

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN
FACULTAD DE INGENIERÍA - FACULTAD DE CIENCIAS
MAGÍSTER EN MEDIO AMBIENTE**



**LA ADOPCIÓN DEL CONCEPTO DE RIESGO AMBIENTAL EN LA JURISDICCIÓN
CHILENA.**

PAULA ANDREA VILLEGAS HERNÁNDEZ

**PROYECTO DE HABILITACIÓN DE GRADO (MCA 0400)
MAGÍSTER EN MEDIO AMBIENTE**

Profesor Guía	: FELIPE SABANDO DEL CASTILLO
Profesor Informante Interno	: CATTERINA SOBENES VENNEKOOL
Profesor Informante Externo	: BOLIVAR RUÍZ ADAROS

Concepción, 09 de agosto de 2019

CALIFICACIONES

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer a todos aquellos que de una u otra forma hicieron posible la realización de este proyecto de habilitación de grado, especialmente a mi profesor guía Sr. Felipe Sabando Del Castillo, por su valiosa cooperación y apoyo en la realización de este trabajo, y sin dejar de lado el reconocimiento a mis profesores informantes quienes han tenido la gentileza de compartir su tiempo y conocimiento conmigo.

Pero en mi seno más íntimo, el presente trabajo va dedicado a lo más importante que tengo en mi vida: mi familia y especialmente mi marido e hijos, quienes con su apoyo e incondicional comprensión han logrado que pueda cumplir este nuevo desafío académico.

RESUMEN

Chile ha experimentado cambios trascendentales en materia ambiental durante las últimas décadas, motivado por la necesidad de adecuar la legislación nacional a los estándares internacionales producto del fenómeno de contaminación que afecta al ambiente a nivel global.

Y es así, como en este entendido, fue modificándose progresivamente la institucionalidad ambiental chilena, vivimos la transición de observar como el derecho ambiental cobra cada vez más auge en nuestro país, existiendo incluso un consenso en la conciencia de las personas que debe impartirse un respeto y protección al medio ambiente.

Si bien, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación constituye una garantía personal inserta en nuestra Constitución Política de la República desde 1980, recién en los últimos años el legislador ha realizado esfuerzos considerativos para generar los instrumentos en el plano formal y sustantivos que permitan que tal garantía fundamental se cumpla. Así, hemos sido testigos de la creación del Servicio de Evaluación Ambiental, en el año 2010, organismo que reemplazó a la otrora CONAMA y COREMA creándose además la Superintendencia del Medio Ambiente y los Tribunales Ambientales.

Sin embargo, en ocasiones, las autoridades administrativas como judiciales al momento de tomar decisiones con componentes ambientales encuentran vacíos legales que impiden la adopción de medidas más eficaces.

Pues, precisamente pareciera ser que el concepto de riesgo ambiental se encuentra en la categoría mencionada anteriormente, ya que, si bien es un término ampliamente utilizado a nivel doctrinario, administrativo como judicial, se evidencia un escaso tratamiento legislativo del mismo.

Así, el objetivo general del presente trabajo fue analizar el concepto de riesgo ambiental en la jurisdicción chilena, desde un punto de vista doctrinario y jurisprudencial con la finalidad de contribuir, al término del mismo, en la elaboración de un concepto más completo de riesgo ambiental, acogiendo lo existente, pero que en definitiva conjugue el aspecto técnico ya reflejado en la Ley 20.551 con el omitido aspecto jurídico en el plano legislativo nacional.

Para ello se realizó una búsqueda y análisis a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial, lo cual se tradujo en recopilación y estudio de la legislación vigente en materia ambiental, revisión de opiniones de autores, entrevistas y análisis de sentencias emanadas de los Tribunales Ambientales chilenos y de la Excelentísima Corte Suprema.

Desde el estudio se encontró la efectividad de los vacíos legales en torno al concepto de daño ambiental, pese a su amplia utilización en sede administrativa como judicial, siendo un tema de interés a nivel nacional e internacional, por lo que es posible contribuir, al menos doctrinariamente a crear un concepto que conjugue el aspecto técnico con el jurídico.

ABSTRACT

Our country has experienced momentous changes in the environmental field over the past decades, motivated by the will to adapt national legislation to international standards as a consequence of the global phenomenon of contamination that affects the entire planet.

And it is thus, as in this understanding, that the Chilean environmental institutionality was modified. We are living the transition of observing how environmental law is increasingly booming in our country; there is even consensus in the conscience of people regarding the respect and protection that should be given to the environment.

Although, the right to live in a pollution-free environment constitutes a personal guarantee inserted in our Political Constitution of the Republic since 1980, the legislator has recently made considerable efforts to have the instruments at the formal and substantive levels to achieve such fundamental guarantee. Thus, we have witnessed the creation of the Environmental Assessment Service, an organization that replaced the former CONAMA and COREMA, and launching the Superintendency of the Environment and the Environmental Courts.

Even though, on occasions, our administrative or jurisdictional authorities at the time of taking decisions with environmental components are facing legal voids that impede the adoption of more effective measures.

Therefore it just seems to be that the concept of environmental risk is in the category mentioned above, since it is a term widely used at the doctrinal level, how judicial administrative evidence is scarce treatment legislation of the same.

Thus, the overall objective of the present work will be analyzing the concept of environmental risk in the Chilean jurisdiction, from a doctrinal and jurisprudential perspective in order to contribute to the end of it, in the elaboration of a broader concept of environmental risk, welcoming what has been developed, but which ultimately combines the technical aspects that are already reflected in the law 20.551¹, with omitted legal appearance at the national legislative level.

For this purpose, a search and analysis at the legislative, doctrinal and jurisprudential level was carried out, which resulted in the compilation and study of current environmental legislation, review of authors' opinions, interviews and analysis of sentences issued by the Chilean Environmental Courts and the Supreme Court.

Since the study, it was found the effectiveness of legal gaps around the concept of environmental damage, despite its wide use at the administrative and judicial level, being a matter of national and international interest, so it is possible to contribute, at least doctrinally, to create a concept that combines the technical and legal aspects.

