70 procedimientos sancionatorios iniciados. Es decir, el 54,28% de los titulares contra los que se dio inicio a un procedimiento de sanción ambiental optaron por utilizar dicho incentivo. De manera similar, durante el año 2014 se presentaron 41 programas de cumplimiento de un total de 112 procedimientos sancionatorios iniciados. Es decir, en el 36,6% de los procedimientos el titular optó por hacer uso de este mecanismo. En lo que respecta al año 2015, según la información disponible en el SNIFA, 137 procedimientos sancionatorios fueron instruidos, de los cuales 64 contaron con la presentación de un programa de cumplimiento, vale decir, un 47% de de los presuntos infractores optó por su aplicación.

De lo anterior es posible concluir que ambos incentivos han tenido aplicación desde su entrada en vigencia, resultando indiscutible que el programa de cumplimiento ha constituido el principal incentivo utilizado por los titulares ante un procedimiento sancionatorio.

La utilización tanto de la autodenuncia, como del programa de cumplimiento contrasta drásticamente con el uso de los planes de reparación. En efecto, desde la entrada en vigencia de la SMA, ningún infractor ha presentado un plan de reparación. De esta forma es posible observar que, la pretensión de solucionar en sede administrativa los conflictos por daño ambiental, objetivo esencial de los planes de reparación³⁶, no ha sido efectiva.

Por cierto que el diseño de los incentivos al cumplimiento ha sido objeto de críticas, reconociéndose trabas y desincentivos para su aplicación, principalmente respecto a las autodenuncias³⁷. Sin embargo, incluso en este último caso, los titulares han optado por interponer autodenuncias, no así la presentación de planes de reparación.

³⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Mensaje Presidencial, Historia de la Ley N°20.417. p. 13.

³⁶ BERMÚDEZ, Jorge. 2014. Fundamentos de Derecho Ambiental. 2ª edición. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso. p. 444.

³⁷ El diseño y aplicación de la autodenuncia ha sido objeto de críticas en 1) TAPIA, Claudio. 2014. Incentivos al cumplimiento ambiental: análisis crítico a la autodenuncia ambiental. Memoria para optar al grado de

Por su parte, al contrastar con la presentación de programas de cumplimiento -que bordea el 50% de los casos del año 2015- la nula aplicación de los planes de reparación resulta digna de atención.

Por tanto, no obstante que los planes de reparación fueron diseñados como un incentivo para que los infractores propusiesen alternativas para reparar el daño ambiental ocasionado previo al inicio de un procedimiento judicial, en los hechos este instrumento no ha resultado en absoluto atractivo y los infractores han optado por no utilizarlo. En consecuencia, consideramos que los planes de reparación han devenido en un instrumento ineficaz en cuanto a la protección del ambiente. Para tratar de comprender las razones que han originado esta situación, a continuación analizaremos ciertos aspectos de esta herramienta con el propósito de dilucidar si se trata efectivamente de un incentivo al cumplimiento.

3. ¿Son los planes de reparación un incentivo al cumplimiento?

Quienes consideran que el diseño actual de los planes de reparación es adecuado podrían justificar su falta de aplicación en dos de los requisitos exigibles para su procedencia. Como señalábamos *supra*, previa presentación de un plan de reparación debe existir un acto que (i) declare la existencia de daño ambiental y (ii) ponga término a un procedimiento sancionatorio de la SMA.

Así, en primer lugar, dado que los planes de reparación no proceden respecto de cualquier procedimiento sancionatorio, sino exclusivamente respecto de aquellos en que la SMA ha determinado la existencia de daño ambiental, su aplicación se encuentra sujeta a un conjunto más acotado de procedimientos sancionatorios que el número global. Lo anterior, en todo caso, no refuta el hecho de que a la fecha existen procedimientos sancionatorios que han declarado la existencia de daño ambiental, en los cuales el infractor ha optado por no presentar un plan de reparación.

Junto a lo anterior y respecto a la existencia de un acto terminal, si bien la Ley N° 20.417 solo señala que dicho acto debe ser notificado al infractor para que proceda la presentación del plan de reparación, es posible sostener la procedencia de un requisito implícito adicional: dicho acto debe encontrarse firme.

Al respecto, la Ley Orgánica de la SMA, contenida en el artículo 2° de la Ley N°20.417, permite interponer, contra las resoluciones de la SMA que apliquen sanciones, tanto recursos administrativos como judiciales.

De esta forma, en sede administrativa es posible interponer un recurso de reposición en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; 2) POKLEPOVIC, Iván. *Óp. Cit.*; y 3) SAAVEDRA, I. y OSCAR, R. 2011. Autodenuncia en la ley que crea la Superintendencia del Medio Ambiente. *Revista de Derecho Ambiental* 3(3): 67-82.

resolución³⁸. Más aún, en virtud del carácter supletorio de la Ley N° 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (Ley N° 19.880)³⁹, contra las resoluciones de la SMA procede también la solicitud de invalidación del acto que puso término al procedimiento sancionatorio, cuya interposición debe realizarse dentro de los dos años contados desde la notificación del acto⁴⁰. Cabe hacer presente que el acto invalidatorio es impugnabile ante los Tribunales de Justicia.

De esta manera, en sede administrativa nos encontramos con la existencia de procedimientos posteriores a la dictación del acto que inhiben la presentación inmediata de un plan de reparación por parte del infractor, pues, existiendo aún la posibilidad de dejar sin efecto el acto que establece la generación de daño ambiental, no existe razón suficiente para adelantar la presentación del plan de reparación.

Un escenario similar se repite en sede judicial. Tanto la Ley N° 20.417 como la Ley N° 20.600 reconocen la procedencia de la reclamación del acto ante el Tribunal Ambiental, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde su notificación⁴¹. La interposición de una reclamación dará inicio a un procedimiento judicial cuya celeridad dependerá de la complejidad del caso, manteniendo en suspenso la presentación de un plan de reparación por no existir un acto firme. Más aún, una vez resuelta la reclamación por el Tribunal Ambiental es posible interponer un recurso de casación en la forma y/o en el fondo ante la Corte Suprema en la medida que se dé cumplimiento a los requisitos que establece la ley⁴².

Por tanto, desde la dictación del acto por parte de la SMA podrían interponerse una serie de recursos que mantendrían en suspenso la decisión final del asunto controvertido por un período de tiempo que incluso podría abarcar años.

