

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2022

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1ª edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera Parro director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

COVID-19 (Enfermedad). Chile.

Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.

Chile. Constitución 1980.

Reformas constitucionales. Chile.

Migrantes.

Derecho internacional. Chile.

Pandemia.

Estallido social. Chile.

Estados de excepción constitucional. Chile.

Prisioneros políticos. Chile.

Ahorro para el retiro.

Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2022

© Domingo Lovera (editor), 2022

© VV.AA., 2022

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 2676 2136

Santiago – Chile

www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

5. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL IMPLICANCIAS Y DESAFÍOS REGULATORIOS

Rodrigo Rivera Cuevas¹²

Resumen

En el reciente proceso constituyente se propuso reconocer el principio de responsabilidad ambiental como uno de los pilares fundamentales para la protección del medio ambiente. Dicha propuesta nos invita a debatir sobre la definición de este principio, cuyo alcance va más allá del solo deber de reparación del daño ocasionado. La tendencia es a obtener una perspectiva amplia o al menos preventiva de la responsabilidad ambiental, para un doble efecto: disponer de deberes activos por parte del Estado en la protección del medio ambiente y, con respecto de los regulados, disponer de exigencias que permitan “evitar” daños o, de ocurrir ello, “garantizar” *ex ante* una reparación efectiva del medio ambiente. Conforme ello, cabe analizar si las disposiciones, herramientas e instituciones vigentes son útiles para abordar preventiva o restaurativamente los daños y efectos nocivos que se generen sobre el medio ambiente. Bajo otra perspectiva, el objeto de estudio consiste en analizar la efectividad de disponer un principio de responsabilidad ambiental que, conforme las reglas constitucionales vigentes, actualmente no existe (pero se espera que exista).

- 1 Abogado, Universidad Diego Portales. Magister en Derecho, Universidad de Chile. Actualmente responsable del área medio ambiental del Consejo de Defensa del Estado. Se tiene presente que las opiniones vertidas en el presente artículo son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan la opinión del referido Servicio.
- 2 Agradezco la colaboración y apoyo de Camila Vieira y de Nicolás Baeza, en aspectos metodológicos, de sistematización de información y preparación del presente artículo.

1. Introducción

El debate sobre el sentido y alcance del principio de responsabilidad ambiental se ha centrado en el concepto de reparación integral del daño, en consideración a que, salvo contadas excepciones³, nuestra regulación trata la responsabilidad por daño ambiental sólo para disponer de una acción en sede jurisdiccional, bajo un presupuesto de responsabilidad subjetiva o por culpa, que requiere de la concurrencia de los requisitos propios de la responsabilidad aquiliana para justificar su procedencia.⁴

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse ¿Qué sentido tiene otorgarle a este principio un rango constitucional si es que la regulación actual admite la premisa de que quién comete daños ambientales tiene el deber de repararlos?⁵ Una respuesta negativa a ello permite concluir que el sentido y alcance del principio de responsabilidad ambiental se remite exclusivamente a la existencia del daño y al deber consecuente de repararlo.

Este enfoque, a nuestro juicio, trae consigo efectos dogmáticos y prácticos de relevancia. Conforme el diseño de nuestro sistema legal de responsabilidad por daño ambiental -de naturaleza esencialmente jurisdiccional-, se impide resguardar preventivamente la existencia de daños o, en su defecto, garantizar *ex ante* su completa reparación, pese a que la finalidad de este principio es precisamente evitar este tipo de efectos. Supeditar este principio a la responsabilidad por daño ambiental, si bien aborda aspectos relevantes, ha tenido como efecto una débil regulación sobre la materia y la subsecuente responsabilidad del Estado como principal garante del deber general de protección del medio ambiente. En efecto, se observa una continua -y cada vez más activa- impugnación jurisdiccional de las

3 Excepcionalmente nuestra regulación establece mecanismos preventivos que permiten evitar la existencia de daños ambientales o garantizar su reparación efectiva. Por ejemplo, el artículo 118 quáter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, establece una presunción de daño específicamente aplicado al escape o pérdida masiva de recursos en sistemas de cultivo intensivo o en sistemas extensivos, la cual, no obstante su especificidad y carácter de presunción simplemente legal, ha sido declarada inaplicable por el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol INA-12612-2021, de fecha 4 de agosto de 2022. Como se verá al final del presente artículo, también se dispone de la garantía financiera conforme el Decreto Ley N°2.222, de Navegación.

4 De acuerdo con el artículo 52 de la Ley General de Bases del Medio Ambiente, “Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley”.

5 La “Propuesta de Nueva Constitución” recientemente sancionada por el plebiscito de salida, nos invitó también a debatir sobre el sentido y alcance de este principio. En efecto, la Propuesta reconoce el principio de responsabilidad en distintas disposiciones, destacándose la prevista en su artículo 128, conforme la cual “Son principios para la protección de la naturaleza y el medioambiente, a lo menos” [el] “de responsabilidad”. En específico sobre la responsabilidad por daño ambiental, el inciso final de la norma antes citada, a su vez, agrega que: “Quien dañe el medioambiente tiene el deber de repararlo, sin perjuicio de las sanciones administrativas, penales y civiles que correspondan conforme a la Constitución y las leyes”.

actuaciones o, más bien, eventuales omisiones, de la administración del Estado, conforme la cual se le ha requerido a los Servicios con competencia ambiental adoptar -bajo el principio de coordinación administrativa-, aquellas acciones conducentes a la dictación de normas, la fiscalización y aplicación de sanciones o, inclusive, a la adopción de medidas reparatorias, sin atender las competencias del órgano recurrido y las escasas herramientas legales disponibles para prevenir daños ambientales.

No se observa entonces un debate sobre otros aspectos de la responsabilidad ambiental que son igualmente importantes, tales como los deberes activos que debe disponer el Estado para evitar los daños ambientales; el diseño administrativo para prevenirlos -tanto desde la perspectiva de las autorizaciones ambientales, como de fiscalización ambiental-; la regulación que fije -en los múltiples componentes ambientales- los márgenes de tolerancia para evitar las consecuencias nocivas sobre el medio ambiente; las garantías financieras disponibles para respaldar *ex ante* la comisión de un hecho ilícito y dañoso; la regulación de otros tipos de responsabilidad civil o penal aplicables bajo una óptica de prevención general; entre otros múltiples aspectos.

En consecuencia, conforme una interpretación preventiva de este principio, cabe preguntarse ¿Nuestro ordenamiento jurídico actual se ajusta a sus deberes en caso de obtener este principio un rango constitucional? ¿Tiene algún grado de implicancia sobre la responsabilidad del Estado? ¿Cómo se materializa este principio en los distintos tipos de responsabilidad (ambiental, penal e indemnizatoria)? ¿De qué manera se previene la generación de daños sobre el medio ambiente o garantiza su completa reparación?

Conforme ello, el presente artículo tiene por objeto explorar el ámbito de aplicación del principio de responsabilidad como norma de rango constitucional, su incidencia legal y práctica (2), el rol que le cabe al Estado sobre esta materia (3), además de exponer algunas ideas en búsqueda de garantizar su efectividad (4).

2. Sentido y alcance del principio de responsabilidad ambiental

El contenido del principio de responsabilidad ambiental se origina en la definición del principio “contaminador-pagador”, establecido en 1972 por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁶, el

6 En igual sentido, conforme el principio 16 de la Declaración de Río “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 contami-

que en ese entonces fue constituido como una herramienta económica que buscaba internalizar los costos de las medidas de mitigación o de prevención de la contaminación en el valor final del producto⁷. De ello cabe resaltar su finalidad eminentemente preventiva, en orden a disponer de las medidas necesarias para evitar los efectos indeseados de la actividad o proyecto. A su vez, dicho principio se extendió al deber de adoptar las medidas destinadas a reparar los daños ocasionados⁸, lo que ha significado la premisa esencial de la responsabilidad por daño ambiental en nuestro ordenamiento jurídico nacional.⁹

En este contexto, nuestra normativa de rango legal traduce la responsabilidad ambiental al sentido y alcance de la responsabilidad por daño ambiental, conforme un sistema de responsabilidad aquiliana, mediante la cual se origina la obligación de indemnizar/reparar sobre quien ha provocado un perjuicio a otro, de manera negligente o dolosa¹⁰, previa declaración judicial que determine la existencia de daño y el respectivo deber de repararlo.

nación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

7 En este sentido, Gorosito Zuluaga sostiene que “Se trata de que contaminar no salga gratis, en el sentido de que no resulte, a priori, rentable (sino más bien lo contrario: que se presente como rentable el no contaminar). Un ejemplo simple (y simplificado): ante la determinación del impuesto de circulación, resulta una decisión más rentable adquirir un coche poco contaminante que uno contaminante pues la cuantía del impuesto será menor (medida ambiental). Esto también resulta coherente con el principio de responsabilidad y presenta una finalidad, insistimos, no sancionadora sino compensatoria (diferente de los costes del eventual restauración en caso de daños ambientales). El objetivo aquí es evitar la producción del daño y, para lograrlo, se hace lo posible para no hacerlo rentable. La aplicación de este principio presenta su peligro, dado que, de no aplicarse correctamente puede generar un efecto contrario (especialmente cuando no se acierta con la medida adoptada y la misma no resulta adecuada para que los destinatarios perciban las acciones perseguidas como no rentable)”. Zuluaga, Ricardo, “Los principios en el Derecho Ambiental”, en Rev. Derecho [online], n.16, (Universidad Católica del Uruguay), 2017, pp.101-136. Disponible en: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932017000200101&lng=es&nrm=iso

8 Se destaca que en la aplicación de este principio también cabe una función preventiva o de prevención general, en la medida que el costo de reparación sea superior a la ganancia obtenida. Como sostiene Klöpfer, “El principio «quien contamina paga», que rige como pauta para la asignación de las responsabilidades en el derecho ambiental, está principalmente arraigado en el ámbito represivo (asignación de la responsabilidad ambiental), pero también tiene funciones de prevención general y especial: según este principio o sus manifestaciones prácticas en el derecho positivo (por ejemplo en la legislación sobre responsabilidad ambiental), la persona cuyos actos provocan una contaminación ambiental tiene que responder por los costos para eliminar o compensarla. Sin embargo, en general se esforzará por evitar la contaminación desde un principio”. Klöpfer, Michael, “El derecho ambiental en Alemania”, en Revista de Derecho Ambiental, (4), (Universidad de Chile), 2013, p. 17. Recuperado a partir de <https://revistaderedchoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/30250>.

9 En este sentido, Femenías sostiene la doble función que dispone este principio: “Por una parte, se trata de un principio que proporciona herramientas destinadas a la prevención de los daños ambientales y por otra, más relevante a los efectos de esta investigación, una faz o función reparadora incardinada en la estructura del régimen de responsabilidad por daño ambiental”. Femenías, Jorge, La Responsabilidad por daño ambiental, (Ediciones UC), 2017, p. 111 y ss.

10 El artículo 51 de la Ley N°19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, dispone expresamente que: “Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley.”

Este marco regulatorio impide garantizar la total efectividad del principio de responsabilidad, en tanto supone la generación del daño como hito que origina los deberes de reparación. En otros términos, incentiva al administrado a pedir disculpas antes que permiso, en tanto establece un deber activo de protección sólo una vez que el daño ya es provocado, previa declaración judicial y ante el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de reparación por daño ambiental; además de una serie de consideraciones materiales, tales como la capacidad económica del demandante para constatar el daño, la existencia de la persona natural o jurídica demandada al momento de ejecutarse una sentencia condenatoria, la disposición de recursos económicos para la reparación integral del mismo, o la capacidad técnica de reparar por un tercero ajeno al juicio a costa del deudor¹¹.