INDICE DE CONTENIDOS

CALIFICACIONES.....	1
AGRADECIMIENTOS	2
1.- INTRODUCCIÓN	6
2. - OBJETIVOS	8
2.1. OBJETIVO GENERAL.....	8
2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS	8
3.- ESTADO DEL ARTE	9
3.1. ANÁLISIS LEGISLATIVO.....	11
3.2. ANÁLISIS DOCTRINARIO.....	16
3.2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	23
4.- COROLARIO DE DISCUSION	43
5.- ALCANCE Y METODOLOGÍA.....	44
6. CONCLUSIONES.....	45
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47
7.1. SENTENCIAS REVISADAS.....	49

1.- INTRODUCCIÓN

La adopción del concepto de riesgo ambiental a analizar en el presente proyecto, se realiza desde la perspectiva de la jurisdicción chilena, concebida esta última, siguiendo al profesor Mario Mosquera Ruiz, como aquella función jurisdiccional, es decir el “poder-deber” del Estado Chileno, que emana de su soberanía para dirimir los conflictos que se susciten al interior del territorio nacional tanto entre particulares, como entre éstos y el propio Estado, a través de los organismos adecuados, sean en el plano administrativo o judicial, todo ello con la finalidad de proteger el orden jurídico imperante.

Etimológicamente, es un término proveniente del italiano “risico o rischio”, idioma que, a su vez, lo adoptó de una palabra del árabe clásico “rizq”, que podría traducirse como “lo que depara la providencia”.

Como primer acercamiento al concepto de riesgo, es dable referirse a situaciones en las que no se puede calcular con exactitud la probabilidad de que se produzca un resultado esperado o en las que ni siquiera es predecible el posible curso de los acontecimientos o sus consecuencias. Esto, que a primeras luces pudiera ser fácil de comprender, desgraciadamente no ha sido aún recogido por nuestra legislación ambiental de manera expresa, lo cual genera una ambigüedad en torno al riesgo ambiental, pues pareciera existir una dicotomía entre el concepto técnico y el jurídico.

Por ello, este trabajo surge a partir de la falta de una definición legal del riesgo ambiental que permita su interpretación y aplicación jurídica, pues si bien existen antecedentes normativos que hablan de riesgo, destacando la Ley de Cierre de Faenas Mineras¹, entre otros, resultan ser excesivamente técnicos a la hora de su aplicación en el plano jurídico.

El objetivo general de la presente tesis será generar un aporte meramente doctrinario que contribuya a la elaboración de un concepto más completo de Riesgo ambiental, acogiendo lo existente, a partir de la situación consolidada en la Ley 20.551, pero que a su vez logren hacer converger los componentes técnicos sin dejar de lado los jurídicos.

Por su parte, como objetivos específicos serán analizados: si la presencia de riesgo implica una transgresión al principio precautorio; y la relación entre el concepto de riesgo ambiental y la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental.

De manera que el cumplimiento de los objetivos impuestos, representa un análisis del riesgo en nuestra legislación ambiental nacional y el tratamiento que se le ha dado a éste, partiendo de la base que si bien es un concepto ampliamente utilizado tanto en Tribunales como en sedes administrativas con competencia ambiental, nuestro legislador ha sido esquivo es generar un concepto claro e inequívoco del mismo.

Por ello, pareciera ser que lo más próximo a una conceptualización de riesgo se colige de los instrumentos de gestión ambiental creados a propósito de la Evaluación del Riesgo

¹ Ley 20.551 Ley que Regula el cierre de faenas e Instalaciones Mineras, publicada en el D.O. el día 11 de noviembre del año 2011

Ambiental, empero descartamos de plano que aquél sea el foco de análisis en este caso, pues se abordará la problemática desde una visión más general.

Dado lo anterior y frente a la laguna legal existente, cabe traer a colación la definición de Riesgo que nos proporciona el Diccionario de la Real Academia Española, quien lo refiere como “contingencia o proximidad de un daño”. Empero, esta definición nos obliga a tener que referirnos, aun suscintamente al concepto de daño.

De manera que lo pretendido no es efectuar un abierto reproche a la legislación ambiental existente, sino que analizar bajo ese prisma cómo la jurisdicción chilena aborda el tema del riesgo ambiental, con breves referencias al derecho comparado, pudiendo aterrizar en el presente trabajo realidades de naciones con más desarrollo que el nuestro en materia ambiental, para lo cual se tendrán en consideración tanto el marco legislativo como así mismo los principios rectores de nuestra nueva institucionalidad ambiental .

En íntima relación a lo anterior, cobra gran preponderancia el análisis que se efectuará al tratamiento del concepto de riesgo generado por la doctrina nacional y extranjera, para lo cual se abordaran tópicos específicos que contribuyen a perfeccionar el objeto general de estudio, como asimismo se pretende resolver la interrogante si para construir una hipótesis de riesgo ambiental en Chile, es necesario o no que aquél trasgreda el Principio Precautorio inserto en nuestra legislación, junto con tratar de dar una explicación al rol que juega en este sentido la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 8 de nuestra Carta Fundamental, frente a la hipótesis de un riesgo ambiental en nuestro país.

En mérito de los aspectos planteados en los párrafos precedentes, pareciere muy interesante urgar en la variada literatura que actualmente se publica en relación con diversos aspectos vinculados con el concepto del “riesgo” y sus implicancias para el derecho, empero que desgraciadamente pareciera ser más de lo ya existente, donde incluso existen autores, tales como Dominique Hervé, citando a su vez, al profesor José Esteve Pardo, quienes han llegado a decir que en la actualidad nos encontramos atravesando una sociedad de riesgos, haciendo desde ya la salvedad, que el riesgo referido en el presente trabajo, no está orientado a las contingencias de carácter naturales como desastres de la naturaleza o plagas que pudieran sobrevenir, sino que respecto de aquéllos que se originan a partir de una actividad humana, indiscutiblemente asociada al desarrollo tecnológico o industrial.