Ante esta situación, algunos podrían sostener que la demora en encontrarse firme el acto, supuesto que no procede respecto a la autodenuncia ni a los programas de cumplimiento, justificaría la nula aplicación de los planes de reparación hasta la fecha.

Sin embargo, a nuestro juicio, no son solo razones circunstanciales, como las recién indicadas, las que han inhibido la aplicación de dicha herramienta. En efecto, existen razones de fondo que nos permiten afirmar que los planes de reparación no constituyen, en realidad, un incentivo. Y, precisamente por esta razón, se han transformado en un elemento

³⁸ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2010. Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo 2° de la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Artículo 55.

³⁹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2003. Ley N° 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Artículo 1°.

⁴⁰ Ibid., Artículo 53.

⁴¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2010. Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo 2° de la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Artículo 56; y REPUBLICA DE CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley 20.600 que crea los tribunales ambientales. Artículo 17 N°3.

⁴² CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley 20.600 que crea los tribunales ambientales. Artículo 26.

accesorio dentro de las facultades de la SMA, tal como ha sido sostenido por la incipiente doctrina sobre esta materia⁴³.

A continuación, con el propósito de identificar las razones que han originado el fracaso de los planes de reparación, se postulan argumentos que pueden sintetizarse en tres ideas matrices: 1) la reciente implementación de la institucionalidad ambiental y vicios en el diseño de los planes de reparación; 2) la inconveniencia procesal de presentar un plan de reparación; y 3) la preferencia de otros incentivos al cumplimiento ambiental, en particular los programas de cumplimiento.

3.1 La reciente implementación de la institucionalidad ambiental y vicios en el diseño de los planes de reparación

3.1.1 Los planes de reparación no fueron concebidos originalmente como incentivos al cumplimiento

En primer lugar, existe una razón de carácter histórica que permite sostener que la presentación de un plan de reparación no constituye un incentivo para el infractor.

El texto del Mensaje del proyecto de la Ley N° 20.417 reconocía como incentivos al cumplimiento solo la autodenuncia y los programas de cumplimiento, mientras que los planes de reparación eran una herramienta que la SMA debía utilizar una vez finalizado un procedimiento sancionatorio, la cual obligaba al infractor a reponer el medio ambiente dañado. Al respecto el artículo 43 del proyecto de ley señalaba:

“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.

⁴³ PASTÉN, Bastián. y PAROT, Gonzalo. 2012. Diversificación de la reparación del daño ambiental en Chile: Perspectiva para los planes de reparación. *Revista Justicia Ambiental* 4: 189.

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”.

Tal como se puede observar, el Ejecutivo concibió originalmente la presentación de un plan de reparación como una competencia y obligación de la SMA y no una prerrogativa del infractor; siendo por otra parte presupuestos necesarios para su exigencia, la constatación administrativa de la existencia de daño ambiental a partir de una infracción y la sanción de la infracción que constituía el incumplimiento ambiental⁴⁴.

Sin embargo, la posibilidad de diversificar los mecanismos para la reparación del daño ambiental por la vía de dotar a la Administración de competencia para la declaración del daño ambiental, dio origen a una serie de reparos por parte de centros de estudios, asociaciones gremiales, diputados y senadores, quienes consideraban más apropiado dejar la declaración del daño ambiental en sede judicial⁴⁵.

A raíz de la anterior, el Ejecutivo presentó una indicación en el segundo trámite constitucional en el Senado, para reemplazar el texto original del artículo 43 recién citado, transformando al plan de reparación en una facultad del infractor en los términos que finalmente fue promulgado⁴⁶.

De esta forma, “la vinculación que se plantea en un primer momento, entre la sanción administrativa y el deber de reparar, desaparece, o más bien, se atenúa, al liberar al infractor de la carga de presentar el Plan de Reparación, siendo todavía posible para éste elaborarlo, habida consideración que ante un eventual ejercicio de la Acción de Reparación Ambiental, operaría la Presunción de Culpabilidad contenida en el Art. 52 de la LBGMA”⁴⁷.

Esta modificación durante la tramitación del proyecto de la Ley N° 20.417 permite concluir que en su esencia el plan de reparación no fue creado como un incentivo al cumplimiento, lo cual contribuye a un mejor entendimiento del fracaso en su utilización.

⁴⁴ PASTÉN, Bastián. y PAROT, Gonzalo. Ob. Cit., p. 190.

⁴⁵ Según consta en la Historia de la Ley N° 20.417, así fue sostenido por el Instituto Libertad y Desarrollo (p. 710); los representantes del Consejo Minero (p. 138) y la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA) (p. 728); los Honorables Diputados Cubillos, Bauer, Chahuán, García-Huidobro y Sepúlveda (p. 268); y los Senadores Longueira y Allamand (pp. 1.166 y 1.168).

⁴⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N°20.417. p. 1455.

⁴⁷ PASTÉN, Bastián. y PAROT, Gonzalo. Ob. Cit., p. 179.

Junto a las razones históricas, existen ciertos factores que podrían incidir directamente en el análisis costo-beneficio que realiza el infractor y que lo llevan a concluir que el costo de presentar un plan de reparación es mayor al beneficio que trae aparejado.

3.1.2 Discrecionalidad para presentar un plan de reparación y para entablar una acción de reparación de daño ambiental

Teniendo en consideración que el principal beneficio de los planes de reparación es evitar un litigio por daño ambiental, la falta de coerción tanto para presentar un plan de reparación, como para entablar una acción por daño ambiental, hacen atractiva y conveniente la postergación de la discusión respecto a la reparación ambiental hasta su conocimiento en sede judicial.

En primer lugar, al igual que con la autodenuncia y a diferencia del diseño del programa de cumplimiento, el plan de reparación no tiene un plazo explícito para su presentación. De esta forma, tal como señala el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (“Reglamento”) el plan de reparación puede ser presentado mientras no se haya notificado al infractor la resolución que provee la acción de daño ambiental o la resolución que provee alguna de las medidas cautelares que puede el Tribunal Ambiental decretar⁴⁸.

La falta de un plazo previamente establecido para presentar un plan de reparación permite al infractor intentar reparar a su voluntad el medio ambiente dañado mientras se encuentre pendiente la notificación de alguna de las acciones recién señaladas. Así, una apropiada y oportuna reparación del medio ambiente previo al inicio de un procedimiento judicial podría ser presentada como prueba a favor del infractor dentro del juicio, pudiendo incluso el Tribunal declarar que no existe daño ambiental sobreviniente que resulte necesario reparar.