Desde ya adelantamos que este cuestionamiento no significa una crítica al sistema de responsabilidad por daño ambiental. Por el contrario, este modelo jurisdiccional aplicable una vez que los daños han sido provocados, resulta esencial -pero, como veremos, no la única vía- para garantizar la reparación integral de los daños ambientales. Por su parte, cabe agregar que la solución a este problema no se sustenta en un cambio de la sede en donde se ventilen este tipo de conflictos. Se podría proponer que la declaración de daños ambientales, y el consecuente deber de repararlos, se traspase desde una sede jurisdiccional a una instancia administrativa, para efectos de obtener una respuesta más rápida y efectiva¹². No obstante, como se desarrollará en el presente artículo, la eficiencia y eficacia requerida puede ser abordada por múltiples instrumentos, que no van en desmedro de la preponderancia y autonomía con que resuelven los tribunales de justicia la declaración de daños ambientales, especialmente si se trata de una jurisdicción especializada.

Considerando que el principio de responsabilidad cumple la finalidad de evitar la generación de daños ambientales, no es posible acotar sus deberes relacionados

11 Lo expuesto, sin desmerecer el trabajo jurisprudencial sobre esta materia. Al respecto, se destacan diversas sentencias judiciales que han permitido extender los deberes de cuidado no sólo respecto de quienes ejecutan un proyecto o actividad, sino también sobre los socios en la toma de decisiones adoptadas por su sociedad, o en los propietarios de un predio cuyos arrendatarios son los generadores de daño ambiental. Ver, por ejemplo, las siguientes sentencias de la Corte Suprema: “Consejo de Defensa del Estado con Yáñez Marmolejo Juan y otras”, Rol N° 31.797-2018; “Fisco de Chile con Forestal León Limitada y al Banco de Chile”, Rol N° 8593-2012; “Fisco de Chile con Sociedad Sarao S.A.”, Rol N° 3579-2012; entre otros

12 En este sentido, Femenías sostiene que “si resulta discutido en la propia doctrina civil el reconocimiento de otras funciones de la responsabilidad extracontractual -además de la compensatoria/ resarcitoria- para resolver los problemas que se presentan en dicha sede, parece muy dificultoso, por ahora y de lege lata, admitir la existencia de esas otras funciones con el objeto de construir remedios aplicables a otras ramas del Derecho -como lo es el ambiental- sobre la base de ellas. De allí que los mecanismos jurídicos que mejor se avienen con los fines preventivos siguen siendo el Derecho administrativo y en última instancia el Derecho penal”. Femenías, Jorge, *La Responsabilidad por daño ambiental*, (Ediciones UC), 2017, p.44 y ss.

a la sola reparación del daño. Para estos efectos, su aplicación requiere ser abordada desde una perspectiva preventiva, en el sentido de requerir las herramientas legales y materiales necesarias para que no se provoquen aquellos efectos dañinos sobre el medio ambiente y, en el evento que se generen, existan *-ex ante-* las garantías suficientes para su reparación íntegra¹³.

Lo expuesto, está en sintonía con otros principios y deberes generales aplicables a la protección del medio ambiente, tales como los principios precautorio, preventivo y de acceso a la justicia, conforme los cuales, bajo una interpretación armónica y finalista, dotan de contenido y requieren de una interpretación preventiva del principio de responsabilidad. Bajo esta perspectiva, el principio precautorio viene a disponer una regla esencial para prevenir los daños ambientales, consistente en evitar el desarrollo de aquellas actividades o proyectos cuyos riesgos son intolerables, aun cuando no se tenga certeza de su ocurrencia¹⁴. Por su parte, el principio preventivo tiene por objeto principal evitar la concurrencia de daños ambientales, estableciendo deberes específicos de regulación y fiscalización sobre las actividades o proyectos, siempre considerando que la responsabilidad por daño ambiental no obsta de otros tipos de responsabilidad (civil, penal, administrativo). Finalmente, el principio de justicia ambiental, permite ofrecer el móvil para declarar daños ambientales y exigir su reparación en sede jurisdiccional, además de permitir el acceso a la justicia de grupos, comunidades o territorios vulnerables.

Una interpretación de esta naturaleza también tiene respaldo en múltiples instrumentos internacionales que dan cuenta de la necesidad de disponer de

13 Siguiendo a Jaria-Manzano, el principio de responsabilidad implica “la limitación de la esfera de autonomía de las personas [...] en relación con ‘las formas, mecanismos y métodos de uso, acceso, extracción y apropiación de la naturaleza y sus elementos y componentes’, para mantener la equidad y garantizar la sostenibilidad”. Jaria-Manzano, Jordi, “Los principios del derecho ambiental: Concreciones, insuficiencias y reconstrucción”, en *Ius et Praxis* [online], vol.25, N°2, (Universidad de Talca). 2019, pp. 403-432. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000200403&lng=es&nrm=iso. De igual manera, Ezio Costa sostiene que “en la lógica preventiva del derecho ambiental, el sistema de responsabilidad debería funcionar también como un desincentivo a la producción del daño. En esa línea, Banfi no duda en calificar a la responsabilidad ambiental como un instrumento utilizado por la política pública para el control de las actividades que pueden ocasionar impactos al medio ambiente”. Costa, Ezio, “Responsabilidad por daño ambiental, análisis comparado Chile-Costa Rica”, en Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LI, núm. 152, (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), 2018, p. 477 y ss.

14 En esta línea, Bermúdez sostiene que la vigencia del principio de responsabilidad “importa, además, una estrecha relación con el principio precautorio. En tal sentido, debe recordarse que la precaución constituye la primera fase de la protección ambiental; esta protección finaliza con la atribución de los costos ambientales al contaminador y, por tanto, con la aplicación del principio causador. Así las cosas, si se toman todos los resguardos para el desarrollo de una actividad económica, de modo que no se produzca daño ambiental (principio precautorio), y si dichos resguardos fueron los correctos, deberá traer como consecuencia que no se produzca un daño ambiental, y por tanto, la improcedencia de las consecuencias del principio causador”. Bermúdez, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, 2ª Edición, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2018, p. 51.

un sistema efectivo de reparación integral de los daños ocasionados. Por dar un par de ejemplos, la Declaración de Río, en su artículo 13, establece la obligación de los Estados parte a “desarrollar la legislación relativa a la responsabilidad y a la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales”¹⁵. En un sentido más explícito y prueba de lo antes expuesto, se encuentra el Acuerdo de Escazú recientemente ratificado por el Estado de Chile, conforme el cual se dispone de una serie de garantías cuya fuente se sustentan en el principio de responsabilidad ambiental, aun cuando su objeto principal consiste en disponer un estándar mínimo de exigencia para los denominados “derechos de acceso” a la información ambiental, participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales y de acceso a la justicia.¹⁶

Conforme el contenido y respaldo internacional que dispone este principio, cabe preguntarse ¿cómo es posible garantizar el cumplimiento efectivo de la responsabilidad ambiental en caso de obtener su consagración constitucional? Para estos efectos, resulta primordial considerar al menos dos elementos: el primero, se requiere comprender que la definición de este principio no se desprende de un análisis aislado sobre su sentido y alcance, sino que, como se ha sostenido precedentemente, en armonía y coherencia con otros principios o pilares fundamentales para la protección del medio ambiente. En segundo término, cuestión que pasaremos a exponer en las secciones siguientes, la definición de responsabilidad ambiental requiere considerar su vínculo común, pero diferenciado, con quienes se encuentran obligados por este principio y los distintos “tipos” de responsabilidad (administrativa, indemnizatoria y penal), a fin de identificar herramientas legales eficaces para prevenir los daños ambientales.

En consecuencia, siguiendo una visión preventiva de su contenido, el principio de responsabilidad ambiental no se limita a la sola concurrencia de daños para garantizar su efectividad. Requiere, como veremos, de deberes activos que recaigan sobre los órganos de la Administración del Estado para que ello no ocurra, y de disposiciones legales aplicables que permitan prevenir este tipo de efectos por

15 En igual sentido, en el Convenio de Basilea, referido a la prohibición de exportación de desechos peligrosos y otros desechos”, se establece expresamente el deber de los Estados parte a adoptar las “medidas jurídicas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para aplicar y hacer cumplir las disposiciones del presente Convenio, incluyendo medidas para prevenir y reprimir los actos que contravengan el presente Convenio” (el destacado es nuestro).

16 Este instrumento, en su artículo 8, numeral 3º, le encomienda a los Estados partes, entre otras materias, tener una regulación efectiva para la adopción de: i) medidas cautelares y provisionales para prevenir, cesar, mitigar o recomponer daños (literal d); ii) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental (literal e); iii) mecanismos de reparación, tales como restitución al estado previo al daño, restauración, compensación y/o el pago de una sanción económica, incorporando en esto las garantías de no repetición e instrumentos financieros para apoyar la reparación (literal g).

parte de los regulados. En el evento en que, de igual manera se evidencien daños sobre la naturaleza, el ordenamiento jurídico debe disponer de las herramientas sancionatorias, reparatorias e indemnizatorias para la plena efectividad de este principio. En razón a ello, resulta esencial evaluar los distintos estatutos y tipos de responsabilidad en materia ambiental, comenzando por el rol del Estado sobre la materia, para luego verificar las obligaciones conducentes a evitar este tipo de daños por parte de los regulados.

3. Rol del Estado ante la ocurrencia de daños ambientales

Cuando se evidencia un daño ambiental a consecuencia de la ejecución de un proyecto o actividad, uno podría suponer la existencia de ciertas falencias en el funcionamiento de los servicios públicos creados para prevenir estos efectos, ya sea desde un punto de vista normativo, con la consecuente falta de normas y/o exigencias de orden administrativo para evitar el efecto indeseado; o material, en referencia a la falta de fiscalización y/o determinación de sanciones ante el incumplimiento de las exigencias legales vigentes.

En nuestro país, esto se ha verificado como un fenómeno en sede jurisdiccional, fundado en la posición de garante en que se encontraría la administración del Estado en su deber general de protección del medio ambiente. Si bien en el caso de las acciones por daño ambiental esta tesis podría resultar prematura¹⁷, por la vía del recurso de protección este fenómeno se ha desarrollado con absoluta amplitud¹⁸, y no sólo en aquellos casos de impugnación de actos administrativos,

17 Desde la instalación de los Tribunales Ambientales, a esta fecha se han interpuesto tres demandas por daño ambiental, en contra del Fisco de Chile o en contra de los Servicios Públicos con competencia ambiental: (i) Demanda interpuesta en contra del Complejo Industrial Ventanas y el Ministerio del Medio Ambiente por eventos de contaminación histórica en la bahía de Quintero, en la causa Rol D-30-2016, seguida ante el Tribunal Ambiental de Santiago, actualmente en fase de conciliación desde el año 2017; (ii) Demanda interpuesta en contra del Fisco de Chile por la existencia de pasivos ambientales (vertederos ilegales) en la comuna de Alto Hospicio, en la causa Rol D-14-2022, seguida ante el Tribunal Ambiental de Antofagasta, actualmente en fase de discusión; y (iii) Demanda interpuesta en contra del Ministerio de Obras Públicas, por la ejecución de obras de mantención en el Puerto de Paredones, en la causa Rol D-74-2022, seguida ante el Tribunal Ambiental de Santiago, actualmente en fase de discusión.

18 En este sentido, existe abundante doctrina que da cuenta de una hiperactividad de los Tribunales de Justicia para efectos de corregir las deficiencias administrativas, con la consecuente búsqueda de reparación de daños ambientales. En este sentido, ha sido caracterizado el recurso de protección como un verdadero contencioso administrativo. En esta línea, Mendoza señala “lo más crítico es cuando existiendo procedimientos contenciosos especiales – como el ambiental – aún mediante el Recurso de Protección se ventilen materias de esta índole, que son de un conocimiento técnico y jurídico muy específico. De este modo, dicha acción cuando no es utilizada para tutelar derechos fundamentales deviene en un mecanismo de control de legalidad de los actos administrativos, desnaturalizando su función de servir como tutela de urgencia” Mendoza, Tomás, “Recurso de protección ambiental: jurisprudencia reciente (2017)”, en *Latin American Legal Studies*, N°4, (Universidad Adolfo Ibáñez), 2019, p. 126. En términos similares Fermandois señala que el recurso de protección se ha transformado en un medio de impugnación ordinario de la actuación ad-

sino que ante ciertas omisiones referidas a la falta de fiscalización o de dictación de normas ambientales. Bajo esta lógica, se han interpuesto acciones judiciales en contra de los directamente responsables y, adicional o exclusivamente, en contra de los órganos de la administración del Estado con competencias sobre la materia.