A modo de corolorario, se puede expresar que lo pretendido a través de este trabajo no es sino generar una nueva vertiente que sea capaz de conjugar las dos visiones actuales del riesgo, esto es la netamente técnica con la jurídica.

Frente a lo expuesto, se justifica el análisis y revisión del concepto de riesgo ambiental tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial para tener la claridad del tratamiento que a la fecha se ha entregado a éste, tanto por los autores nacionales y extranjeros, autoridades administrativas ambientales y como finalmente se ha aplicado el concepto por nuestros Ilustres Tribunales Ambientales chilenos.

De tal suerte, que el presente trabajo contribuirá a fortalecer la doctrina nacional sobre la materia en comento, pues constituirá un aporte novedoso a la literatura existente a través

de la creación de un nuevo concepto de riesgo ambiental donde se vean reflejados los aspectos técnicos, pero complementados con el aspecto jurídico.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL

El objetivo general del presente trabajo será generar un aporte meramente doctrinario que contribuya a la elaboración de un concepto más completo de riesgo ambiental, acogiendo lo existente, a partir de la situación consolidada en la Ley 20.551 y su respectivo Reglamento, pero robustecido con el aspecto jurídico.

2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

Por su parte, como objetivos específicos se contemplan, los siguientes:

1. Determinar si la presencia de riesgo ambiental en la jurisdicción chilena implica una transgresión al Principio Precautorio en materia ambiental.
- 2.- Analizar la relación entre el concepto de riesgo ambiental y la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental.

3.- ESTADO DEL ARTE

Las falencias existentes en nuestra legislación, al no existir un tratamiento acotado a los riesgos, otorgan a la presente investigación el interés por su desarrollo. Desde ya, cabe dejar por establecido que la única ley con componente ambiental que desarrolla el concepto de riesgo ambiental, es la Ley 20.551 que Regula el Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras, la cual trata este concepto como la probabilidad de ocurrencia de un hecho asociada a la severidad de las consecuencias.

Igual tratamiento se colige a partir del análisis de la Guía Metodológica de Evaluación de Riesgos para el Cierre de Faenas Mineras elaborada por el SERNAGEOMIN, sin embargo, resulta ser demasiado técnico, y no logra, una adecuada conjugación con el plano jurídico, pese a que a falta de una normativa especial sobre la materia pareciera, a simple vista necesario hacer uso de la analogía como fuente integradora del derecho, y por ende supletoriamente utilizarse los conceptos dados por la Ley 20.551, lo cual no acontece en la práctica.

Se elige para la realización de este trabajo, analizar de manera azarosa sentencias emanadas de los Ilustres Tribunales Ambientales nacionales referidas a resoluciones administrativas impugnadas por la vía judicial referente a proyectos ingresados al Servicio de Evaluación Ambiental, algunos de ellos aprobados ambientalmente, como también otros que han sido rechazados, empero en los cuales se hayan considerado el factor de riesgo que presentan sus actividades, tanto para la salud de la población o de los recursos naturales, ya sea para su aprobación o rechazo.

Para lograr establecer un concepto de riesgo ambiental que se ajuste a la realidad nacional, se hace necesario conocer previamente el criterio que han adoptado los autores en materia de riesgo ambiental.

En este trabajo se traen a colación los distintos tipos de riesgo que identifican los autores, sobre todo extranjeros, dependiendo del grado de certeza que presenten en su ocurrencia. Tras lo cual se abordará la relación entre estos y el Principio Precautorio en que se inspira nuestra legislación ambiental, considerado la piedra angular a nuestro sistema vigente.

No obstante lo anterior, resultan también necesarios, para la generación de este nuevo concepto de riesgo ambiental, comprender la diferencia entre los distintos tipos de riesgos que entrega el Comité Técnico de Gestión y Manejo de Riesgo de la Sociedad Internacional de Mecánica de Suelos e Ingeniería Geotécnica ISSMGE, en contraposición a la escasa normativa existente en nuestro país, tales como riesgo significativo y riesgo residual, entendiendo por el primero de los mencionados, a aquél que reviste importancia en atención a la probabilidad de ocurrencia de un hecho y la severidad de sus consecuencias, mientras que por el segundo, como aquél nivel de riesgo resultante luego de haber realizado el tratamiento del riesgo², por lo que sería legal y socialmente aceptable.

² Definiciones extraídas del Glosario de Términos de Evaluación de Riesgo del Comité Técnico de Gestión y Manejo de Riesgo de la Sociedad Internacional de Mecánica de Suelos e Ingeniería Geotécnica ISSMGE (ISSMGE TC32).

La raíz fundamental de realizar este trabajo es poder exponer una síntesis de cómo se ha abordado en nuestro país el concepto de riesgo ambiental, al momento de analizarlo en el contexto de una evaluación ambiental de un proyecto determinado o en la fase recursiva ventilada tanto en sede administrativa como judicial, contribuyendo de este modo a la creación de un nuevo concepto en que confluyan ambas visiones, tanto la técnica-científica como también la jurídica, pues pareciera ser que en la actualidad las ciencias aplicadas tienen más resuelto el tema.

En este contexto, resulta interesante, pues no se trata de la evaluación del riesgo ambiental, sino de abordar el tema del riesgo desde su génesis, considerado desde la mirada de la prevención, en una etapa anterior a la evaluación ambiental inclusive.

3.1. ANÁLISIS LEGISLATIVO

En nuestro país, el derecho ambiental se encuentra normativamente configurado a partir de una regulación estructurada constitucionalmente, una normativa legal general y básica del sector, otras normas legales especiales, y luego, el conjunto de normas reglamentarias que concretan sus mandatos, empero, como ya se dijera a lo largo de este trabajo, en ninguna de ellas se define el riesgo ambiental. Ello, al mismo tiempo, permite sostener que, tanto sustantiva como procedimentalmente, el derecho ambiental tiene una naturaleza jurídico-pública y, especialmente, administrativa, así por ejemplo lo ha sostenido reiteradamente el actual Contralor de la República don Jorge Bermúdez.