En segundo lugar, la opción de reparar el medio ambiente sin un plan de reparación y previo al inicio de un juicio por daño ambiental se ve fortalecida por la demora que puede tener la notificación de la acción por daño ambiental y, más aún, la potencial inexistencia de dicha acción.

Si bien nuestra regulación ordena a la SMA, una vez finalizado el procedimiento administrativo sancionatorio que constata la existencia de daño ambiental, enviar al CDE copia de la resolución que pone término al procedimiento junto con todos los antecedentes que se encuentren en su poder y que den cuenta del daño ambiental causado por el infractor, para efectos de que el CDE ejerza la acción por daño ambiental⁴⁹, nada garantiza que dicha acción se interpondrá ni que su interposición se realice dentro de un plazo determinado, esto pues el CDE no cuenta con un imperativo que lo obligue a presentar la

⁴⁸ CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Decreto Supremo N°30, Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. Artículo 17.

⁴⁹ CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Decreto Supremo N°30, Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. Artículo 17.

acción de reparación, quedando dicha interposición sujeta al análisis discrecional de la institución sobre las posibilidades de éxito de la acción, así como a la disposición limitada de recursos y prioridades del órgano. En este sentido, tal como ha sido sostenido por la doctrina, el CDE realiza una evaluación jurídica de los antecedentes de carácter técnico relativos al caso concreto previo a la interposición de la acción; siendo indispensables informes técnicos realizados por especialistas calificados, los cuales implican esfuerzos humanos y financieros⁵⁰.

Podría suceder, por ejemplo, que la carga de trabajo del CDE demore la interposición de la acción, lo que permitiría al infractor contar con tiempo suficiente para reparar el medio y preparar la prueba en el juicio. Aún más, podría incluso ocurrir que el CDE estudie los antecedentes remitidos por la SMA y considere que no existe mérito suficiente para dar inicio a un procedimiento de reparación por daño ambiental.

Por tanto, ante la inexistencia de un plazo para la interposición de un plan de reparación, el infractor podría asumir el riesgo de que la acción ambiental no se presente nunca o demore lo suficiente para reparar el medio por sus propios medios y en sus propios términos.

3.2 La inconveniencia procesal de presentar un plan de reparación

3.2.1 Planes de reparación y efectos sobre terceros

Respecto a los efectos que tiene la aprobación de un plan de reparación sobre terceros afectados, dos elementos llaman la atención:

3.2.1.1 Terceros afectados pueden interponer una acción de daño ambiental a pesar de existir un plan de reparación en ejecución

De acuerdo a lo establecido en el Reglamento⁵¹, una vez presentado el plan de reparación la SMA realiza un examen formal del mismo. Si la presentación cumple con los contenidos mínimos contenidos en la Ley N° 20.417 y en el citado Reglamento, la SMA podrá ordenar un período de información pública, en los términos establecidos en la Ley N° 19.880⁵².

⁵⁰ URIARTE, Ana Lya. 2006. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado (16): 99-146.

⁵¹ CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Decreto Supremo N°30, Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. Artículos 20 al 26.

⁵² De acuerdo a lo establecido en el artículo 39 de la Ley N° 19.880, la SMA podrá anunciar en el Diario Oficial o en un diario de circulación nacional la presentación del plan de reparación, a fin de que cualquier persona pueda examinarlo. El anuncio señalará el lugar de exhibición y determinará el plazo para formular observaciones, que en ningún caso podrá ser inferior a 10 días.

La SMA deberá remitir la propuesta de plan de reparación al SEA, el cual evaluará los aspectos técnicos del plan y el estudio técnico ambiental que lo avale⁵³, encontrándose facultado para solicitar informes a los órganos sectoriales con competencia ambiental y aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones a la propuesta presentada por el infractor. Finalmente, el SEA confecciona un informe técnico que será vinculante para la SMA, el cual contendrá conclusiones respecto de la idoneidad y eficacia del plan en su conjunto y de cada una de sus medidas en particular.

Una vez recibido el informe técnico favorable la SMA revisará que el contenido del plan dé cumplimiento a los requisitos establecidos en el Reglamento, aprobándolo y remitiendo los antecedentes al CDE.

De lo anterior es posible concluir que la participación de terceros en el procedimiento de evaluación del plan de reparación es facultativa y dependerá del llamado que haga la SMA, por lo que es meramente eventual. Por tanto, sería posible que se aprobaran planes de reparación en que no intervinieran aquellos que se han visto afectados por la generación del daño ambiental.

Lo anterior resulta relevante toda vez que tanto la Ley N° 19.300 como la Ley N° 20.600 consagran una legitimidad activa amplia para interponer la acción por daño ambiental⁵⁴. Así, pueden solicitar la reparación del medio ambiente dañado: (i) las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio; (ii) las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas; y, (iii) el Estado, por intermedio del CDE.

Sumados a lo anterior, la Ley N° 19.300 establece que no procede la acción de reparación “cuando quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente”⁵⁵. Por su parte, la Ley N° 20.417 solo otorga dos efectos a los planes de reparación respecto a la acción de reparación⁵⁶: (i) la suspensión del plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental desde la aprobación del plan y (ii) la extinción de la acción por daño ambiental si el plan se ejecuta satisfactoriamente.

Por tanto, nuestra legislación nada dice respecto a la interposición de la acción por daño ambiental mientras se ejecute un plan de reparación.

⁵³ Conforme al artículo 23 del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, la evaluación comprenderá la idoneidad de las medidas en relación a los objetivos a los cuales responden, la eficacia del plan en su conjunto para alcanzar los objetivos de reparación, los plazos y los fundamentos técnicos de la propuesta. Para emitir su pronunciamiento el SEA tendrá un plazo máximo de 90 días.

⁵⁴ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente. Artículo 53; y CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley 20.600 que crea los tribunales ambientales. Artículo 18 N°2.

⁵⁵ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente. Artículo 53 inciso segundo.

⁵⁶ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2010. Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo 2° de la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Artículo 43.

Si bien es razonable suponer que el CDE no debiese entablar una acción por daño ambiental mientras se ejecuta un plan de reparación, en virtud del principio de coordinación que rige a los órganos de la Administración⁵⁷, la interposición de una acción por daño ambiental por parte de terceros afectados o de Municipalidades queda sujeta a la voluntad de dichos actores.