En este contexto ¿Es posible advertir una falta de servicio ante la sola ocurrencia de daños ambientales? ¿Qué acciones deberán emprender los órganos de la administración del Estado para evitar una falta de servicio? La definición de falta de servicio atiende necesariamente a un mal funcionamiento o inactividad de la administración, ya sea por su actuar negligente, tardío o, en casos que se expondrán a continuación, cuando los Servicios Públicos creados al efecto han omitido ciertas acciones teniendo la obligación de hacerlo¹⁹. Para que ello proceda, no basta con la ocurrencia de una omisión, sino además se requiere de la vulneración o violación a deberes activos por parte del Estado²⁰, que se traduzcan en una posición de garante por parte de los órganos de la administración del Estado en materia ambiental y que, por cierto, generen el consecuente deber específico de actuar en el marco de las competencias del órgano recurrido²¹.

Sin considerar las reclamaciones judiciales sobre actos administrativos de carácter ambiental -por ejemplo, la impugnación de una Resolución de Calificación Ambiental-, y atendiendo exclusivamente a la eventual falta de servicio²², la

ministrativa en casos de conflictos ambientales. Fernandois, Arturo y Chubretovic, Teresita, “El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia pos-tinstitucionalidad ambiental (2010-2015)”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 43 N°1, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2016, p. 69

19 Bermúdez, Jorge, Derecho Administrativo General, (Thomson Reuters), 2014, p. 613

20 En otros términos, se requiere de una posición de garante para dar cuenta de una infracción a los deberes de cuidado. En este sentido, cuesta afirma que “la administración responde porque al incumplir su deber de garante, da lugar a una lesión que podría haberse evitado o al menos paliado de haberse realizado la actividad pertinente” Entrena Cuesta, Rafael, “Responsabilidad e inactividad de la Administración”, en J. Luis Martínez López-Muñiz y Antonio Calonge Velázquez (coordinadores), La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997, (Marcial Pons, Madrid), 1999, p. 370.

21 Estos deberes activos no sólo se traducen en disponer de las competencias discrecionales de actuación, sino en deberes activos que han sido omitidos por parte de los órganos recurridos. Conforme ello, no es posible imputar la responsabilidad del Estado con la sola evidencia de daños ambientales, pues, bajo la regulación actual se requiere acreditar algún grado de culpabilidad o deber de cuidado infringido por parte del agente. Sin embargo, con la revisión jurisprudencial y la tendencia constitucional propuesta, es posible identificar un deber general de cuidado del medio ambiente que permite imputar a los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental una falta de servicio.

22 La distinción formulada debido a los motivos que atienden los recursos de protección -o, más bien la causa de pedir de estos recursos-, no se ofrece para efectos de negar la posibilidad de existencia de responsabilidad ambiental en el otorgamiento de autorizaciones, ni en la dictación de actos administrativos de carácter ambiental. Todo lo contrario, ello es actualmente factible, pero respecto del titular del proyecto y no a consecuencia de la administración del Estado, en la medida que el daño es cometido por ese titular y este es quien dispone del deber de ofrecer la información necesaria para que su proyecto sea autorizado correctamente. En este sentido, en sede de reparación por daño ambiental, cabe referirse a: Corte Suprema, causa

jurisprudencia de nuestro máximo tribunal en materia de recurso de protección ha dado ciertas luces respecto de la responsabilidad ambiental que le caben a los Servicios Públicos recurridos. Sin ser exhaustivos, y para el solo efecto de poner en relieve nuestra práctica judicial sobre la materia, se destacan tres sentencias judiciales que, desde el punto de vista de sus efectos, declaran la vulneración de derechos a consecuencia de una falta general de los deberes de cuidado ambiental que dispone en Estado, requiriendo un accionar por parte de los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental, a saber²³:

- *Deberes de fiscalización en cumplimiento de disposiciones aplicables: El caso de las subdivisiones con fines inmobiliarios en zona rural*²⁴. Durante el 2020, una serie de comunidades indígenas Lafkenches, comités de agua potable rural, organizaciones ciudadanas y personas naturales recurrieron en contra de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo, región de Los Ríos, y la Dirección General de Aguas, por cuanto se habrían realizado diversos loteos en zona rural, en el sector costero que comprende el territorio que abarca desde Niebla a Pilolcura, sin la debida supervisión de ningún organismo técnico del Estado que verifique el cumplimiento de normas nacionales e internacionales en relación al medio ambiente, los recursos naturales y pueblos originarios.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, en un fallo inédito y que posteriormente fue confirmado por la Corte Suprema, concedió el recurso de protección fundado en una interpretación armónica de las disposiciones urbanísticas y ambientales aplicables, ordenando la debida fiscalización de los proyectos inmobiliarios, por encontrarse estos al margen de la regulación y bajo características que “necesariamente debía ser objeto de autorizaciones sometidas a determinados requisitos y de fiscalizaciones, de aquellos servicios públicos y reparticiones con competencia

Rol N° 396-2009, caratulada “Asociación de Canalistas del Embalse Pitama con Soc. Concesionaria Rutas del Pacífico S.A”. Sentencia de fecha 20 de abril de 2011.

23 De este tipo de casos, se destacan algunos elementos comunes que nos permiten dar un marco general en materia de responsabilidad ambiental del Estado. En todos los casos expuestos se le atribuye algún tipo de falta de Servicio o infracción de los deberes de cuidado de los Servicios Públicos involucrados, para efectos de disponer de un accionar concreto en la prevención de daños ambientales o en garantizar su reparación. Lo anterior, sin perjuicio de la mayor o menor gradualidad respecto de la intervención jurisdiccional. En todos ellos, a su vez, se le imputan a los Servicios recurridos la negativa a promover los espacios necesarios de coordinación para prevenir la falta de servicio. En definitiva, de estos casos se evidencia una necesidad de otorgar al Estado una posición de garante sobre la protección del medio ambiente a través de exigencias específicas, ya sea en materia de fiscalización, en la dictación de normas ambientales o, en su defecto, con acciones concretas de gestión y/o reparación.

24 Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia de fecha 6 de octubre de 2020, causa Rol N° 2214-2020, confirmada por la Excm. Corte Suprema, en Sentencia de fecha 1 de febrero de 2021, causa Rol N° 129.279-2020.

en la materia específica en la que incide, constituyendo para la administración un deber cautelar aquellas zonas y los derechos de los habitantes de aquellas”.²⁵

- *Deberes de prevención de la descontaminación y dictación de normas: El caso de Quintero Puchuncaví por los eventos de contaminación atmosférica ocurridos el 2018*²⁶. Se interpusieron doce recursos de protección por parte de un Senador de la República, distintas Municipalidades, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, organizaciones ciudadanas y personas naturales, en contra del Complejo Industrial Ventanas²⁷, el Estado de Chile y una serie de Servicios con (y sin) competencias ambientales²⁸, a consecuencia de los eventos de contaminación e intoxicación de niños, niñas y adolescentes, ocurridos durante el 2018. En contra de estos últimos, los recursos se fundaron en el “incumplimiento de sus deberes en esta materia, sea por no adoptar medidas de prevención, por no ejercer sus deberes de control, de sistematización de la información pertinente, de fiscalización y de represión de conductas ilícitas conferidas por el ordenamiento jurídico, resultando evidente, además, según se reprocha, que no actuaron de manera coordinada”²⁹.

Conforme lo anterior, la Corte Suprema condenó a los recurridos, exigiéndole a los Servicios Públicos involucrados a efectuar, en síntesis, los estudios que permitieran identificar las fuentes contaminantes en el área, disponer de las

25 Continúa: “Resulta entonces inadmisibles las explicaciones de las recurridas en orden a que no fue recibida denuncia de infracción a la normativa previo a la interposición de la presente acción de protección, por cuanto el deber de fiscalización constituye una atribución y un deber propio de la función del servicio respectivo”. Ítma. Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia de fecha 6 de octubre de 2020, causa Rol N° 2214-2020, confirmada por la Excma. Corte Suprema, en Sentencia de fecha 1 de febrero de 2021, causa Rol N° 129.279-2020. Las fiscalizaciones efectuadas por los Servicios recurridos concluyeron en una denuncia al Consejo de Defensa del Estado, el cual interpuso durante el 2021 una querrela fundada en el artículo 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, además de la respectiva demanda de reparación por daño ambiental en contra de los desarrolladores de los proyectos inmobiliarios.

26 Corte Suprema, Sentencia de fecha 28 de mayo de 2019, causa Rol 5.888-2019.

27 El Complejo Industrial Ventanas está compuesto por las siguientes empresas recurridas: ENAP Refinerías S.A.; Enel Generación Chile S.A.; Copec S.A.; Epoxa S.A.; GNL Quintero S.A.; Oxiquim S.A.; Gasmar S.A.; Codelco Chile División Ventanas; Cementos Bío Bío S.A.; Puerto Ventanas S.A.; Aes Gener S.A.; Asfaltos Chilenos S.A.

28 Entre los órganos de la administración del Estado recurridos, se encuentran: Ministerio del Medio Ambiente; del Ministerio de Salud; de la Superintendencia del Medio Ambiente; de la Dirección Regional de la Oficina Nacional de Emergencia de la Quinta Región; de la Dirección Nacional de la Oficina Nacional de Emergencia; del Ministro del Interior; del Intendente de la Región de Valparaíso; de la Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente de Valparaíso; de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso; de la Municipalidad de Quintero; de la Municipalidad de Puchuncaví; del Servicio de Evaluación Ambiental; de la Intendencia de la Región de Valparaíso y en contra del Sr. Presidente de la República.

29 Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia de fecha 14 de febrero de 2022, causa Rol N° 6.076-2021, confirmada por la Corte Suprema, en Sentencia de fecha 16 de mayo de 2022, causa Rol N° 7.274-2022. Parte resolutive.

herramientas y medidas legales y materiales de seguimiento efectivo en materia de emisiones y, en definitiva, a ordenar la reducción de emisiones a las instalaciones y fuentes generadoras de tales elementos contaminantes, además de adoptar las acciones conducentes a la protección de la salud de la población afectada por la contaminación de las comunas de Quintero y Puchuncaví³⁰.

- *Deberes de restauración de los daños ocasionados: El caso de la Planta de Tratamiento de aguas Servidas en Perquenco (2017)*³¹. Un conjunto de comunidades indígenas, personas naturales y el Instituto Nacional de Derechos Humanos, interpusieron un recurso de protección en contra de una serie de Servicios Públicos³², a consecuencia del estado de abandono y falta de mantención del sistema de saneamiento de aguas servidas de la comuna de Perquenco, lo cual habría provocado una grave contaminación al Estero Perquenco, debido al vertimiento de aguas servidas sin tratamiento previo. La Planta de Tratamiento de Aguas Servidas era administrada originalmente por un Comité de Agua Potable Rural, actual “Cooperativa de Servicios de Abastecimiento y Distribución de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento Ambiental Perquenco Ltda.”, con infraestructura pública y en un inmueble fiscal³³. Principalmente en base al principio de coordinación que rige a los órganos de la administración del Estado, la Corte de Apelaciones de Temuco, en un fallo posteriormente ratificado por la Corte Suprema, concedió el recurso y requirió a los Servicios recurridos a que “ejecuten las acciones pertinentes (...) para procurar

30 Se tiene presente que el cumplimiento incidental de esta sentencia es objeto de un recurso de queja, en actual tramitación en la causa Rol 154.690-2020, seguida ante la Corte Suprema, que impugna una resolución dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en la causa Rol 7266-2018, que ordena el archivo de la causa de acuerdo con el informe proporcionado por los Servicios recurridos.

31 Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia de fecha 14 de febrero de 2022, causa Rol N° 6.076-2021, confirmada por la Corte Suprema, en Sentencia de fecha 16 de mayo de 2022, causa Rol N° 7.274-2022.