Como primer acercamiento al tema que nos convoca en el presente trabajo, cabe insistir que el derecho ambiental encuentra su primer reconocimiento en la Constitución Política de la República de 1980, en la consagración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. Luego, en su inciso segundo agrega que, La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente³.

En consecuencia, por medio de la disposición contenida en el número 8º del artículo 19º de la Carta Fundamental se establece por un lado un derecho subjetivo público consistente en el "derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación"; y, por otro, un deber estatal de "tutelar la preservación de la naturaleza". Luego, se establece una limitación típica al derecho de propiedad en el N° 24 del mismo artículo y cuerpo normativo, que se concreta en la posibilidad que la ley especifique esas limitaciones a la propiedad, por la función social que le corresponde derivada, en este caso, de la exigencia de "conservación del patrimonio ambiental".

Es más, y a un mayor abundamiento, la propia Carta Fundamental además consagra expresamente en el inciso 2º del artículo 20º la utilización del recurso de protección para garantizar un medio ambiente libre de contaminación, cuando este derecho se vea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada. En este sentido, para dilucidar la afectación a que se refiere la norma anterior, debemos atenernos a la definición entregada por el propio legislador en la letra m del artículo 2º de la Ley 19.300, al prescribir que el medio ambiente libre de contaminación es aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y periodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental.

Como ya se adelantara en los capítulos precedentes, la única normativa legal con componente ambiental en nuestro país, que se refiere al concepto de riesgo ambiental es la Ley 20.551 que regula el Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras, la cual fue complementada para su aplicación con el Decreto 41/2012 del Ministerio de Minería en el cual se contiene su respectivo Reglamento.

Así las cosas, el día 12 de noviembre de 2012 entró en vigencia la Ley N° 20.551 que

³ Artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de 1980.

regula el Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras, mientras que con fecha 22 de noviembre del 2012, mediante Decreto Supremo N° 41 del Ministerio de Minería, se publicó su Reglamento. De esta manera, a contar del día 12 de noviembre de 2012, todas las empresas mineras que deseen iniciar o reiniciar sus operaciones mineras, deben contar con un Método de Explotación y un Plan de Cierre debidamente aprobado por el Servicio Nacional de Geología y Minería, sin perjuicio de los otros permisos que exige el ordenamiento jurídico.

De acuerdo al artículo 3 letra n) de la citada Ley y el artículo 7 de su Reglamento, Decreto Supremo N° 41, el Plan de Cierre es el “documento que especifica el conjunto de medidas técnicas y actividades que la empresa minera debe efectuar desde el inicio de la operación minera, y el programa de detalle conforme al cual deben implementarse, de manera que tienda a prevenir, minimizar o controlar los riesgos y efectos negativos que se puedan generar en la vida e integridad de las personas que se encuentran relacionadas directa e inmediatamente a las mismas, así como mitigar los efectos de la operación minera en los componentes medio ambientales comprometidos, tendientes a asegurar la estabilidad física y química de los lugares en que ésta se realice”.

De acuerdo a la historia fidedigna de dicha Ley, el objetivo principal de su aplicación, de acuerdo a su mensaje presidencial es la prevención, minimización o control de los riesgos o efectos negativos que se generen sobre la salud y seguridad de las personas o del medio ambiente, con ocasión del cese de las operaciones en faenas o instalaciones mineras o que continúen presentándose con posterioridad a éste y a consecuencia suya.

Si bien, el proyecto de ley en su génesis contemplaba dentro de su artículo 3° letra t) la definición de concepto de Riesgo, como la probabilidad de ocurrencia de eventos que afectarían negativamente la salud y seguridad de las personas o el medioambiente, posteriormente dicha referencia fue suprimida en el texto aprobado como ley de la República.⁴

Siguiendo con el análisis de la misma Ley, en su artículo 37° refiriéndose a las facultades fiscalizadoras conferidas al Sernageomin contempla en su literal b) la potestad de dicho organismo para realizar todas las inspecciones, exámenes, indagaciones o pruebas técnicas que sean consideradas necesarias para determinar la naturaleza y extensión de los riesgos, existentes o potenciales, sobre la faena a que se refiere el plan de cierre. Es decir, si bien la Ley 20.551 no define explícitamente qué debemos entender por riesgo, sí de manera recurrente se refiere a aquel.

En íntima relación a lo anterior, al analizar el Reglamento sobre Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras, contenido en el Decreto 41 del año 2012 del Ministerio de Minería, se advierte que en éste, el legislador también se refiere a los riesgos ambientales, sin definirlos previamente, estableciendo incluso que dicho instrumento legislativo tiene como uno de sus objetivos el establecer las normas que regulen el cierre de faenas mineras e instalaciones mineras, necesarias para la prevención y control de los riesgos sobre la vida, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente, y que pudieran derivarse del cese de las operaciones de las faenas mineras e instalaciones mineras.

⁴ Actas del Honorable Senado en el debate de la Ley 20.551

No obstante lo anterior, a partir de la definición de Evaluación de Riesgos, contenida en el artículo 7º del citado reglamento es posible colegir de manera residual el concepto de riesgo ambiental, al igual que lo sucedido en la Ley 20.551, para cuyo contexto se entendía que riesgo es la probabilidad de ocurrencia de un hecho por la severidad de sus consecuencias.

A un mayor abundamiento, la letra l) del precitado artículo 7º sostiene que evaluación de riesgo es el procedimiento mediante el cual se establecen y analizan los riesgos de una faena minera o instalación minera, de forma de determinar si dichos riesgos revisten o no el carácter de significativo. Para los efectos de este Reglamento, se entenderá por riesgo significativo aquel que revista importancia en atención a la probabilidad de ocurrencia de un hecho y la severidad de sus consecuencias, conforme la metodología de evaluación de riesgos utilizada por la empresa, referidas a la estabilidad física y química de la faena minera, en orden a otorgar el debido resguardo a la vida, salud, seguridad de las personas y medio ambiente.