En consecuencia, podría suceder que terceros afectados que no participaron en la aprobación del plan de reparación interpongan una acción por daño ambiental contra el infractor mientras éste ejecuta su plan de reparación. Más aún, incluso, si un tercero participa en el procedimiento de aprobación de un plan de reparación, no existe norma expresa que le prohíba interponer una demanda en sede judicial, por ejemplo, en caso de estar en desacuerdo con el contenido de dicho plan.

3.2.1.2 Incierto valor de planes de reparación para indemnizar perjuicios

Los terceros afectados no solo se encuentran facultados para interponer una acción por daño ambiental, sino que tienen un incentivo para obtener la dictación de una sentencia del Tribunal Ambiental que declare la existencia del daño.

Si bien la doctrina se ha mostrado conteste en indicar que nuestra actual legislación establece como requisito previo a la interposición de una acción de indemnización de perjuicios derivados del daño ambiental la existencia de una sentencia de reparación dictada por el Tribunal Ambiental⁵⁸, pareciese que no se ha representado un escenario en que no exista sentencia de reparación. Dado que la consecuencia directa de la ejecución de un plan de reparación es la extensión de la acción de reparación ambiental, estimamos que exigir una sentencia de reparación del daño ambiental como requisito previo para solicitar la indemnización de perjuicios, vulneraría la garantía constitucional de acceso a la justicia⁵⁹ en todos aquellos casos donde no sea posible contar con dicha sentencia.

En razón de lo anterior, consideramos que la sentencia del Tribunal Ambiental constituye prueba ante el Juez Civil que conoce de la indemnización de perjuicios por daño ambiental. Por tanto, la dictación de una sentencia de reparación del medio ambiente del Tribunal Ambiental mejoraría la posición del tercero afectado al solicitar la indemnización de los perjuicios ocasionados; pero su inexistencia no impediría solicitar la indemnización de perjuicios conforme a las reglas generales.

En efecto, la sentencia de reparación de daño ambiental es vinculante para el Juzgado Civil que resuelva posteriormente la indemnización de perjuicios a los afectados.

⁵⁷ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2000. Decreto con Fuerza de Ley 1 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Artículo 3°.

⁵⁸ A modo de ejemplo, así ha sido afirmado por BERMÚDEZ, Jorge. Ob. Cit., p. 434 y GUZMÁN, Rodrigo. 2012. Derecho Ambiental Chileno - Principios, instituciones, instrumentos de gestión. Chile. Planeta Sostenible. p. 184.

⁵⁹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto Supremo 100 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Artículo 19 N°3.

Al respecto, la Ley N° 20.600 señala que el Tribunal Civil “al resolver sobre la indemnización de perjuicios se basará en el daño ambiental y la relación causal entre éste y la acción del ofensor establecidas por el Tribunal Ambiental”⁶⁰.

Siendo la declaración del Tribunal Ambiental prueba irrefutable de la generación del daño y responsabilidad del infractor -tal como consta en la historia de la Ley N° 20.417⁶¹ - es dable sostener que aquellos afectados por el daño ocasionado buscarán el pronunciamiento del Tribunal Ambiental motivados en el valor probatorio que tendrá en sede civil la sentencia ambiental.

De esta forma, lo resuelto por el Tribunal Ambiental facilita y hace más expedita la indemnización de perjuicios de los afectados por el daño ambiental.

Lo anterior, sumado a que nuestra regulación no establece el valor que tendrá en un juicio de indemnización un plan de reparación aprobado, podría dar lugar a la hipotética situación de solicitar la declaración del daño ambiental en sede judicial con el solo propósito de preparar la prueba a presentar en sede civil al discutir la indemnización de perjuicios⁶².

Por tanto, la presentación de una demanda de indemnización de perjuicios sin previa sentencia de reparación es más gravosa para el tercero afectado, constituyendo así un beneficio la dictación de dicha sentencia para aquel.

De esta forma, al no encontrarse regulado el valor probatorio de los planes de reparación en sede civil, el infractor debiese considerar que los terceros afectados podrían verse inclinados a presentar una acción de reparación ante el Tribunal Ambiental para mejorar su posición al solicitar la indemnización de perjuicios ante el Juzgado Civil.

En dicha hipótesis, frente a la eventual interposición por parte de dichos terceros de una acción por daño ambiental, el infractor debiese hacer presente la ejecución del plan de reparación como contestación o excepción, no obstante existir un vacío regulatorio en este asunto.

⁶⁰ CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley 20.600 que crea los tribunales ambientales. Artículo 46.

⁶¹ Durante la tramitación de la ley en segundo trámite en la Cámara de Diputados, el Ejecutivo sostuvo que la indemnización de perjuicios “no considera pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto en la sentencia del Tribunal Ambiental ni con los hechos que le han servido de fundamento. En consecuencia, dicha sentencia vinculará al juzgado de letras civil en lo que se refiere a la existencia de los hechos y a la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas que ella establezca. Lo que implica que no se deberá probar quien y la responsabilidad que es lo que alarga la tramitación. Es como un juicio ejecutivo que consistirá en la evaluación de los perjuicios”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N°20.417. p. 867.

⁶² En efecto, respecto a la presentación de un plan de reparación y el ejercicio de una acción reparatoria, el artículo 46 de la Ley N° 20.600 solo señala que “[l]a acción de indemnización de perjuicios prescribirá de conformidad a lo dispuesto en el artículo 63 de la ley N° 19.300. Sin perjuicio de lo anterior, la señalada prescripción se suspenderá desde la notificación de la acción de reparación por daño ambiental hasta que se encuentre firme o ejecutoriada la sentencia que ponga término al respectivo proceso o haga imposible su continuación”.

Al no existir precedentes que permitan predecir el comportamiento de los Tribunales Ambientales ante situaciones como las recién señaladas, el infractor, al evaluar la presentación de un plan de reparación, debiese tener presente que ello no implicaría necesariamente evitar un juicio por daño ambiental en sede judicial, pues, dependiendo de la naturaleza del daño, existirá el riesgo cierto de que terceros afectados entablen una acción por daño ambiental, ya sea por no haber sido consultados, por no estar conformes con el plan de reparación aprobado por la SMA o por buscar una declaración judicial que facilite la posterior solicitud de indemnización de perjuicios.