32 Los Servicios recurridos son: Ministerio de Bienes Nacionales, Dirección de Obras Hidráulicas Araucanía, Secretaría Regional Ministerial de Salud, Superintendencia del Medio Ambiente, Superintendencia de Servicios Sanitarios y Municipalidad de Perquenco. Adicionalmente, se interpuso este recurso de protección en contra de la Cooperativa de Servicios de Abastecimiento y Distribución de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento Ambiental Perquenco Ltda.

33 Conforme la relación de los hechos expuesto en el fallo objeto de análisis, “Según la información proporcionada por la Municipalidad de Perquenco, el sistema de agua potable de la comuna de Perquenco fue construido en 1982, por el ex Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS) dependiente del Ministerio de Obras Públicas. Su financiamiento parcial provino de préstamos otorgados al país por el Banco Interamericano del Desarrollo para llevar a cabo el Programa de Agua Potable Rural. En virtud de dichos préstamos debió constituirse en la localidad un Comité de Agua Potable Rural, sin fines é de lucro, para fines de que asumiera la administración y mantenimiento del sistema, conservando el Fisco la propiedad de toda la infraestructura sanitaria entregada. Una vez desaparecido SENDOS, la continuidad del Programa de Agua Potable Rural quedó entregada a la dirección de planeamiento entre los años 1990 y 2001, y, posteriormente, a partir del 2002, a la Dirección de Obras Hidráulicas”.

poner fin a los hechos que motivan el recurso y revertir los efectos medio ambientales producidos, sin perjuicio de las medidas de resguardo de la vida e integridad de las personas que corresponda adoptar”³⁴.

Como se puede observar, bajo distintos grados de intensidad -desde requerir fiscalización, dictación de normas y herramientas de reducción de emisiones e, inclusive, la restauración del ecosistema-, es posible sostener que los Tribunales de Justicia están interviniendo en la actividad administrativa, fundados en un deber general del Estado de resguardar y proteger el medio ambiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 N°8 de la Constitución Política³⁵. Siguiendo a una parte de la doctrina nacional, se advierte que el razonamiento propuesto para tales fines, es legalmente controversial, presuntamente activista³⁶ e, inclusive, hasta contrario a ciertos valores democráticos, pues existiría una vulneración al principio de separación de poderes del Estado³⁷. Desde la perspectiva legal, las

34 Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia de fecha 14 de febrero de 2022, causa Rol N° 6.076-2021, confirmada por la Corte Suprema, en Sentencia de fecha 16 de mayo de 2022, causa Rol N° 7.274-2022. Parte resolutive.

35 Siguiendo a Pedro Harris, se ha planteado que la responsabilidad ambiental que le cabe al Estado no es responsabilidad por falta de servicio, sino que responsabilidad por el hecho ajeno, fundado en un deber de vigilancia ambiental sobre los administrados. Funda su posición principalmente en dos sentencias judiciales en materia de daño ambiental: (i) Sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de junio 2013, en la causa Rol N° 3579-2012, caratulada “Fisco de Chile con Sociedad Sarao S.A.”; y (2) Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 5 de enero de 2016, en la causa Rol N° 3022-2015, caratulada “Fisco de Chile con I. Municipalidad de Lo Barnechea y otro”. Se tiene presente que la tesis propuesta tiene efectos prácticos que el mismo autor asume: la responsabilidad por el hecho ajeno permite mantener un vínculo causal que obliga a los servicios públicos a responder de manera principal ante el daño provocado. En otros términos, esta tesis importa que la administración será responsable siempre de los daños derivados de la actividad negligente o dolosa del administrado. Al respecto, nuestra posición sobre la materia es distinta, en orden a establecer que lo que se sanciona es precisamente la falta de Servicio y, por tanto, en aquellos casos en que se le ha requerido reparar a los Servicios Públicos, ello no se ha debido por una omisión o inactividad de la Administración, sino que por la infracción de una obligación expresa sobre el órgano recurrido (Ver, por ejemplo, El caso de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas Perquenco, en donde los hechos se ejecutan en instalaciones y predio fiscal). Respecto de los fallos referidos, se destaca que Sociedad Sarao S.A. no es una entidad pública -sino que una entidad privada-, cuyo deber de vigilancia respecto de su predio le hizo imputable la obligación de reparación, en tanto tuvo conocimiento o debió tenerlo sobre el destino y uso de su suelo. En este sentido, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia es consistente (Ver, por ejemplo, Sentencias CS: “Consejo de Defensa del Estado con Yáñez Marmolejo Juan y otras”, Rol N° 31.797-2018; “Fisco de Chile con Forestal León Limitada y al Banco de Chile”, Rol N° 8593-2012). Por su parte, en la causa en contra de la Municipalidad de Lo Barnechea, se evidencia la participación de dicha entidad Municipal en el otorgamiento de permisos (Ver C. 18°), sin perjuicio de la falta a los deberes de vigilancia ambiental. Harris, Pedro, “Las funciones de la responsabilidad de la administración por la carencia de vigilancia ambiental – A propósito de la Sentencia de Corte Suprema del 5 de enero de 2016, Fisco de Chile con I. Municipalidad de lo Barnechea”, en Revista de Derecho Ambiental, año V, N°7, (Universidad de Chile), 2017, p. 207 y ss.

36 Cordero, Luis, “Corte suprema y medio ambiente ¿por qué la corte está revolucionando la regulación ambiental?”, en Anuario Derecho Público, No1, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2012, p. 368.

37 A modo de ejemplo, Alejandro Silva a propósito del caso Quintero-Puchuncaví señaló “Aquí, la Corte Suprema se erigió en una superautoridad en la línea de mando de la Administración del Estado, disponiendo todo lo que las autoridades deben hacer, cómo deben hacerlo y cuándo deben hacerlo”. Luis Alejandro Silva Irrarrázaval, “Jueces y política”, La Tercera, 1 de junio de 2019, [https:// www.latercera.com/opinion/noticia/jueces-y-politica-4/680051/](https://www.latercera.com/opinion/noticia/jueces-y-politica-4/680051/). En términos similares Carrasco y Torresano señalan que “Sin perjuicio de las

competencias de los órganos de la administración del Estado constituyen normas de orden público y, por tanto, esto Servicios no pueden efectuar actuaciones que no estén expresamente reguladas, más si implican gasto público asociado a la reparación³⁸. A su vez, mientras mayor sea la incidencia jurisdiccional sobre las actuaciones de la administración del Estado, menor es la capacidad de estos últimos para decidir sobre el desarrollo de las políticas públicas que le parezcan discrecionalmente conducentes, conforme el programa político del Gobierno de turno que haya sido democráticamente elegido.

Advirtiéndose tales debilidades, este tipo de sentencias judiciales que dejan en evidencia una prevalencia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, del derecho a la salud y a la integridad física y psíquica³⁹, han permitido abordar la problemática ambiental con una visión de Estado, bajo una debida coordinación entre los Servicios Públicos con competencia sobre la materia, para efectos de no incurrir en un desacato de las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia. Adicionalmente, ha obligado a la administración a dictar las respectivas normas y actos administrativos que ofrezcan herramientas suficientes a los

consideraciones expuestas, de las medidas que la sentencia exige también se advierte una interferencia con las funciones que la Presidencia de la República tiene en el ámbito de sus competencias. En efecto, dentro de las medidas requeridas está el iniciar “a la brevedad” un procedimiento para “ponderar la pertinencia y utilidad de reformar, incrementando, incluso, si fuere necesario, los niveles de exigencia aplicables a los distintos elementos, gases o compuestos producidos en las diferentes fuentes presentes en la bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví. Carrasco Quiroga, Edesio y Toresano Kuzmanic, Consuelo, “El caso Quintero-Puchuncaví y la eficacia de la acción de protección como mecanismo institucional de solución de conflictos socioambientales”, en *Revista De Derecho Aplicado LLM UC*, (4), (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2019, p. 15. Disponible en: <https://doi.org/10.7764/rda.0.4.3742>. En igual sentido, el profesor Zúñiga sostiene que: “En el contexto de la «elefantiasis» del recurso de protección éste se transforma en un sucedáneo del contencioso administrativo, ya que en el proceso de amparo de derechos fundamentales se pueden impugnar actos ejecutivos (actos administrativos, decretos, reglamentos) que causen lesión a derechos amparados y que adolezcan de antijuridicidad; es decir, que en sus componentes reglados y discrecionales infrinjan el bloque de legalidad. De este modo los actos que emanan de la potestad reglamentaria son sometidos a control judicial, precisamente por la vía del recurso de protección, lo que es reforzado por la ausencia de una justicia administrativa”. Zúñiga Urbina, Francisco, “Control judicial de los actos políticos. Recurso de Protección ante las cuestiones políticas”, en *Revista Ius Et Praxis*, Año 14, N° 2, (Universidad de Talca), 2008, pp. 286-287. Así también, desde un punto de vista institucional, Gómez Bernal, Gastón, *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2005, p.57-58.

38 Por ejemplo, en el caso de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas en Perquenco, es evidente que el Ministerio de Bienes Nacionales no dispone de las competencias para adecuar y/o restaurar los efectos de que dispone ese proyecto en mal funcionamiento. No obstante, bajo una visión sistémica y coordinada entre los distintos órganos de la administración del Estado, la Corte Suprema dictaminó en dicho Servicio el deber de reparación en sede cautelar.

39 Tal y como señalan Carrasco y Toresano, la Corte Suprema al resolver los recursos de protección en el caso Quintero-Puchuncaví, abrió una nueva forma de comprender esta acción constitucional, desplazando la frontera en que la acción de protección se había desarrollado, yendo más allá del control de la legalidad de los comunes instrumentos de gestión que la Ley 19.300 dispone. Carrasco Quiroga, Edesio y Toresano Kuzmanic, Consuelo, “El caso Quintero-Puchuncaví y la eficacia de la acción de protección como mecanismo institucional de solución de conflictos socioambientales”, en *Revista De Derecho Aplicado LLM UC*, (4), (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.7764/rda.0.4.3742>

Servicios Públicos competentes para actuar preventivamente ante la generación de daños ambientales.

Por otro lado, se destacan al menos dos razones que morigeran las críticas asociadas a una falta a los valores democráticos con la actividad jurisdiccional. Primero, los procedimientos judiciales han permitido en ciertos casos una efectiva “conversación entre iguales”⁴⁰, en el sentido de disponer de espacios democráticos de discusión en donde participan los Servicios Públicos involucrados, las organizaciones o personas naturales directamente afectadas y reconocidas en el proceso jurisdiccional, además de los desarrolladores de proyectos, a través de audiencias públicas, inspecciones en terreno, virtuosas instancias de conciliación⁴¹, con la participación de los distintos actores involucrados. Lo anterior, en segundo término, ha permitido, sino resolver, al menos avanzar en espacios comunicativos que permiten una resolución colaborativa de los conflictos socioambientales, además de reformular e, inclusive, potenciar el desarrollo de las políticas públicas dispuestas por los órganos recurridos.

Ahora bien, admitiendo la tesis propuesta -mediante la cual se reconoce que en ciertos casos es posible identificar una falta de Servicio por parte de los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental-, cabe advertir que la escasa regulación en la prevención de daños ambientales ha significado un verdadero aporte a esta tendencia jurisprudencial. Lo anterior, no sólo por el amplio estándar aplicado por los tribunales de justicia en la definición del deber general de protección del medio ambiente que recaería en el Estado -y la consecuente imputación de una falta de servicio-, sino especialmente por las escasas herramientas de orden constitucional y regulatorias que dispone la administración para un actuar preventivo a la luz del principio de responsabilidad ambiental.

Conforme lo expuesto, a nuestro juicio la solución no corre por restringir legalmente la actividad jurisdiccional⁴², sino que, por el contrario, se requiere avanzar

40 Vale revisar la enorme contribución de Gargarella, conforme el cual plantea la necesidad de implementar espacios comunicativos y de deliberación inclusiva para la toma de decisiones públicas, para efectos de hacer frente a las demandas y necesidades sociales. Gargarella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales, Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran -por fin- al diálogo ciudadano*, (Siglo Veintiuno Ediciones), 2021. En igual sentido, pero enfocado a los procesos jurisdiccionales, Gargarella, Roberto, *Por una justicia dialógica, El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, (Siglo Veintiuno Ediciones), 2014.