Apartándose de la normativa sobre cierre de faenas e instalaciones mineras y desde un plano más general en materia ambiental, al analizar el contenido de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente del año 1994 el panorama no es distinto al ya evidenciado al inicio de este título. Lo anterior ya que, pues tampoco define lo que se debe entender por riesgo, ni riesgo ambiental empero se refiere a éste, a propósito del riesgo a la salud de las personas y a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental, en los términos descritos en la pre citada letra m) del artículo 2º.

Mediante lo analizado anteriormente, queda de manifiesto el vacío legal que existe en materia ambiental en nuestro país, en relación al concepto jurídico de riesgo ambiental, pues por una falencia legislativa se aplica reiteradamente este concepto atribuyéndole indirectamente caracteres de algo lesivo a las personas o el medio ambiente, o bien como ante sala a la generación de un daño, sin embargo omite entregar un concepto legal del mismo. De forma que, para salvar este cúmulo de imprecisiones y vaguedades, han debido intervenir tanto la doctrina como la jurisprudencia contribuyendo a la creación de conceptos jurídicos de riesgo ambiental para lograr la aplicación práctica de las normas que se refieran al tema en estudio, pero con un contenido eminentemente técnico.

Pese a lo señalado, que si bien el concepto de riesgo no ha sido definido expresamente en la Ley 19.300 aquel se contiene en algunos conceptos de la misma, tales como los de los artículos 2º letra d), 11º letra a) y 12º letra d), aunque fue incorporado con mayor fuerza en la modificación del año 2010. Otra muestra de lo anterior, lo constituye el artículo 70 letra g) del cuerpo legal indicado, el cual dentro del catálogo de potestades del Ministerio del Medio Ambiente, le otorga la de “Proponer políticas y formular normas, planes y programas en materia de residuos y suelos contaminados, así como la evaluación del riesgo de productos químicos, orgánicamente modificados y otras sustancias que puedan afectar el medio ambiente, sin perjuicio de las atribuciones de otros organismos públicos en materia sanitaria”.

No obstante lo anterior, los esfuerzos integradores no han sido suficientes, siendo cada vez más necesario robustecer nuestra actual legislación ambiental, de manera que la Ley base existente, esto es la Ley 19.300 se baste a sí misma y al resto del ordenamiento jurídico ambiental como estatuto residual a falta de norma especial, que en el caso concreto requiere inexorablemente ser modificada en el sentido de incorporar una definición legal de riesgo ambiental.

En efecto, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente tiene un objeto declarado en su artículo 1º en el cual se señala: "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán en las disposiciones de la presente ley, sin perjuicio de lo que otras normas establezcan sobre la materia".

Como se puede apreciar, es una norma de gran relevancia, pues fija principalmente el ámbito competencial de la citada ley general a nivel regulatorio. Sin perjuicio de esa primera reflexión, enseguida conviene sostener que aquello en el texto de la ley se concreta en realidad estableciendo básicamente lo siguiente: i) La fijación de un catálogo de definiciones de conceptos y principios de naturaleza ambiental; ii) Una institucionalidad orgánica ambiental; iii) La incorporación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental como mecanismo principal de gestión ambiental; y iv) Un sistema de responsabilidad ambiental.

Conviene, dada la temática precedente –del riesgo–, señalar que éste se conecta normativamente de manera directa con el derecho ambiental, toda vez que la finalidad del derecho subjetivo público antes referido, es conceptualmente desarrollado en el artículo 2 letra m) de la ley general al definir lo que se debe entender por medio ambiente libre de contaminación, a saber: "aquel en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental".

Junto a la anterior norma, e incluso de igual jerarquía legislativa figuran una serie de leyes con contenido ambiental, que corrigieron o complementaron la ley general –con un origen importante en recomendaciones de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo–, lo que dio lugar a la dictación de la Ley N° 20.417 de 2010, de reforma de la Ley de Bases Generales, donde se estableció básicamente una potestad política, de diseño institucional, y regulatoria entregada al Ministerio del Medio Ambiente, con una subsecretaría, seis divisiones y secretarías regionales ministeriales con representación en cada región del país; un Consejo de Ministros para la Sustentabilidad; un sistema de evaluación ambiental entregado al Servicio de Evaluación Ambiental que sustituye a la Comisión Nacional del Medio Ambiente; y, un sistema de fiscalización, entregado a una Superintendencia del Medio Ambiente.

Adicionalmente, cabe sumar un claro sistema de revisión judicial por los Tribunales Ambientales, incorporado en nuestra legislación a través de la Ley N° 20.600 del 2012, con área competencial específica, cuando anteriormente sólo existía participación de la justicia ordinaria.

En fin, siguiendo con la misma idea, pero en un orden legislativo inferior se encuentran los instrumentos normativos que dan vida, desarrollan y particularizan al derecho ambiental a nivel reglamentario, con especial incidencia las normas de calidad y normas de emisión.

Lo dicho anteriormente tiene relevancia para nuestra temática específica, toda vez que resulta significativo el rol que tienen los niveles normativos en la determinación del riesgo ambiental permitido, y por otro, la gestión de dicho riesgo.

De manera, que para nadie resulta desconocido que en Chile, en las últimas décadas ha manifestado una notable evolución de la institucionalidad medioambiental, y si bien la ley 19.300 data del año 1994, previamente se realizaron esfuerzos tendientes a abordar el tema ambiental en Chile.

En efecto, el establecimiento de la agenda ambiental en términos institucionales se ha desarrollado en Chile desde 1984, fecha en que se creó una Comisión Interministerial de Ecología, institución de integración interministerial cuyo objetivo fue asesorar al Ejecutivo en el desarrollo de aquellas acciones generales del gobierno vinculadas a la protección del medio ambiente y a la conservación de los recursos renovables.