Lo expuesto en este acápite permite cuestionar el supuesto beneficio aparejado a la presentación de un plan de reparación, puesto que no se garantizaría la evitación de un procedimiento judicial.

3.2.2 Planes de reparación como confesión de responsabilidad

Ligado a lo anterior, ante la posibilidad de un juicio por daño ambiental resulta relevante analizar el valor que tendrá en dicho litigio el plan de reparación previamente presentado a la SMA.

Como hemos señalado, al concluir la SMA un procedimiento sancionatorio que declara la generación de daño ambiental, el infractor cuenta con dos alternativas: presentar un plan de reparación en sede administrativa o arriesgarse a discutir su responsabilidad en sede judicial.

Ante estos escenarios, la presentación de un plan de reparación presupone necesariamente el reconocimiento de responsabilidad por parte del infractor.

Lo anterior resulta relevante dado que en nuestro país, por regla general, en materia de reparación ambiental en sede judicial se encuentra consagrado un régimen de responsabilidad subjetiva. Es decir, dentro del procedimiento judicial de reparación de daño ambiental debe quedar acreditada la culpa o dolo del infractor y la causalidad con el daño ocasionado. Para que el Tribunal alcance la convicción, apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica⁶³, siendo admisibles todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos y que sean aptos para producir fe⁶⁴. Excepcionalmente, se presume la responsabilidad del autor del daño ambiental, para efectos de su reparación, cuando 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

⁶³ Conforme lo establecido en el Artículo 297 del Código Procesal Penal, cuyo concepto se ha extendido a las demás disciplinas del derecho, la sana crítica constituye aquella apreciación de la prueba con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En el mismo sentido el artículo 35 de la Ley N° 20.600 señala que el juez, en relación a las pruebas rendidas, “deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la desestime”.

⁶⁴ CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley N° 20.600 que crea los tribunales ambientales. Artículo 35.

emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambiental⁶⁵.

Frente a esta situación, la confesión de responsabilidad que conlleva la presentación de un plan de reparación dificulta la posterior defensa del infractor en sede judicial, esto pues la ley no regula el valor que tendrá el plan de reparación presentado en el juicio posterior. En consecuencia, el reconocimiento de responsabilidad no trae ningún beneficio inmediato aparejado -a diferencia de lo que sucede con la autodenuncia (que exime o reduce la multa) y los programas de cumplimiento (que puede dar término al procedimiento sancionatorio)- sino el riesgo de que sea usado en su contra en sede judicial.

En efecto, el conflicto radica en que si no ejecuta correctamente el plan, la SMA así lo declarará y ordenará la remisión de los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado (CDE) para el ejercicio de la acción de reparación del daño ambiental⁶⁶. Entonces, una vez interpuesta la acción por daño ambiental por parte del CDE, el Tribunal Ambiental conocerá del plan de reparación incumplido y será un antecedente adicional que debiese ser considerado prueba suficiente para determinar la responsabilidad del infractor. Por el contrario, al no encontrarse reconocida en nuestra regulación ningún tipo de defensa a favor del titular de un plan de reparación, mal podría aquel sostener no ser el responsable de la afectación.

De esta forma, el costo asociado a la presentación de un plan de reparación y el futuro precedente que éste genera en sede judicial pareciese ser mayor al beneficio de discutir ante el Tribunal Ambiental, con todos los medios de prueba que resulten pertinentes y admisibles, la eventual responsabilidad del infractor. Más aún, siendo la determinación de la causalidad en sede ambiental una materia compleja que muchas veces requerirá de sendos estudios técnicos para dilucidar si el comportamiento del infractor ocasionó el daño, resulta más conveniente para el infractor preparar los medios de prueba para defender su postura en un juicio en el cual podría intentar desacreditar lo sostenido por la SMA.

3.2.3 Resoluciones del Tribunal Ambiental en materia de daño ambiental

Al momento de analizar la conveniencia de presentar un plan de reparación, el infractor debiese además ponderar el comportamiento que han tenido los Tribunales Ambientales al conocer demandas por daño ambiental.

En cifras, desde la entrada en vigencia de los Tribunales Ambientales hasta el 31 de diciembre de 2015 se interpusieron 33 demandas por daño ambiental (19 ante el Segundo Tribunal Ambiental y 14 ante el Tercer Tribunal Ambiental).

De estas 33 demandas, 15 continuaban en tramitación (7 ante el Segundo Tribunal Ambiental y 8 ante el Tercer Tribunal Ambiental). Por tanto, existían 18 causas terminadas,

⁶⁵ Ibid., Artículo 52.

⁶⁶ CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Decreto Supremo N° 30, Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. Artículo 43.

de las cuales 2 correspondían a equivalentes jurisdiccionales⁶⁷, 3 se tuvieron por no presentadas⁶⁸, 1 fue retirada⁶⁹, 4 fueron archivadas⁷⁰ y en 3 el Tribunal se declaró incompetente⁷¹; contando con sentencia tan solo 5 casos⁷², según consta en el siguiente cuadro:

Segundo Tribunal Ambiental	
<i>Rol</i>	<i>Estado de tramitación</i>
D-01-2013	Transacción
D-02-2013	Sentencia (rechaza)
D-03-2013	Sentencia (rechaza)
D-04-2013	Se tiene por no presentada
D-05-2013	Conciliación
D-06-2013	Sentencia (acoge)
D-07-2013	Se tiene por no presentada
D-08-2014	Se tiene por no presentada
D-09-2014	Sentencia (rechaza)
D-10-2014	En tramitación
D-11-2014	Retirada
D-12-2014	Archivada
D-13-2014	Se declara incompetente
D-14-2014	En tramitación
D-15-2015	En tramitación
D-16-2015	En tramitación
D-17-2015	En tramitación
D-18-2015	En tramitación
D-19-2015	En tramitación

Tercer Tribunal Ambiental	
<i>Rol</i>	<i>Estado de tramitación</i>
D-01-2014	Se declara incompetente
D-02-2014	Se declara incompetente
D-03-2014	Archivada
D-04-2014	Archivada
D-05-2015	Sentencia (rechaza)
D-06-2015	Archivada
D-07-2015	En tramitación
D-08-2015	En tramitación
D-09-2015	En tramitación
D-10-2015	En tramitación
D-11-2015	En tramitación
D-12-2015	En tramitación
D-13-2015	En tramitación
D-14-2015	En tramitación

Por tanto, de las causas terminadas solamente el 28% contaba con sentencia. De estas 5 sentencias, tal como consta en el cuadro, solamente 1 fue acogida y las otras fueron 4 rechazadas es decir, el 80% de las sentencias existentes a la fecha habían rechazado la existencia de daño ambiental, principalmente por no acreditarse el daño ambiental reclamado. Al respecto, la única sentencia acogida fue interpuesta por el CDE, mientras que en las otras 4 los demandantes eran particulares.