41 Lo expuesto, se sustenta principalmente en el principio de indemnidad previsto en el artículo 44 de la Ley N° 20.600, que Crea Los Tribunales Ambientales, conforme el cual “La acción de reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado”. Esto no sólo ha permitido un chequeo jurisdiccional formal frente al cumplimiento de esta exigencia, sino que un verdadero análisis de indemnidad, a fin de verificar si las medidas dispuestas en un eventual acuerdo se sujetan a la aplicación de un estándar reparatorio efectivo.

42 En efecto, la legitimidad en la toma de decisiones ambientales no se confiere a partir de una restricción legal

desde un punto de vista constitucional y legal, en la regulación de deberes activos por parte de la administración del Estado, que permitan evidenciar cuándo se está frente una falta de servicio; no precisamente para otorgar ciertos márgenes a la actividad jurisdiccional, sino que especialmente para dotar de herramientas a los órganos de la administración del Estado con competencias ambientales ante la prevención de la contaminación y el resguardo en la protección del medio ambiente. Lo anterior permitirá atribuir responsabilidad Estatal en aquellos casos en donde la Constitución y las Leyes lo establezcan expresamente.

Si bien se observa que durante los últimos 30 años se han adoptado avances significativos en la dictación de leyes para la protección del medio ambiente y la naturaleza, con especial énfasis en la institucionalidad u orgánica ambiental que nos rige; desde la perspectiva del rol que debe asumir el Estado en la protección del medio ambiente se observan deficiencias legales y constitucionales que son críticas y que, en definitiva, constituyen una limitación importante para evitar faltas de servicio.

En particular, se observa la necesidad de disponer de un reconocimiento constitucional sobre deberes activos del Estado en la protección del medio ambiente, con especial énfasis en una mayor intervención regulatoria sobre el uso, goce y disposición de ciertos componentes o bienes que sean de interés público. Sin que esta propuesta implique una alteración de las categorías dispuestas en nuestro Código Civil sobre los bienes de uso público -cuya regulación distingue entre bienes nacionales de uso público, bienes fiscales y bienes comunes a todos los hombres-⁴³,

del derecho de acceso a la justicia que permita mantener la validez de los actos administrativos, ni por restringir las competencias del poder judicial, pues tales restricciones distorsionan el propio sistema recursivo y de promoción de derechos. El mejor ejemplo de esta premisa son las dos grandes restricciones dispuestas en la Ley No19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, para que la ciudadanía pudiera impugnar una Resolución de Calificación Ambiental, consistentes en la preparación previa de la vía administrativa para ejercer la reclamación jurisdiccional, y que esta acción no podía motivarse sino ante la inobservancia de observaciones de la ciudadanía en el marco de la evaluación ambiental de proyectos. Esto condujo a que la jurisprudencia admitiera la posibilidad de extender la invalidación administrativa como vía administrativa preparatoria de un reclamo judicial en contra de actos administrativos ambientales, respecto de aquellas Resoluciones de Calificación Ambiental que no admitían observaciones ciudadanas (como ocurre en ciertos casos de los proyectos que se someten al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental vía Declaración de Impacto Ambiental). En igual sentido, siguiendo a Beatriz Londoño, "En el contexto internacional y del derecho comparado, podemos advertir que en muchísimos países el tema de las acciones populares se ha ido incorporando paulatinamente en las constituciones y en las legislaciones del mundo. Es claro que en Estados Unidos, Canadá, Brasil, Portugal, Francia, más recientemente en Argentina, esta institución es una de las mayores revoluciones procesales de todos los tiempos, ya que ha demostrado ser un medio eficaz en la solución de muchas de las tensiones y conflictos derivados de la industrialización y de la masificación. Las acciones populares en estos países son un elemento aglutinador y de participación democrática en la administración de justicia". Londoño Toro, Beatriz, "Responsabilidad Ambiental Nuevo Paradigma del Derecho para el Siglo XXI", en Estudios Socio-Jurídicos, vol. 1, N°1, (Universidad del Rosario), 1999, pp. 138-139.

43 No se rechaza la posibilidad de regular o discutir constitucionalmente una nueva categorización de rango constitucional sobre los bienes de uso público, que cambie la sistematización ofrecida por el Código Civil. Desde luego, para estos efectos, se requiere de un diagnóstico y discusión sobre las falencias y virtudes de

se destaca la propuesta originalmente diseñada por un grupo de académicos para la reciente Convención Constitucional, conforme la cual, fundados en la doctrina del *public trust*, sostienen que la Constitución chilena actual “no dispone de un deber activo de proteger la naturaleza y velar por la finalidad pública inherente a los bienes naturales que la componen”; ni establece, desde un punto de vista constitucional “qué bienes forman parte del dominio público”⁴⁴; salvo los recursos mineros y las aguas, cuya regulación, a nuestro juicio, se ofrece precisamente para resguardarlos de la intervención estatal⁴⁵. A través de esta propuesta, se ofreció originalmente a la Convención una cláusula constitucional que dispusiera a lo menos:

“(1) establecer un deber por parte del Estado y sus agencias subordinadas de proteger la naturaleza (incluyendo la integridad de los ecosistemas, sean ellos terrestres, marinos o de agua dulce) para la salud y el beneficio de todos los chilenos, incluidas las generaciones futuras, y (2) establecer que cuando sea de interés público permitir la apropiación privada de recursos naturales, el Estado tiene el deber de asegurar que dicho uso privado; no disminuya sustancialmente los derechos públicos y sea en beneficio del interés público.”⁴⁶

una práctica legal que es centenaria, a objeto de ofrecer mejoras desde un punto de vista constitucional. Lo que se rechaza, es precisamente entrometer en los deberes activos del Estado referidos a la protección del medio ambiente, una nueva categorización de los bienes de uso público, en los términos dispuestos en el artículo 134 de la “Propuesta de Nueva Constitución”. Desde la técnica regulatoria, a su vez, se observan ciertas dificultades para promover deberes activos del Estado en la protección del medio ambiente, con la disposición de los bienes de uso público, pues tales deberes trascienden (y requieren trascender) precisamente los bienes públicos, incorporando con inclusive mayor atención, bienes de carácter privado sustentados en la función social de la propiedad; lo que no obsta a declarar que ciertos bienes de uso público, por su condición de tal, requieran ser indisponibles y que su uso esté sujeto al interés prevalente del Estado, bajo disposiciones legales aplicables al efecto y sujeto a la autorización administrativa.

- 44 En particular, la propuesta dispone expresamente que “la doctrina del *public trust* puede describirse como una forma de protección de ciertos elementos de la naturaleza, considerados de “interés público”, mediante el deber activo e irrenunciable del estado (cualquiera sea el órgano) de administrar y/o supervigilar que el uso que de ellos se haga, garantice el beneficio común de la población actual y futura, pudiendo además, limitar las actividades que en ellos se desarrollen, sin derecho a indemnización. A su vez, la doctrina comprende el derecho de los ciudadanos a reclamar su aplicación ante los tribunales.” Bauer, Carl, Blumm, Michael, Delgado, Verónica, Guiloff, Matías, Hervé, Dominique, Jiménez, Guillermo, Marshall, Pablo y McKay, Tomás. *Protección de la Naturaleza y una nueva Constitución para Chile*, Lecciones de la doctrina del *Public Trust*, (The Chile California Conservation Exchange), 2021, p. 19 y ss. Disponible en: https://chile-california.org/wp-content/uploads/2021/05/LECCIONES-DEL-PUBLIC-TRUST_compressed.pdf
- 45 El artículo 19 N°24 de la Constitución Política actual, le otorga al Estado el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas. Sin embargo, otorga el derecho a obtener una concesión, que no es administrada precisamente por el Poder Ejecutivo, sino que debe ser otorgado por resolución judicial, y que le otorga el dominio absoluto sobre este derecho. Además, cualquier término de la Concesión Minera requerido por el Presidente de la República, da derecho a su titular a una indemnización que corresponda. En igual sentido, se establece la propiedad de los derechos de los particulares sobre las aguas.
- 46 Bauer, Carl, Blumm, Michael, Delgado, Verónica, Guiloff, Matías, Hervé, Dominique, Jiménez, Guillermo, Marshall, Pablo y McKay, Tomás. *Protección de la Naturaleza y una nueva Constitución para Chile*, Lecciones de la doctrina del *Public Trust*, (The Chile California Conservation Exchange), 2021, p. 29.

A estos dos deberes activos del Estado, cabe agregar un tercero que está también intrínsecamente planteado en dicha propuesta, cual es establecer una acción judicial expedita para que la ciudadanía reclame la aplicación de esta cláusula constitucional ante los tribunales de justicia. Ello va en sintonía con lo dispuesto precedentemente, en orden a que la solución no debe restringir a la judicatura respecto de cuestiones administrativas, sino que, por el contrario, regular las obligaciones del Estado con la protección del medio ambiente y disponer de las vías judiciales idóneas en caso de incumplirse u omitirse los deberes ya expuestos. Todo ello va en directa sintonía con la aplicación del principio de responsabilidad ambiental, pues permite otorgar un rol preponderante a la actividad Estatal a través de deberes constitucionales de protección ambiental. Ello se traduce en la dictación de leyes que le permitirán a los órganos de la administración del Estado disponer de deberes o potestades expresas, que actualmente no existen y que dicen relación con la protección, conservación e, incluso, la restauración de la naturaleza -con independencia del título o propiedad de quién la detente-, además de una regulación expresa sobre las formas de uso y disposición de aquellos bienes de interés público y estratégico, tales como las aguas, las playas, los recursos minerales, áreas colocadas bajo protección oficial en términos ambientales, entre otros bienes.

4. Perspectivas de la responsabilidad ambiental: Deberes de los regulados y concurrencia de responsabilidad(es)

Como se ha sostenido hasta ahora, una de las premisas esenciales de la responsabilidad ambiental es evitar la ocurrencia de daños o, en su defecto, que existan las garantías necesarias para reparar el daño causado, bajo exigencias previamente definidas por el legislador. Para estos efectos, se exponen a continuación algunas ideas que, a nuestro juicio, la regulación no dispone y que permitirían reducir la ocurrencia de daños ambientales:

4.1 Evaluación ambiental de proyectos en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Frente a la propuesta de extender la responsabilidad ambiental a una faz preventiva, se podría sostener que el diseño institucional cumple dicha finalidad, principalmente a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)⁴⁷.

⁴⁷ Siguiendo a Camila Boettiger, “El mecanismo más conocido y a raíz del cual se ha producido la mayor jurisprudencia en materia ambiental es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), instrumento

En efecto, el SEIA constituye un mecanismo eminentemente *predictivo*, que tiene por objeto evaluar la existencia de impactos ambientales -o justificar su inexistencia- respecto de un proyecto de forma previa a su ejecución, conforme la normativa ambiental vigente⁴⁸. De acuerdo con dicha definición, este Sistema permitiría evitar la existencia de daños, pues requiere de un exhaustivo y robusto procedimiento de evaluación, que obliga a los regulados a establecer un plan de medidas que permitiese evitar impactos y, por tanto, prevenir la existencia de daños ambientales.

Sin embargo, el alcance de la evaluación ambiental de proyectos es distinto al de evitar daños ambientales, precisamente por su diseño institucional, aun cuando el objeto del SEIA sea eminentemente predictivo. En efecto, la mayor limitación en la evaluación ambiental de proyectos es que se requiere de la información que es proporcionada por su titular -bajo sus términos y condiciones, con la salvedad de la información relevante o esencial que pueda requerir dicha autoridad conforme los requerimientos de los Servicios con competencia ambiental⁴⁹-, para efectos de predecir los impactos con la ejecución del proyecto. Con esto no se quiere decir que los antecedentes proporcionados por el titular son necesariamente erróneos o falsos; sino que la información que se proporcione, requiere de un margen de apreciación subjetiva o de interpretación que escapa de la certeza que se requiere para evaluar correctamente los impactos ambientales y los subsecuentes daños, con una mirada preventiva de la responsabilidad ambiental.

de gestión ambiental de carácter preventivo. El SEIA tiene por objeto evaluar los impactos ambientales de un proyecto en un área determinada, verificar que este cumpla con la normativa ambiental, y que se tomen las medidas necesarias para mitigar, compensar o reparar los impactos ambientales del proyecto. Como se puede apreciar, este instrumento es de carácter preventivo; el rol de este sistema en la protección del medio ambiente es previo a la ejecución de una actividad y la idea es anticiparse a los efectos negativos que esta pueda producir en el medio ambiente. Luego viene además la posterior fiscalización del cumplimiento de las normas y medidas impuestas por la autoridad, lo que permite también actuar si alguna variable del medio ambiente no evoluciona como se predijo en la evaluación ambiental en el SEIA. Boettiger, Camila, "Daño Ambiental: Las lecciones del caso 'Embalse Pitama'", en Sentencias Destacadas 2011, (Libertad y Desarrollo), p. 273-274.