Sin embargo, recién en el año 1994 a través de la dictación y promulgación de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, se logra consolidar en Chile un modelo coordinador y transversal, que se había promovido desde el modelo del "Proyecto de Ley básica de protección ambiental y promoción del desarrollo sostenible" de 1993, elaborado para América Latina por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Los objetivos declarados en la otrora nueva institucionalidad ambiental, de acuerdo al mensaje presidencial contenido en la historia fidedigna de la Ley, en su primer trámite constitucional del Senado de Chile, eran garantizar la coordinación de todo el sector público; reconocer las competencias de los servicios y ministerios en la materia; y contar con la presencia política indispensable en su integración. Así, la institucionalidad ambiental diseñada por la Ley de Bases Generales descansó en un modelo transversal y coordinador; en la conveniencia práctica de mantener la institucionalidad preexistente; la generación de una función coordinadora que integre las visiones sectoriales; y la descentralización regional, plasmada en la creación de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente.

Sin embargo, luego de catorce años de funcionamiento, se formularon una serie de críticas a este diseño, dentro de las que destacaban: i) las dificultades que presentaba una institución transversal en una Administración pública vertical; ii) la incompreensión jurídica y de gestión del concepto de coordinación; iii) la intervención de la autoridad política en cuestiones que son eminentemente de decisión técnica; iv) la existencia de asimetrías de información en diversos sentidos; v) a nivel regional, la institucionalidad ambiental resultaba ser contradictoria con el modelo transversal; vi) la fiscalización resultaba ser dispersa e inorgánica lo cual generaba muchos costos; vii) críticas de debilidad a la gestión local en materia ambiental; viii) el desequilibrio de la utilización de los instrumentos de gestión, excesivo realce al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y poca generación de normas); ix) y la normativa ambiental sectorial resultaba en gran medida, definida por cada sector. Todo ello dio origen a las leyes N° 20.417 de 2010, de

modificación a la institucionalidad y posteriormente a la dictación de la Ley 20.600, de 2012.

Finalmente, y como se analizará en el capítulo referente al análisis jurisprudencial contenido en este trabajo, el riesgo bajo ningún respecto puede entenderse como una materia ajena a la competencia de los Tribunales Ambientales. Prueba de ello la encontramos en el propio artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, mediante el cual reconoce la potestad otorgada a la judicatura para autorizar o no cualquier medida provisional que decrete la Superintendencia del Medio Ambiente con el objeto de evitar un inminente daño al medio ambiente o a la salud de las personas y que consista en la clausura temporal o en la detención del funcionamiento de las instalaciones, o bien en la suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental. De manera, que resulta evidente, que cuando el legislador habla de daño inminente no hace otra cosa que referirse al riesgo de daño, esto es, antes que aquél ocurra.

De modo, que desde ya, es dable advertir que en el proceder de nuestros Tribunales Ambientales se ha tratado el concepto de riesgo ambiental en el contexto de potenciales daños al medio ambiente.

2.2. ANÁLISIS DOCTRINARIO

Para una correcta comprensión del tema central de análisis, esto es, el riesgo ambiental, cabe traer a colación una reflexión recientemente vertida en Chile por el jurista argentino don Ricardo Luis Lorenzetti, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación trasandina⁵, a propósito de lo que se expresa en la introducción de este trabajo, en el sentido que el riesgo analizado en éste, no está referido a las contingencias de carácter naturales como desastres de la naturaleza o plagas que pudieran sobrevenir, sino que respecto de aquellos que se originan a partir de una actividad humana, indiscutiblemente asociada al desarrollo tecnológico o industrial.

En este contexto, el autor en comento refiere que la naturaleza como un sistema, se ha transformado en un recurso escaso, que por ende requiere una protección efectiva de parte del Estado, y en este entendido la protección para que sea tal, debe ser capaz de evitar la generación de riesgos ambientales, como antesala a la generación de un daño ambiental.

Esta escasez, a que se refiere el autor, se ha ido incrementando a lo largo de la humanidad, lo cual se traduce en una constante lucha para obtener la satisfacción de las necesidades vitales y para dominar los peligros naturales, a partir de la utilización o sobreutilización de los propios recursos naturales, siendo la técnica, el desarrollo industrial y tecnológico los medios empleados por el hombre para conseguir tales objetivos.

⁵ III FORO INTERNACIONAL DE JUSTICIA AMBIENTAL, NOVIEMBRE DE 2018, SANTIAGO DE CHILE.

Por su parte, el autor español Ortega y Gasset⁶, refiere que la técnica es justamente eso, todo lo que el ser humano ha desarrollado para controlar y dominar la naturaleza, de tal suerte que la técnica es todo lo que se interpone entre el ser humano y la naturaleza y, por ende, las sociedades desarrolladas se llaman así, precisamente, por el desarrollo tecnológico que las ha liberado de muchas necesidades y peligros naturales.

De tal suerte, que el interés primordial de entender y robustecer el concepto de riesgo ambiental, permiten hacer más cercana a nuestra realidad nacional la aplicación del Principio *In Dubio Pro Natura*, cuya promoción se encuentra en auge a nivel mundial.

En la actualidad, sostiene Lorenzetti (2018), incluso hay autores que hablan de una sistematización científica del derecho, la cual cumple una triple función: i) Por un lado práctica; en cuanto sirve de guía y apoyo a la jurisprudencia; ii) Luego, dogmática; para responder a las cuestiones singulares desde una perspectiva sistemática, al tiempo que se revisan, comparan y reconstruyen los conceptos; iii) Y finalmente, política, puesto que un sistema bien elaborado sirve de "mapa" u orientación para la política legislativa, evitando disfunciones, solapamientos o contradicciones, así como un innecesario activismo legislativo. Esta perspectiva sistemática no es sinónimo de codificación, sino al contrario, de indicador o guía para un ordenamiento en continuo movimiento.