Este precedente resulta un factor relevante que el infractor debiese ponderar al momento de analizar la conveniencia de un plan de reparación. En efecto, al ser la regla

⁶⁷ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol N° D-01-2013 y D-05-2013.

⁶⁸ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol N° D-04-2013, D-07-2013 y D-08-2014.

⁶⁹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol N° D-11-2014.

⁷⁰ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol N° D-12-2014; y TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL D-03-2014, D-04-2014 y D-06-2015.

⁷¹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol N° D-13-2014; y D-01-2014 y D-02-2014.

⁷² SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol N° D-02-2013, D-03-2013, D-06-2014 y D-0-2014; y TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol N° D-05-2015.

general en materia de reparación ambiental la responsabilidad subjetiva, las estadísticas permiten concluir que pareciese ser más beneficioso para el infractor discutir la ocurrencia del daño y su responsabilidad en sede judicial

-donde existen altas probabilidades de que la demanda sea rechazada- en vez de reconocerla ante la SMA al presentar un plan de reparación.

Más aún, al no haberse presentado planes de reparación a la fecha, no existen criterios de aceptación o rechazo de la propuesta de plan de reparación presentada por el infractor por parte de la SMA, lo cual “tiene como consecuencia inseguridad jurídica, sobre todo al final del procedimiento, tanto para el proponente como para la comunidad...”⁷³, constituyendo un desincentivo adicional para su presentación.

3.3 La preferencia de otros incentivos al cumplimiento ambiental, en particular los programas de cumplimiento

Por último, resulta pertinente comparar las ventajas que puede tener la presentación de un programa de cumplimiento en lugar de un plan de reparación. Estas herramientas son intrínsecamente excluyentes, pues la primera previene la dictación de una resolución que ponga término al procedimiento sancionatorio mientras que la segunda requiere de dicha resolución como presupuesto para su presentación.

Como señalábamos, una vez iniciado un procedimiento sancionatorio el infractor se encuentra facultado para presentar un programa de cumplimiento, el cual en caso de ser aprobado suspenderá el procedimiento; y en caso de ser cumplido, el procedimiento se dará por concluido, sin que exista la interposición de una sanción al infractor. Sin embargo, no podrán presentar estos programas aquellos infractores que⁷⁴: (i) se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental; (ii) hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la SMA por infracciones gravísimas; o, (iii) hubiesen presentado con anterioridad un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves.

En lo que respecta a la generación de daño ambiental, la SMA tipifica como infracción gravísima aquellos hechos u omisiones que hayan causado daño ambiental no susceptible de reparación⁷⁵. Por su parte, la generación de daño ambiental reparable es tipificada como infracción grave⁷⁶.

De esta forma, al no existir norma expresa que prohíba la presentación de un programa de cumplimiento en aquellos casos en que se ha generado daño ambiental,

⁷³ OSSANDÓN, Jorge. 2015. Incentivos al Cumplimiento Ambiental. Santiago de Chile, Editorial Libromar. p. 437.

⁷⁴ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2010. Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo 2° de la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Artículo 42.

⁷⁵ Ibid., Artículo 36 N°1 letra a).

⁷⁶ Ibid., Artículo 36 N°2 letra a).

podemos clasificar dos tipos de infractores que podrían presentar un programa de cumplimiento ante la generación de daño ambiental reparable o irreparable:

a. Aquellos infractores con irreprochable conducta anterior, es decir, que no han sido sancionados con anterioridad ni han presentado un programa de cumplimiento previamente, podrán presentar siempre un programa de cumplimiento, ante la existencia tanto de daño ambiental reparable como irreparable, en la medida que no se hayan acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental.

b. Aquellos infractores reincidentes, es decir, que han sido sancionados con anterioridad o que han presentado un programa de cumplimiento con anterioridad solo podrán presentar un programa de cumplimiento sí: (i) No han sido sancionados anteriormente por una infracción gravísima, como por ejemplo la generación de daño ambiental irreparable; (ii) No han presentado un programa de cumplimiento por infracciones gravísimas o graves, es decir, no pueden haber generado daño ambiental irreparable o irreparable; y, (iii) No se han acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental.

En este contexto, la regulación vigente permite a los infractores con irreprochable conducta anterior que causen un daño ambiental -ya sea irreparable o reparable- presentar un programa de cumplimiento ante la formulación de cargos por parte de la SMA, en la medida que no se hayan acogido a un programa de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental. Por su parte, aquellos infractores reincidentes que causen un daño ambiental solo podrán presentar un programa de cumplimiento si no han generado previamente daño ambiental sancionado (ya sea irreparable o reparable, pues correspondería a una infracción gravísima o grave respectivamente) y den cumplimiento a los demás requisitos recién señalados.

No obstante lo anterior, es al menos discutible la procedencia de programas de cumplimiento ante la generación de daño ambiental. En este sentido, a falta de regulación expresa, la SMA ha otorgado ciertas directrices, haciendo presente que el contenido de un plan de reparación excedería a un programa de cumplimiento. En efecto, ante la presentación de un programa de cumplimiento en un caso de daño ambiental irreparable⁷⁷, la SMA sostuvo que:

“23.2.4 Para el caso particular, el titular propuso una serie de medidas de orden compensatorio, que por su naturaleza jurídica exceden el programa de cumplimiento en cuestión, toda vez que no tienen directa relación con el cumplimiento de la normativa ambiental, ni con la reducción o eliminación de los efectos generados. A mayor abundamiento, las medidas propuestas son permanentes en el tiempo, lo que podría traducirse en generar algún cambio de consideración en sus Resoluciones de Calificación Ambiental, y por tanto, requerirán de una evaluación ante el organismo competente, es decir, el Servicio de Evaluación Ambiental.

⁷⁷ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. Procedimiento sancionatorio. Rol N° D-017-2013.