48 En este sentido, Bermúdez sostiene que "No puede desconocerse que lo que los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental material realizan es el examen o evaluación del impacto ambiental que se prevé ocasionará un proyecto o actividad. Sin embargo, dicho examen es siempre enfrentando el impacto ambiental con la normativa. Ello querrá decir que habrá una relación directamente proporcional entre el resultado de la evaluación del impacto ambiental y la calidad de la normativa con la que se contrasta el proyecto. En la medida que el ordenamiento jurídico ambiental sea muy permisivo o responda excesivamente a la idea de 'norma de compromiso', la evaluación será débil. Por el contrario, en la medida que aquél sea completo y adecuado al nivel de desarrollo del área donde se pretende aplicar, la evaluación será ambientalmente idónea". Bermúdez, Soto, Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, 2º Edición, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2018, p. 324.

49 Artículo 9 bis de la Ley N°19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente.

Para estos efectos, se requiere de una línea de base objetiva y pública, que permita contrastarla con la información proporcionada en la evaluación ambiental, a fin de obtener una predicción objetiva de impactos que permita contrastarla con la proporcionada por su titular y evitar con ello la existencia de daños ambientales. Esta obligación preventiva para evitar daños ambientales es prácticamente difícil -sino imposible- de cumplir, en consideración a que un levantamiento de línea de base no sólo requiere de una imagen objetiva y temporal de los componentes ambientales, sino que también de sus dinámicas ecosistémicas y los factores de riesgo que se identifiquen, tales como el cambio climático. En consecuencia, aun cuando dicha obligación se disponga en términos legales⁵⁰, a esta fecha no es posible garantizar una mayor objetividad por parte del Servicio de Evaluación Ambiental, por cuanto depende de la información proporcionada en el contexto de la evaluación ambiental para que este emita su pronunciamiento⁵¹. Sin embargo, lo antes expuesto puede ser mitigado desde un punto de vista legal, en caso que se le atribuyan al Servicio de Evaluación Ambiental y los Servicios Públicos que participan de este proceso ciertos deberes de verificación de la información en el área de influencia del proyecto -mas no de fiscalización, que le corresponden exclusivamente a estos últimos y a la Superintendencia del medio Ambiente-, con especial atención de los proyectos ya iniciados y que requieren someterse al SEIA en calidad de modificación de los mismos, lo cual permitirá mitigar la falta de objetividad dispuesta en el párrafo precedente y denunciar a la autoridad competente cuando se determinen obligaciones incumplidas y que fueron comprometidas en el contexto del SEIA.

En este sentido, la propia jurisprudencia se ha encargado de advertir que los daños ambientales pueden acontecer incluso cuando el titular de un proyecto ha cumplido estrictamente las exigencias y obligaciones dispuestas en su evaluación ambiental. Ello ha significado que, aun cuando un titular disponga de una Resolución de Calificación Ambiental, en calidad de acto terminal del procedimiento

50 En este contexto, no es posible obviar que este problema no es regulatorio, sino práctico. El Ministerio del Medio Ambiente dispone, dentro de sus competencias, la función de “Elaborar estudios necesarios y recopilar toda la información disponible para determinar la línea de base ambiental del país, elaborar las cuentas ambientales, y la capacidad de carga de las distintas cuencas ambientales del país”, conforme el artículo 70, literal k) de la Ley N°19.300, de “Bases generales del Medio Ambiente”.

51 La información que se disponga es esencial para que la predicción de impactos sea analizada objetivamente por la autoridad ambiental. En este contexto, bajo una visión preventiva de la responsabilidad ambiental, no parece razonable disponer de un mecanismo de variables ambientales que permitan modificar un proyecto, en los términos dispuestos en el artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente. Lo anterior, obliga a reflexionar respecto de la necesidad de disponer de una periodicidad que, en términos legales, se le requiera a los titulares de proyecto -especialmente de aquellos que declaran impactos-, para efectos de verificar si la predicción observada se correlaciona con el plan de seguimiento comprometido en la evaluación ambiental.

de evaluación ambiental, este puede ser susceptible de una acción de reparación por daño ambiental en su contra⁵².

Otros problemas de diseño institucional en el contexto del SEIA se observan con las tipologías de proyectos⁵³, los cuales no incorporan sectores industriales que pueden generar impactos ambientales o disponen de restricciones sobre la obligación de someter un proyecto a este Sistema, pese a la eventual generación de impactos con su ejecución. Este es el caso de los proyectos agrícolas, los cuales están regulados “sólo en caso que se utilicen organismos genéticamente modificados con fines de producción y en áreas no confinadas” (artículo 3, literal r), del D.S. N°40/2012), aun cuando estos se caracterizan por ser un sector relevante por su extracción de recursos hídricos⁵⁴. En igual sentido, se observa una grave problemática con el desarrollo de parcelaciones con fines inmobiliarios⁵⁵, los cuales, si bien no están regulados desde un punto de vista ambiental, por cuanto existe una prohibición general de desarrollar nuevos núcleos urbanos al margen de la regulación (artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones), actualmente son proyectos que materialmente han sido ejecutados en predios cuyo suelo está destinado para fines agrícolas, forestales y ganaderos, conforme el D.L. N° 3.516 de 1980, que “Establece Normas sobre división de predios rústicos”.

Los aspectos antes referidos son de relevancia, en consideración a que restringen la actividad fiscalizadora y sancionadora de la SMA. Desde luego, esta Superintendencia ha sido creada para fiscalizar el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, entre los cuales se cuenta con el SEIA. En caso de que no se incorporen obligaciones ambientales en los procesos de evaluación o, derechamente no exista una obligación de someter un proyecto o actividad por la falta de una determinada tipología en el contexto del SEIA -pese a sus impactos-, el efecto directo será una condena a dicha Superintendencia para definir su marco de competencias.

52 En este sentido, demanda de reparación por daño ambiental interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado en contra de CODELCO, División Salvador, en la causa Rol D-07-2020, seguida ante el Tribunal Ambiental de Antofagasta. A la demanda interpuesta en sede judicial antecedió la Resolución Exenta N°19/2022, del Servicio de Evaluación Ambiental, Región Atacama, que aprobó el proyecto “Rajo Inca”, que autorizó la continuidad operacional de la referida Faena Minera por 47 años desde su inicio de ejecución.

53 Conforme el artículo 10 de la Ley N°19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, y el artículo 3, del D.S. N°40/2012, que “Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, se establecen las tipologías o hipótesis que determinan cuándo un proyecto o actividad requieren someterse al SEIA.

54 Mesa Nacional del Agua (2020). Primer Informe, Mesa Nacional del Agua, p 13.

55 Los proyectos inmobiliarios sólo se encuentran regulados en zonas no comprendidas en alguno de los instrumentos de planificación territorial evaluados estratégicamente (literal g), artículo 3, D.S. N°40/2012), además de aquellos emplazados en áreas declaradas latentes o saturadas, bajo ciertos márgenes de apreciación objetiva (literal h), artículo 3, D.S. N°40/2012).

En consecuencia, considerando las implicancias y efectos del SEIA en nuestro país, se requiere de un proceso robusto, que considere las observaciones de los Servicios Públicos con competencia en la materia e incorpore un plan de medidas que aborde preventivamente los impactos, con la misión de prevenir los daños ambientales; además de un mecanismo que permita actualizar fácilmente las tipologías de proyectos, para efectos de que no se vean restringidas las funciones fiscalizadoras y sancionatorias de la SMA.

4.2 Prevención general y concurrencia de responsabilidades en materia ambiental

Se destaca en esta materia la propuesta efectuada por la Convención Constituyente, conforme la cual, en su artículo 128, inciso final, dispuso que: “Quien dañe el medioambiente tiene el deber de repararlo, sin perjuicio de las sanciones administrativas, penales y civiles que correspondan conforme a la Constitución y las leyes”. A nivel comparado, distintos ordenamientos jurídicos disponen de esta redacción en instrumentos de rango legal y constitucional, para destacar la necesidad de instaurar los estatutos de responsabilidad que prevengan la presencia daños ambientales. En este sentido, se destaca la Constitución Española, conforme la cual, en su artículo 45 inciso final, dispone que “Para 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”⁵⁶.

Un primer escollo que viene a resolver una disposición constitucional de esta naturaleza consiste en la aplicación del principio *non bis in idem*⁵⁷, al menos respecto de la discusión sobre la aplicación de penas y sanciones administrativas⁵⁸.

⁵⁶ De este modo, Jordano Fraga, en referencia a la norma antes citada, sostiene que: “La posible concurrencia sanción penal/resarcimiento de daños, o sanción administrativa/resarcimiento de daños, aparece plenamente justificada por la propia Constitución (el artículo 45.3 de la CE). Por otro lado, esta compatibilidad sanción/resarcimiento es plenamente normal en nuestro ordenamiento penal y fundamento desde los primeros tiempos de nuestro sistema jurídico (la obligación de reparar el daño causado como expresión del deber *non alterum laedere*)”. Jordano Fraga, Jesús, “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, en Derecho del Medio Ambiente y Administración Local, (Fundación Democracia y Gobierno Local), 2004, p. 433. En similar sentido, la Constitución de Ecuador señala en su artículo 396, inc. 2, que: “La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.”

⁵⁷ Básicamente a través de este principio, no regulado por nuestro ordenamiento jurídico, pero sí ampliamente reconocido, que por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos se aplique una doble sanción punitiva. Si bien este principio fue originalmente planteado en sede penal, se ha extendido a la responsabilidad administrativa bajo la aplicación de los principios inspiradores en sede penal, en razón de que se trataría de un mismo *ius puniendi* Estatal.

⁵⁸ Se descarta desde ya un conflicto de esta naturaleza entre la responsabilidad por daño ambiental o la de

A nuestro juicio esta discusión es más bien aparente en sede ambiental -tanto desde una perspectiva legal como material-, considerando que difícilmente se reconoce en distintos cuerpos normativos los elementos que permiten admitir la procedencia de este principio frente a la aplicación de los referidos estatutos de responsabilidad⁵⁹. A su vez, su aplicación práctica requiere del pronunciamiento jurisdiccional, quienes deben ponderar en un caso en concreto si se está frente a iguales hechos y fundamentos jurídicos o bienes tutelados, sin que exista un proceso o herramienta legal que establezca “las circunstancias de operatividad del principio”⁶⁰. Todo ello, ha limitado su ocurrencia a la aplicación de distintos estatutos de responsabilidad administrativa, sin que a esta fecha se observe una superposición de sanciones bajo esta hipótesis.

En este sentido, el efecto más importante que reviste, a nuestro juicio, la consagración constitucional de esta norma, es precisamente al impulso que debe instaurarse en sede penal y administrativa, para prevenir la ocurrencia de daños ambientales. Conforme ello, cabe interpretar el adverbio “sin perjuicio” indicado en ese inciso, como aquel que permite determinar que la responsabilidad por daño ambiental no puede afectar la concurrencia de estas otras sanciones de orden administrativo, penal o indemnizatorio.