Para el profesor José Esteve Pardo, catedrático de la Universidad de Barcelona, España, el concepto de riesgo ambiental es obtenido por contraposición al de peligro ambiental, teniendo éste último, un origen natural por excelencia, aun cuando la acción del hombre siempre ha propendido a lograr el dominio de la naturaleza. De tal forma que conjugando las ideas anteriores, el académico sostiene que toda la tecnología creada por el hombre para sobreponerse a la naturaleza ya no sólo constituye peligro sino riesgo ambiental. En otras palabras, el riesgo ambiental tiene un origen eminentemente tecnológico. *A contrario sensu*, las acciones del hombre y su nivel de riesgo se ven amplificadas por la utilización de las tecnologías⁷.

Siguiendo con el mismo autor, aquel plantea tres desafíos o retos que el Derecho debe abordar en relación al riesgo ambiental:

- ¿Cuáles son los riesgos que se deben aceptar y cuáles deben ser rechazados?, lo que a su vez hace surgir el concepto de "riesgo permitido", es decir aquél escogido y con respecto al cual hemos decidido convivir.
- Una vez, teniendo en claro cuál será el riesgo permitido, cabe preguntarse ¿Cómo se va a gestionar este tipo de riesgo?;
- Y finalmente cabe la interrogante de ¿cómo asignaremos responsabilidades sobre esta materia?

De lo anterior, fluye claramente, que el elemento primordial del riesgo es que se puede decidir. En otras palabras, el autor sostiene que la decisión sobre el riesgo ambiental no es absoluta, sino que los riesgos son "optativos", es decir, podemos decidir por un riesgo u otro, empero éstos siempre se encontraran presentes. A modo meramente ejemplificador,

⁶ ORTEGA Y GASSET, J. (2004). "MEDITACION DE LA TECNICA Y OTROS ENSAYOS SOBRE CIENCIA Y FILOSOFIA". EDITORIAL ALIANZA EDITORIAL.

⁷ Exposición del Profesor Steve Pardo en el III Foro de Justicia Ambiental. Santiago de Chile. 2018

un Estado podría adoptar por la decisión de no desarrollar energía nuclear, sin embargo tal decisión conllevará a que opte por el desarrollo de otra matriz energética, la cual sin lugar a dudas generará un nuevo riesgo ambiental, siendo en cuyo caso, éste último el riesgo permitido.

Amén de lo anterior, la decisión de optar por un riesgo determinado implica decidir sobre la “distribución” del riesgo, sea ésta desde un plano territorial o en torno a su distribución entre los diversos grupos sociales que componen la nación.

De manera, que la respuesta a la primera de las interrogantes planteadas quedará en manos de aquéllos órganos constitucionalmente investidos de tales facultades, sin embargo resulta innegable que el riesgo ambiental está envuelto en un manto de desconocimiento e incertidumbre, donde en la mayoría de los casos se observa que su decisión queda entregada a quienes no son expertos sobre la materia, surgiendo la pugna, de la cual nuestra jurisdicción no se encuentra exenta, entre las ciencias aplicadas y el derecho.

Luego, al introducirnos en el ámbito de la gestión del riesgo, nuevamente el conocimiento y las tecnologías no se encuentran ajenas a esta decisión, pues corresponderá aplicar el conocimiento para dilucidar la aplicación de la tecnología óptima para la reducción del riesgo escogido o permitido.

El tema de la responsabilidad en materia de riesgo ambiental resulta siempre ser complejo, ya que en la mayoría de los casos decidir cuál será el riesgo permitido es una decisión que no deja de estar exenta de incertidumbre, situación que resulta agravada con el problema que el sistema jurídico y el sistema científico en la mayoría de las ocasiones resultan ser contradictorios.

Y tal contradicción no es antojadiza, sino que proviene de los pilares de su génesis, pues, mientras que el derecho busca entregar certeza jurídica, las ciencias aplicadas se basan en probabilidades, entonces surge el gran paradigma para el derecho ambiental de ¿cómo decidir sobre el riesgo permitido, su gestión y las responsabilidades que ello conlleva, sin omitir el grado de certeza que el derecho requiere? Esteve Pardo, es de la idea de propender al enaltecimiento de las soluciones científicas adecuadas, aun cuando ello no implique una solución efectiva y radical al problema del riesgo ambiental, empero que puede ser morigerada por el derecho a través de las llamadas “presunciones”, que sería la tendencia actual en el viejo continente (Esteve, J. com. per.). La norma impone su certeza jurídica sobre la incerteza de los hechos. En otros casos, en los que deben decidir los tribunales, la norma no adopta una decisión clara, pero decanta la decisión de los tribunales mediante la imposición de la carga de la prueba. No es de extrañar que en los últimos años y ante las situaciones de incerteza científica que envuelven supuestos en los que ha de pronunciarse el Derecho, se haya optado por la fórmula de las presunciones o por el traslado de la carga de la prueba, especialmente en casos de responsabilidad civil. Así ha ocurrido en la reciente legislación de varios Estados europeos en materia de responsabilidad por daños ambientales y así es de esperar que reaccione el Derecho ante otros problemas planteados por la obligación de decidir sobre riesgos en un entorno de incerteza.

De manera que la nueva orientación en el mundo moderno y globalizado en el cual nos encontramos insertos, apunta a la inclusión del DERECHO REFLEXIVO, mediante el cual se plantea que en materia de riesgos el Derecho debe actuar en cierto modo contra sí mismo, ya que los riesgos no se localizan en actividades ilegales y clandestinas, sino en instalaciones, o actividades con pleno reconocimiento legal, que cuenten incluso con las autorizaciones pertinentes para su ejecución, de modo que cualquier actuación que se adopte en atención a los riesgos, como pueda ser su mero reconocimiento y su prevención, tiene un impacto en dicha actividad o sector económico, debiendo en la mayoría de los casos las autoridades optar, entre el riesgo para la salud o el riesgo para un sector industrial por la retirada de un producto o la clausura de un determinado proyecto. Por otra parte, también en el propio tratamiento de los riesgos debe optarse entre ellos: los riesgos también se combaten con tecnología, una tecnología antirriesgo que pueden generar los suyos propios, generando un efecto “boomerang”.