23.2.4 Por otro lado, si el titular opta por utilizar las vías legales de las que esta Superintendencia dispone, las medidas de orden compensatorio deberían ser parte de un futuro Plan de Reparación una vez que se dicta la resolución de término del procedimiento sancionatorio en curso”⁷⁸.

Asimismo, recientemente la SMA rechazó un programa de cumplimiento⁷⁹ señalando que dicho incentivo al cumplimiento no es aplicable ante infracciones por daño ambiental reparable o irreparable.

A juicio de la SMA, el legislador no hace aplicable el programa de cumplimiento a ese tipo de infracciones, precisamente, por existir planes de reparación para hacerse cargo del daño ambiental reparable, mientras que para el daño ambiental irreparable en sede administrativa solo resulta procedente la interposición de una sanción⁸⁰. Este criterio coincide con la postura del profesor Jorge Bermúdez quien sostiene que ante daño ambiental irreparable “sólo resultará procedentes la aplicación de la sanción administrativa por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, así como la acción indemnizatoria ordinaria por los perjuicios individuales que hubiere ocasionado el daño ambiental”⁸¹.

Por tanto, a pesar de los criterios e interpretaciones que la SMA vaya fijando caso a caso, actualmente la regulación vigente no prohíbe de forma expresa la presentación de programas de cumplimiento en casos de daño ambiental, aún cuando la naturaleza de los programas de cumplimiento no contempla la reparación del ambiente dañado. Ante esta situación, dada la naturaleza de dichas herramientas, existen mayores incentivos para que el infractor opte por presentar un programa de cumplimiento, el cual de ser exitoso evitará la imposición de una sanción, en vez de continuar con el procedimiento y presentar un plan de reparación una vez determinada la sanción. La lógica es simple: siempre será preferible evitar la imposición de una sanción.

En consecuencia, solo en aquellos casos donde no sea posible presentar un programa de cumplimiento podría resultar atractiva al infractor la presentación de un plan de reparación; deviniendo el plan de reparación en una herramienta supletoria y residual en relación al programa de cumplimiento.

Y será entonces en aquellos casos, cuando no pueda presentar un programa de cumplimiento, que el infractor deberá ponderar todos los factores señalados *supra* para efectos de determinar la conveniencia de presentar un plan de reparación, pues, tal como ha quedado establecido, el supuesto incentivo para la presentación de dichos planes pareciese no ser tal.

⁷⁸ Ord. N°136 de fecha 03 de febrero de 2014, que rechaza programa de cumplimiento presentado por el titular.

⁷⁹ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. Procedimiento sancionatorio. Rol N° D-027-2015.

⁸⁰ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. Resolución Exenta N°3 de fecha 29 de octubre de 2015. Cabe hacer presente que a la fecha del presente artículo no constaba en el SNIFA la interposición de ningún recurso contra esta resolución.

⁸¹ BERMÚDEZ, Jorge. Ob. Cit., p. 427.

4. Hacia herramientas efectivas para la reparación voluntaria del daño ambiental

Habiendo dejado en evidencia que los planes de reparación se han configurado a partir de un diseño institucional en el cual se identifican desincentivos para su aplicación, a continuación se proponen ciertas modificaciones que tienen por propósito corregir las fallas detectadas y así alentar la reparación voluntaria del medio ambiente a través de la presentación de planes de reparación. Finalmente, se presenta como alternativa la reparación obligatoria del medio ambiente en sede administrativa.

En primer lugar, en el actual diseño institucional en que la reparación ambiental se discute en sede judicial y la presentación de planes de reparación se realiza de manera voluntaria en sede administrativa ante la SMA, se podrían incorporar los siguientes cambios en nuestra regulación:

a. Establecer un plazo determinado para la presentación del plan de reparación desde la notificación de la resolución que resuelve el procedimiento sancionatorio. Esta medida forzaría al infractor a decidir si opta por presentar un plan sin permitirle extender el plazo de la presentación del mismo a su conveniencia. El plazo debiese ser adecuado para preparar técnicamente una propuesta de reparación; y, al igual que en los programas de cumplimiento, el infractor debería contar con la facultad de solicitar una prórroga para la presentación del plan, en razón de la complejidad del mismo y siempre que acredite de manera suficiente que se encuentra preparándolo. La interposición de un plazo se encuentra en armonía con uno de los principales objetivos de la reparación ambiental, el cual es, la rapidez de la corrección del daño en sede administrativa. En efecto, así ha sido sostenido por el profesor Jorge Bermúdez al señalar que la Administración “una vez iniciado el procedimiento sancionador deberá, para cumplir su objetivo de protección ambiental de la manera más eficiente, buscar la forma de llegar lo antes posible a la reparación del daño ambiental causado”⁸².

b. Incluir un procedimiento de participación ciudadana obligatorio en el procedimiento de aprobación de los planes de reparación. Dicho procedimiento debiese ser llevado a cabo por el SEA, órgano a cargo del procedimiento de participación ciudadana en el SEIA; asimilándose tanto en la forma como en el fondo al procedimiento de participación ciudadana en el contexto de un procedimiento de evaluación ambiental. En este sentido, resulta atingente la distinción entre un sistema clásico que solo considera a la autoridad y al proponente como intervinientes y un sistema más moderno que incorpora otros intereses en el procedimiento de aprobación de un plan de reparación⁸³. Un sistema moderno permitiría contar con un procedimiento amplio, inclusivo y obligatorio en el cual los afectados por la generación del daño ambiental podrían hacer presente sus observaciones al contenido del plan de reparación, lo que contribuiría a disminuir la

⁸² BERMÚDEZ, Jorge. Ob. Cit., p. 101.