Para que esto ocurra, necesariamente debemos acudir a un sistema de responsabilidad penal y administrativo que cumpla una finalidad eminentemente preventiva, en orden a evitar la existencia de daños ambientales. Ello implica, al menos, que en sede administrativa exista la facultad de disponer sin autorización judicial previa -sino que exclusivamente *a posteriori*-, la procedencia de medidas cautelares, aun cuando no se evidencie a primera vista la existencia de una infracción administrativa o de un inminente daño al medio ambiente⁶¹. A su vez,

carácter indemnizatoria con los otros estatutos de responsabilidad, en consideración a que los primeros disponen de una finalidad diversa que la estrictamente represiva. En este sentido, los Dictámenes N°34.964, de 2004, N°24.389, de 2014, N°72.783, de 2015, todos de Contraloría General de la República. Sí cabe tener presente la regla expresa que dispone el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, conforme la cual se establece que “En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”, debiendo prevalecer la de mayor gravedad. No obstante, esta hipótesis supone la aplicación de distintas sanciones administrativas, lo cual escapa de la hipótesis propuesta en este artículo, en donde se plantea la aplicación de distintos estatutos de responsabilidad (civil, penal, administrativo y de daño ambiental).

59 La procedencia de este principio requiere de una identidad objetiva o fáctica y una misma fundamentación punitiva respecto del bien jurídico que se pretende proteger.

60 Gómez González, Rosa, “El Non Bis in Ídem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2017, p. 135.

61 Tras una revisión de las más de 100 sentencias en materia de solicitudes efectuadas por la Superintendencia del Medio Ambiente, se observa que el rechazo de estas asciende a un 11%. Sin perjuicio de ello, y si bien

la finalidad de estas medidas no puede exigir un alto estándar probatorio, en el sentido de incorporar el deber de acreditar un daño inminente al medio ambiente, pues estas medidas cumplen una finalidad preventiva, de mitigar o recomponer los daños que se pudieren estar ocasionando⁶². En la actualidad, la Ley N°20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente dispone de facultades para adoptar medidas cautelares o urgentes y transitorias; sin embargo, las de mayor intensidad requieren ser autorizadas por el Tribunal Ambiental competente, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 48, inciso final, además de acreditar la inminencia de daño para que sean autorizadas en sede judicial.

Sin ser exhaustivos, en materia penal nuestro sistema de responsabilidad ambiental vigente es disperso, inorgánico, de escasa y difícil aplicación práctica y de bajos incentivos desde un punto de vista de las sanciones, sin que ello implique un efecto disuasivo suficiente para que los agentes busquen mecanismos de prevención de estos delitos⁶³. Por ello, se requiere al menos de un solo estatuto de

en la generalidad de los casos se conceden dentro de 7 a 10 días corridos, se destaca que en algunos casos se ha extendido a un período inclusive superior a los 20 días (por ej. Primer Tribunal Ambiental, S-5-2018; Tercer Tribunal Ambiental, sentencias roles S-15-2022, S-4-2022, S-1-2022), ya sea por cuestiones de orden procesal o simple retardo en la dictación de estas sentencias. Si a esto se suma el tiempo que se requiere para preparar las solicitudes desde un punto de vista probatorio, a fin de acreditar el daño inminente al medio ambiente, se observa que la limitación legal impuesta provoca una verdadera traba procesal que impide una gestión expedita de medidas cautelares de orden administrativo.

62 En igual sentido, el artículo 8, numeral 3, literal d) del Acuerdo de Escazú, dispone que “para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: [...] d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente”.

63 En esta línea, Matus sostiene que “Como resulta evidente de la presentación de las diversas mociones parlamentarias surgidas en la materia, no existe en Chile una protección penal sistemática y enfocada precisamente a la protección del medio ambiente en sí, como no existía en la mayor parte de las legislaciones del siglo pasado, básicamente porque al consolidarse la codificación decimonónica, no había una preocupación por el medio ambiente como tal como hemos visto hoy en día. En ese sentido, nuestra legislación se encuentra en un estadio de desarrollo del derecho penal ambiental que podríamos denominar de “prescindencia”, en que (como también sucede en otras naciones amigas, como la Argentina), la regulación penal de hechos que podrían considerarse como de contaminación o peligro de contaminación o daño ambiental, ha de buscarse en disposiciones del Código penal y de leyes especiales, que no han sido establecidas directa e independientemente con ese propósito, sino con el de proteger otros bienes que, al momento de la codificación o al de dictarse las diversas leyes especiales, se consideraron como dignos de una protección penal, atendiendo a la protección penal de intereses generales (como sucede con algunos delitos contra la salud pública) o específicos en algunos casos (como en muchas leyes especiales). [...] En resumen, a pesar de la no despreciable cantidad de las normas penales reseñadas (y de la relativa importancia de cada una de ellas), su carácter asistemático y de indirecta relación con el medio ambiente y sus componentes, deriva a la postre en su insuficiencia para proteger adecuadamente dichos intereses, como veremos a continuación.” Matus Acuña, Jean Pierre; Orellana Cruz, Marcos; Castillo Sánchez, Marcelo y Ramírez Guzmán, Cecilia, “Análisis dogmático del derecho penal ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del derecho internacional: conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile”, en *Ius Et Praxis*, vol.9, n.2, (Universidad de Talca), 2003, pp.11-57. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000200002&lng=es&nrm=iso.

responsabilidad de carácter culposo⁶⁴, que sancione penalmente actos de mera actividad, cuyo móvil sea la protección de los distintos componentes medioambientales que pueden verse dañados⁶⁵, que sea coherente con la institucionalidad ambiental creada al efecto y con los demás estatutos de responsabilidad y que, en definitiva, permita determinar -en todos los casos- la responsabilidad penal de las personas jurídicas, además de un modelo de prevención de delitos ambientales, en los términos dispuestos en los artículos 4 de la Ley N°20.393, que “Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos que indica”.⁶⁶ Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad penal de las autoridades administrativas que tengan participación de algún hecho punible en la tramitación de autorizaciones ambientales o ante el deber general de fiscalización en la materia⁶⁷.

Todo lo anterior, le otorgará a la administración herramientas legales necesarias para evitar una falta de servicio, especialmente aquellas de orden penal, que permitan la intervención del Ministerio Público y de las policías, en la persecución

64 Actualmente sólo se observa en calidad de delito culposo en materia ambiental, el previsto en el artículo 136, inciso final, de la Ley General de Pesca y Acuicultura, conforme el cual “El que por imprudencia o mera negligencia ejecutare las conductas descritas en el inciso anterior será sancionado con presidio menor en su grado mínimo y multa de 50 a 5.000 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes”.

65 Conforme la normativa vigente, los delitos más destacados están relacionados con la destinación de contaminantes a cuerpos de agua continental con daño a recursos hidrobiológicos (artículo 136 Ley General de Pesca y Acuicultura), patrimonio cultural (artículo 38 de la Ley N°17.288), daño a la salud animal o vegetal tras la propagación de agentes contaminantes (artículo 291 Código Penal), ciertos y muy particulares delitos forestales con sanciones de multa, manejo de residuos peligrosos (artículo 44 de la Ley N°20.920), entre otros. Sin embargo, no se identifican delitos por la ocurrencia de daños ambientales, ni específicamente respecto de la afectación de los componentes suelo, aire con afectación a la salud humana, manejo de sustancias peligrosas (sólo se dispone uno específico de residuos peligrosos, ya referido), entre otros.

66 En línea con estas exigencias se encuentra en actual discusión legislativa, desde el mes de enero del año 2021, el proyecto de ley sobre delitos económicos (Boletín 13.205-07), actualmente en Segundo Trámite Constitucional del Senado. Siguiendo a Bascuñán Rodríguez, “el proyecto hace suya la regulación del Anteproyecto de Código Penal de 2018 y la introduce en el Código Penal, como sus nuevos arts. 305 a 311, agrupados en un nuevo párrafo 13 del Título VI. Los aspectos más audaces de esta propuesta son la criminalización (a) de infracciones administrativas, aunque señalándoles sólo pena de multa en los casos menos grave, y (b) de la comisión imprudente. Además, el proyecto define los casos calificados por afectación grave de los componentes medioambientales”. A ello, cabe agregar el avance desde una perspectiva ambiental al expandir el ámbito de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bascuñán Rodríguez, Antonio, “Comentario al Proyecto de Ley sobre delitos económicos (Boletín N°13.205-07)”, en Revista de Ciencias Penales, Vol. XLVII, (Instituto de Ciencias Penales), 2020, p. 448. Disponible en: <http://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2020/12/Revista-CP-Primer-Semestre-2020-correcta-443-460.pdf>

67 En esta categoría se destacan los delitos de corrupción, tales como negociación incompatible, cohecho y soborno, entre otros delitos asociados a la función administrativa. De igual manera, Sergio Muñoz ha dispuesto que: “La corrupción es una amenaza para la gobernanza, el desarrollo sostenible, los procesos democráticos y las prácticas corporativas justas. De esta forma, las empresas deben asegurar el cumplimiento de las leyes nacionales e internacionales, y no tolerarán en ninguna forma la corrupción, el soborno o la extorsión”. Poder Judicial de la República de Chile, Organización de Estados Americanos y Cumbre Judicial Iberoamericana, “Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable”, impreso en Santiago de Chile, 2008, p.169. Disponible en: http://www.cumbrejudicial.org/images/stories/Principios_Jur%C3%ADdicos_Medioambientales_para_un_Desarrollo_Ecol%C3%B3gicamente_Sustentable.pdf

de hechos que pueden ser constitutivos de delito y que escapan -por su magnitud- de las potestades que se encuentran centradas en los Servicios Públicos en sede administrativa. Ello, a su vez, permitirá reducir sustantivamente los casos de responsabilidad por daño ambiental, en tanto cumplirán tales disposiciones una finalidad de prevención general, en el sentido de advertir el cumplimiento normativo para resguardar el buen funcionamiento del sistema institucional, la confianza de la ciudadanía en su actuar y la protección efectiva del medio ambiente⁶⁸.

4.3 Responsabilidad objetiva y otros aspectos ante la concurrencia de daños ambientales

Se observa con especial preocupación el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional chileno en el análisis de inaplicabilidad de presunciones en materia de responsabilidad por daño ambiental, dispuesto en la Sentencia de fecha 31 de marzo de 2022, en la causa Rol INA-10109-2021, conforme la cual se declaró inaplicable el artículo 118 quáter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, respecto de la gestión pendiente en la causa Rol D-5-2020, seguida ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia. En dicha sentencia, el Tribunal en su voto de mayoría⁶⁹ yerra no sólo en motivar su decisión en base a que estaríamos frente a una presunción de derecho, cuando en realidad dicha norma sólo establece una presunción simplemente legal sobre la ocurrencia de daño -lo que tiene por efecto exclusivamente que se revierta la carga de la prueba sobre este elemento de la responsabilidad-; sino además porque una presunción de tal naturaleza, no puede

68 En este sentido, cabe referirse más bien a prevención general positiva, conforme la cual - al igual que la prevención general negativa-, “postula la búsqueda de la prevención del delito, por sobre su mera retribución, pero se diferencian en el fin que le otorgan al castigo penal. Ello, porque para la prevención general negativa, por medio del carácter disuasorio de la conminación penal y de la consiguiente aplicación de la sanción al culpable, se evita la legitimación del delito y se alienta la aversión, que se supone normal y espontánea, contra el injusto, contribuyendo con ello, además, a poner coto a la predisposición delictiva latente en la colectividad. A diferencia de ello, en la prevención general positiva la pena tiene por objeto la afirmación y el aseguramiento de las normas básicas, de los valores fundamentales que estas protegen, subrayar su importancia y la seriedad de su protección por el mandato normativo, educar al grupo social para que los acate y los asuma como propios. Es en este último sentido como mejor se explica la consecución del aspecto positivo de la prevención general de la pena, es decir, poniendo de relieve aquellos novedosos aspectos socioculturales preventivos y garantistas que van más allá del tradicional uso represivo, reactivo e intimidatorio de la pena, mediante su ejecución ejemplarizadora o de su uso disuasorio. Esto es, resaltar que la pena afirma la vigencia del Derecho como mecanismo regulador de conductas —y lo restablece en su calidad de tal—, que actúa como instrumento de conformación de la conciencia jurídica colectiva, y que su aplicación restablece la confianza y la fidelidad del ciudadano en la norma jurídica”. Duran Migliardi, Mario, “La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función”, en *Rev. derecho (Valdivia)*, vol.29, n.1, (Universidad Austral de Chile), 2016, p. 279.

69 Tribunal Constitucional, Sentencia de fecha 31 de marzo de 2022, en la causa Rol INA-10109-2021. El voto de mayoría estuvo compuesto por los ministros Iván Aróstica Maldonado (redactor del voto de mayoría), María Luisa Brahm Barril, Cristián Letelier Aguilar, José Ignacio Vásquez Márquez, Miguel Ángel Fernández González; mientras que en el voto de minoría suscribieron los ministros Rodrigo Pica Flores (redactor del voto de minoría), Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán y María Pía Silva Gallinato.

afectar el ejercicio del derecho a un debido proceso legal, justo y racional, en los términos dispuestos en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política actual.

En este sentido, destacamos la posición minoritaria de este fallo que, en su considerando vigésimo cuarto, sostiene que “las causas de estas materias no deben ser vistas exclusivamente en la perspectiva de libertad de empresa ni de debido proceso, sino que también en perspectiva ambiental, en clave de sustentabilidad, explotación racional y cumplimiento de obligaciones de derecho internacional del mar, al amparo de la protección constitucional del medio ambiente, por la vía de regular la extracción sustentable de recursos”. Rechazando la tesis propuesta anteriormente, este voto de minoría deja en claro que “A fortiori [...] no son inconstitucionales las presunciones legales, es decir, las presunciones que admiten prueba en contrario, pues la Constitución sólo prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. [...] De igual forma, el derecho a la fundamentación de la sentencia, en cuanto a los hechos y al derecho, combinada con el derecho a la presunción de inocencia, hacen que no sea posible condenar teniendo como único elemento de cargo a una presunción, cuestión que descarta que la presunción sea una inversión de la carga de la prueba”⁷⁰

Hacemos mención expresa de este último razonamiento de minoría, que va en sintonía con lo declarado en sede judicial por los Tribunales Ambientales, en orden a que las presunciones no son contrarias a la garantía constitucional de un debido proceso. En efecto, el Tribunal Ambiental de Santiago, inclusive ha hecho extensiva la presunción de culpa dispuesta en el artículo 52 de la Ley N°19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, a una presunción sobre la causalidad como elemento de la responsabilidad por daño ambiental, considerando que “si la norma infringida pretende proteger, preservar o conservar el medio ambiente, y se producen los efectos que dicha normativa ha querido evitar”, parece razonable que “se presuma legalmente que el infractor es el causante de ese daño”, considerando especialmente las dificultades probatorias en materia de daño ambiental⁷¹.

Todo lo anterior, encuentra respaldo en la necesidad de instaurar un régimen de responsabilidad que requiera de manera efectiva y expedita la reparación ante

70 Tribunal Constitucional, Sentencia de fecha 31 de marzo de 2022, en la causa Rol INA-10109-2021. C. 24.

71 De esta forma, este tribunal agrega que “un fundamento similar al señalado, es el que explica en derecho comparado los casos de presunción legal del nexo causal, en virtud de lo que se ha denominado ‘idoneidad del daño causado’. Este ha sido, por ejemplo, el criterio que fundamenta la presunción legal contenida en la Ley Alemana de responsabilidad ambiental y en el artículo 3.1., párrafo segundo, de la Ley de Responsabilidad Medio Ambiental Española”. Tribunal Ambiental de Santiago, Sentencia de fecha 24 de agosto de 2016, causa Rol D-14-2014, C. 150- 151.

la ocurrencia de daños ambientales⁷². En efecto, es reconocido que una de las principales problemáticas a la hora de obtener una sentencia favorable en sede ambiental es precisamente las dificultades que enfrentan los demandantes en el término probatorio, tanto respecto de la capacidad técnica que se requiere para estos efectos, como también considerando que la información se genera y dispone principalmente por los titulares de proyectos. En este sentido, la OCDE ha dispuesto que el régimen jurídico chileno:

“[d]ifiere de la práctica dominante en los países de la OCDE, donde la responsabilidad por daño ambiental es estricta, es decir, que en la mayoría de los casos no requiere pruebas que demuestren la conducta ilícita o la negligencia de la parte responsable, sino que se ajusta a las disposiciones de la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la aplicación del principio “el que contamina paga” en caso de contaminación accidental, en virtud del cual quien haya sido responsable del accidente deberá sufragar los costos en que se deba incurrir para reparar el daño causado.”⁷³

Es relevante destacar el cambio de paradigma que ello supone -desde “no hay responsabilidad sin culpa”, a “no hay responsabilidad sin daño”-, en la medida que debería bastar la constatación de la ocurrencia de daño para que se declare una sentencia condenatoria en materia de daño ambiental. Lo expuesto se funda principalmente en base a que la responsabilidad por daño ambiental no cumple una finalidad sancionatoria, sino más bien reparatoria y, por tanto, su motivación se sostiene por elementos objetivos (mas no subjetivos), tales como el deber general de protección del medio ambiente, seguridad y certeza jurídica, gobernanza y confiabilidad en el sistema de prevención y protección del medio ambiente, entre otros.

72 Esta premisa también nos invita a reflexionar respecto de las limitaciones procesales impuestas en nuestro ordenamiento jurídico para la procedencia de la acción. Desde un punto de vista procesal, cabe discutir respecto del interés que se debe acreditar en juicio para velar ante aspectos que son de interés público, tal como el resguardo y protección del medio ambiente y la naturaleza. En igual sentido, pero desde una perspectiva sustantiva, es relevante evaluar la necesidad de incorporar el carácter “significativo” del daño ambiental para la procedencia de la acción por daño ambiental. Respecto a esto último, se destaca una mayor laxitud en sede jurisprudencial, para efectos de preservar el resultado de la acción. En este sentido, Corte Suprema, Sentencia de fecha 19 de abril de 2004, Rol N° 1.911-2004, caratulada “Fisco de Chile con Sociedad Química y Minera de Chile”, conforme la cual no se requiere acreditar la significancia para la constatar la existencia del daño ambiental.

73 OCDE, “Evaluación del desempeño ambiental Chile 2016”, p. 123. En igual sentido, el artículo 8, numeral 3, letra e), del Acuerdo de Escazú, sostiene que “Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: [...] e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba”. A mayor abundamiento, se destaca la aplicación de la responsabilidad objetiva en tres países con sistema de responsabilidad ambiental independientes y autónomos: Alemania, Estados Unidos y Canadá. Para estos efectos, se sugiere el análisis propuesto por Londoño Toro, Beatriz, “Responsabilidad Ambiental Nuevo Paradigma del Derecho para el Siglo XXI”, en Estudios Socio-jurídicos, vol. 1, N°1, (Universidad del Rosario), 1999, p. 142 y ss.

En consecuencia, parece primordial para disponer de un régimen objetivo de responsabilidad por daño ambiental, para efectos de concretar una práctica judicial de presunciones sobre esta materia, además de garantizar los principios de responsabilidad ambiental, el principio preventivo y de acceso a la justicia ambiental.

4.4 Seguros y Garantía financiera como herramienta para garantizar ex ante la reparación integral de los daños ocasionados

Para finalizar, basta con soslayar la necesidad de instaurar un mecanismo de seguros y/o garantías financieras respecto de actividades riesgosas y que generan impactos ambientales, a título indemnizatorio y/o para efectos de que nuestro ordenamiento jurídico permita garantizar la reparación integral de los daños, ante eventos de insolvencia y quiebra, disolución de la persona jurídica o, derechamente, desidia de los administrados para reparar la ocurrencia de los daños e impactos ambientales ocasionados. En este sentido, se destaca lo dispuesto en el Acuerdo de Escazú, conforme el cual, en su artículo 8, numeral 3, literal g), dispone que “Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: [...] mecanismos de reparación, según corresponda, tales como [...] los instrumentos financieros para apoyar la reparación”⁷⁴.

Excepcionalmente nuestra regulación establece herramientas financieras que permiten garantizar la reparación efectiva ante la ocurrencia de daños ambientales. Este es el caso de derrames de cualquier clase de materias o desechos en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, mediante el cual el Decreto Ley N°2.222, de Navegación, dispone de una garantía financiera, a objeto de respaldar el pago a título de indemnización de perjuicios ocasionados, sin perjuicio de la limpieza y reparación del daño. En un sentido similar, ante la existencia de pasivos ambientales mineros, se dictó la Ley N°20.551, de Cierre de Faenas e Instalaciones

74 En igual sentido, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, dispone expresamente en su artículo 14.1. que: “Los Estados miembros adoptarán medidas para fomentar el desarrollo, por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes, de mercados e instrumentos de garantía financiera, incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia, con el fin de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades en virtud de la presente Directiva”. A mayor abundamiento, Londoño Toro, Beatriz, Londoño Toro, Beatriz, “Responsabilidad Ambiental Nuevo Paradigma del Derecho para el Siglo XXI”, en Estudios Socio-Jurídicos, vol. 1, N°1, (Universidad del Rosario), 1999, p. 142 y ss. Así también, Astorga Jorquera, quien, asociándolo a una crítica del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sostiene que no existen “instrumentos de garantía, tales como seguros, fianzas y otros instrumentos financieros, que permitan asegurar las condiciones de la RCA”. Astorga Jorquera, Eduardo, Derecho Ambiental Chileno, 5° edición, (Thomson Reuters), 2017, p. 385.

Mineras, que estableció la obligación de que este tipo de industrias dispusiera de un plan de cierre que estuviese sujeto a una garantía financiera en caso de incumplirse o declararse su abandono.

Conforme lo anterior, se requiere incorporar instrumentos financieros que permitan garantizar la reparación efectiva del medio ambiente, o al menos su arista indemnizatoria, en consideración a que es la única forma de resguardar ex ante la ocurrencia de daños, que estos serán reparados o indemnizados.

5. Conclusiones

La eventual incorporación del principio de responsabilidad ambiental en calidad de norma constitucional revela las deficiencias regulatorias que hoy dispone nuestro ordenamiento jurídico para evitar la ocurrencia de daños ambientales o, en su defecto, para garantizar su total reparación.

La falta de herramientas e instrumentos regulatorios, a nuestro juicio, han derivado en una imputación de falta de servicio respecto de la administración del Estado, ante la creación jurisprudencial de un deber general de protección del medio ambiente. En otros términos, pese a que los Servicios Públicos no disponen de potestades asociadas a la protección, preservación y restauración del medio ambiente, se les ha la obligación de fiscalizar y sancionar, disponer de las normas de rango reglamentario o, inclusive, se les ha exigido una cierta obligación reparatoria del medio ambiente, pese a que los causantes directos de tales daños son los regulados.

En consecuencia, conforme lo propuesto en el presente artículo, se propone que la nueva Constitución Política que nos rija, le otorgue ciertas potestades y exigencias activas a la administración del Estado, para efectos de que les sea expresamente permitido a los Servicios Públicos con competencia ambiental la protección, preservación e, inclusive la restauración de la naturaleza, además de la regulación expresa de los bienes comunes que esta confiere (por ejemplo, recursos mineros, suelo, aguas, entre otros). Adicionalmente, se propone establecer una acción judicial expedita para que la ciudadanía reclame la aplicación de esta cláusula constitucional ante los tribunales de justicia.

Desde el punto de vista de los regulados, se requieren exigencias expresas desde la perspectiva constitucional y legal. Para tales efectos, resulta primordial revisar la operatividad de las principales instituciones en materia ambiental, como es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, además de promover los distintos estatutos de responsabilidad ambiental en materia civil, administrativo y penal.

A su vez, se observa la necesidad de introducir mejoras que permitan que las demandas de reparación por daño ambiental constituyan una vía expedita y eficaz para la protección y restauración del medio ambiente. Finalmente, se propone la incorporación de garantías financieras que permitan ofrecer una herramienta de reparación efectiva de forma previa a la ocurrencia de daños ambientales.

Todo lo anterior, como se sostuvo al comienzo de esta presentación, se sostiene bajo una mirada preventiva del principio de responsabilidad ambiental, conforme el cual se requiere de los instrumentos y herramientas legales para poner el énfasis en el deber general de evitar daños ambientales, más allá de concentrar los esfuerzos en repararlos.