⁸³ OSSANDÓN, Jorge. Ob. cit., p. 401.

interposición de acciones de reparación ambiental por parte de terceros que consideren insuficientes los planes aprobados.

c. Otorgar un valor determinado a los planes de reparación en ejecución ante un juicio de reparación de daño ambiental. Una alternativa consistiría en modificar la Ley N° 20.600 en el sentido de señalar de manera expresa que la ejecución de un plan de reparación constituye una excepción que el infractor puede hacer valer ante una acción de reparación ambiental en su contra. Esta medida se encontraría en armonía con la propuesta anterior, pues los terceros afectados habrían hecho valer sus aprehensiones en sede administrativa. Para ejecutar esta propuesta, la SMA informaría la aprobación de planes de reparación a los Tribunales Ambientales, del mismo modo que informa al CDE, para que aquellos conozcan los planes de reparación en ejecución. En su defecto, y con el propósito de que no sea carga del Tribunal Ambiental investigar si existe un plan de reparación, la SMA podría confeccionar un registro público de planes de reparación que el demandado pueda acompañar al presentar la excepción y al cual el Tribunal Ambiental pueda acceder fácilmente para corroborar la información.

d. Regular el valor probatorio de los planes de reparación en juicios de indemnización de perjuicios por daño ambiental. Si bien se podría analizar incorporar la indemnización de perjuicios dentro del contenido de plan de reparación, una alternativa menos radical y más fácil de ejecutar consistiría en establecer expresamente que la resolución de la SMA que aprueba un plan de reparación tiene el mismo mérito que una sentencia reparatoria del Tribunal Ambiental al momento de entablar una acción de indemnización de perjuicios ante el juez civil, es decir, indicar de manera expresa que la generación del daño y la relación de causalidad se tendrá por acreditada. Lo anterior con el propósito de evitar instrumentalizar la interposición de acciones de reparación para preparar la prueba en el juicio de indemnización de perjuicios.

e. Condicionar la aprobación de programas de cumplimiento en que se haya ocasionado daño ambiental reparable o irreparable a la presentación de un plan de reparación. Adicionalmente, no presentar el plan de reparación exigido por la SMA al aprobar un programa de cumplimiento debiese tipificarse como infracción.

f. Una medida más severa, consistente con la interpretación que ha realizado la SMA, consistiría en prohibir expresamente la presentación de programas de cumplimiento en aquellos casos en que se ha generado daño ambiental reparable o irreparable. Si bien este pareciese ser el criterio de la SMA, debiese reconocerse la prohibición a nivel legal, y así evitar el estudio de programas de cumplimiento que serán ulteriormente rechazados, promoviendo una gestión más eficiente de la SMA.

g. Permitir al infractor presentar un plan de reparación al momento de allanarse a los hechos y establecer de manera expresa que dicha presentación será considerada como una atenuante al momento de determinar la sanción específica que en cada caso corresponda aplicar. Si bien esta medida modificaría la oportunidad en que se puede presentar un plan de reparación, traería aparejado un incentivo económico para el infractor, el cual es la reducción de la multa que le impondrá la SMA.

En segundo lugar, se podría realizar una modificación sustantiva del actual diseño institucional y trasladar la reparación obligatoria del daño ambiental ocasionado a sede administrativa. De acuerdo a lo expuesto en el presente artículo, estimamos que tanto los orígenes históricos como la nula aplicación de esta herramienta son fundamentos suficientes para iniciar dicha discusión.

En efecto, la mayoría de los conflictos detectados se originan porque los planes de reparación en su naturaleza no son incentivos al cumplimiento, tal como consta en la historia de la Ley N° 20.417, sino que corresponden a una medida correctiva para reparar el ambiente dañado. Como se señaló *supra*, su modificación durante la tramitación de la ley obedeció a los reparos de ciertos sectores a extraer de la esfera judicial la discusión respecto a la declaración y reparación del daño ambiental.

Sin embargo, dado que en el actual diseño institucional la triple competencia de los Tribunales Ambientales abarca una función revisora de los actos administrativos de carácter ambiental⁸⁴, pareciese razonable que sea la agencia administrativa la que declare la existencia de daño ambiental ordenando la reparación del medio ambiente y que dicha decisión sea reclamable en sede judicial. En especial si se tiene presente la nula aplicación que los planes de reparación han tenido hasta la fecha.

En este sentido, rescatamos la intervención de la entonces Coordinadora de Investigación del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, Valentina Durán durante la discusión de esta materia en la tramitación del proyecto de la Ley N° 20.417, quien consideró que la reparación del daño ambiental en sede administrativa resultaba beneficiosa toda vez que “se pone en primer lugar el medio ambiente cuando se permite que la Superintendencia se ocupe de la reparación del daño ambiental ante una infracción. Esto concuerda con la Directiva Europea sobre responsabilidad por daño al ambiente, ya que plantea una fase de reparación administrativa, con preferencia a la acción judicial, pero sin excluirla tal como se señala en el proyecto”⁸⁵.

Si bien un estudio comparado excede el alcance del presente artículo, cabe hacer presente que no solo el modelo europeo considera la reparación de daño ambiental en sede administrativa. Por el contrario, en Estados Unidos, la *Environmental Protection Agency* (EPA) cuenta con competencias para perseguir en sede administrativa la reparación del medio ambiente, existiendo literatura que desarrolla los diseños europeos y estadounidense⁸⁶.

⁸⁴ En efecto, el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 al establecer de manera genérica que los tribunales ambientales son competentes para conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental; entienden por acto administrativo de carácter ambiental “toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos”.

⁸⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Presentación durante la discusión del proyecto de ley en su segundo trámite constitucional en el Senado, Historia de la Ley N°20.417. p. 784.

⁸⁶ Para un acabado análisis de la reparación ambiental en sede administrativa en Inglaterra y Estados Unidos ver PASTÉN, Bastián y PAROT, Gonzalo. Ob. Cit.

Por lo demás, nos encontramos actualmente en un sistema híbrido -y por cierto, poco eficiente- en el cual la SMA debe necesariamente declarar la existencia de daño ambiental para efectos de calificar una infracción como gravísima o grave y el Tribunal Ambiental, por su parte, volver a declarar la existencia de daño ambiental para efectos de ordenar su reparación.

Independiente de la vía que se prefiera, la necesidad de realizar modificaciones a la regulación en materia de reparación ambiental voluntaria es una conclusión irrefutable. Amparados en el principio de cooperación entre el administrado y la Administración⁸⁷, es imperativo contar con mecanismos de incentivos eficaces para que los particulares cumplan con el ordenamiento jurídico ambiental, y en particular, con la reparación del medio ambiente dañado. Para lograr dicho objetivo, urge continuar el debate respecto al diseño que debiese tener la reparación ambiental voluntaria en nuestro país. En caso contrario, corremos el riesgo de encontrarnos ante una herramienta que nació agonizando y que podría morir sin nunca haber sido utilizada.

Recibido: 6-11-2015

Aceptado: 19-12-2015

⁸⁷ BERMÚDEZ, Jorge. Ob. Cit., p. 52.