El tercer reto importante que el riesgo plantea, según Steve Pardo, es el relativo a la responsabilidad. De acuerdo a la idea esbozada precedentemente, detrás de los riesgos tecnológicos se encuentran siempre decisiones humanas de las que se ha de ser responsable y en las que, en caso de que se produzcan daños, se debe asumir la responsabilidad, tanto en una fase directa e inmediata y también se debe responder de las sus consecuencias futuras que la acción u omisión genere.

El problema principal que se plantea en lo referente a la responsabilidad tiene su origen, una vez más, en la incerteza científica y de conocimiento que envuelve a los modernos riesgos tecnológicos tanto para la salud del hombre o el medio ambiente. La incerteza vuelve a ser aquí un elemento fundamental. El supuesto característico del riesgo no es cuando se incumplen las normas jurídicas y se produce un daño. Eso no plantea problema alguno. El problema característico de la sociedad de riesgo se da, justamente, cuando, cumpliéndose las exigencias y referencias jurídicas, se produce un daño. Las referencias jurídicas resultan insuficientes, al menos no ofrecen la certeza necesaria en sectores dominados por una tecnología cambiante cuyos efectos, en muchos casos, no se conocen con una mínima precisión hasta el paso de un tiempo. A modo de ejemplo, el autor cita a la industria farmacéutica la cual reconoce que los efectos reales de un fármaco no se conocen con exactitud en sus periodos de pruebas sino cuando ya se comercializan y se administran a un número muy alto, normalmente cientos de miles de pacientes o consumidores. En el caso de los productos transgénicos, o alimentos que incorporan nuevas tecnologías, la comunidad científica admite que no conoce todos sus posibles efectos. En general, tratándose de nuevas tecnologías, existe siempre un margen de desconocimiento.

Y como la sucesión de nuevos productos y tecnologías es cada vez más rápida y constante, son, en principio, mayores las posibilidades de que se produzcan efectos negativos que no se conocían cuando se implantó, o incluso se autorizó el producto o la tecnología. Todo ello nos lleva a la debatida cuestión de la responsabilidad por los riesgos desconocidos o los riesgos de desarrollo.

En Europa y Estados Unidos el debate sobre las responsabilidades derivadas de un riesgo ambiental lleva décadas de discusión. Por ejemplo, si bien el tema fue abordado en el año

1985 por la Directiva de la Comunidad Económica Europea, a propósito de la responsabilidad por productos defectuosos, dicha discusión no fue resuelta por no alcanzarse un acuerdo sobre este punto concreto. La Directiva deja la solución a los Estados miembros. En cualquier caso, una mayoría significativa de Estados Europeos ha fijado el sector de los riesgos para la salud entre ellos, el de alimentos y medicamentos como el sector en el que la responsabilidad corresponde al productor. En diversos informes de la Unión Europea sobre la aplicación de esa Directiva se señala también al sector de la salud como el más apropiado para imponer la responsabilidad sin que pueda alegarse la excepción del desconocimiento. Empero, un tópico que se encuentra zanjado en Europa es la improcedencia de alegar la excepción de fuerza mayor -entendida como una fuerza externa natural- para eximirse de responder por los riesgos generados, provenientes de decisiones humanas.

El autor nacional, don Christian Rojas Calderón, catedrático de la Universidad Adolfo Ibáñez de Santiago de Chile, sin desconocer la conceptualización de riesgo ambiental del profesor Pardo Esteve, ya analizada previamente, en relación al origen antropogénico del mismo, pero siguiendo a la profesora de derecho público de la Universidad de Chile, doña Francisca Moya Marchi⁸ señala que conceptualmente los riesgos son aquellos que constituyen más comúnmente un daño futuro cuya producción es incierta, y que constituye una consecuencia de la acción humana.

Este mismo autor, sostiene que en la actualidad probablemente, sea la ciencia la principal fuente de generación de incertidumbres, sobre todo derivada de sus avances y de la complejidad del conocimiento, a tal extremo que la propia ciencia resulta ser incierta en muchos de los frentes en que avanza, cambiando de ser ciencias exactas a ciencias probabilísticas. De manera que por su naturaleza intrínseca la ciencia tiende a descolocar a las otras disciplinas del conocimiento que se miraban en ella para asentar sus propias certidumbres, algunas de las cuales no se han dado cuenta o no se han querido percatar de este giro.

Dado lo anterior no resulta ajena la presencia de la ciencia en la agenda de los temas que centran el debate político y la controversia jurídica, una agenda cada vez más dominada por cuestiones suscitadas desde foros científicos, tales como cambio climático, energía, células madre, valoración científica de riesgos para el medio ambiente, régimen de patentes farmacéuticas, organismos genéticamente modificados, alimentos transgénicos, entre tantos otros.

Es así como la política y el derecho cada vez se ven más relacionados con cuestiones que tiene en su núcleo un marcado componente científico. La consecuencia de este planteamiento es que se están produciendo con una frecuencia creciente y preocupante, decisiones políticas y jurídicas muy relevantes en materia ambiental en las que existe una reconocida incertidumbre científica. En efecto, este autor, se encuentra conteste con los anteriormente citados en que la ciencia está adquiriendo cada día una extraordinaria relevancia para el derecho.

⁸ Moya Marchi, F. (2014) "El principio de precaución". Un estudio sobre el modelo europeo de control de riesgo. Santiago, Thomson Reuters LegalPublishing. p. 24.

Si a lo anterior le sumamos las características propias que presenta el derecho ambiental, el manto de incertidumbre se ve ampliamente incrementado. Para BERMÚDEZ (2007), el derecho ambiental chileno es principalmente un tipo de derecho administrativo especial⁹ autónomo por la configuración de instituciones propias, sin perjuicio de lo cual siempre puede hacerse una reconducción a normas e instituciones de la disciplina matriz indicada, y como señala él mismo, esto es así porque el derecho ambiental encuentra su centro de gravedad en el Derecho Administrativo.

En el mismo sentido, otro autor nacional, VARELA. J. (2010) afirma que el derecho ambiental posee el carácter esencialmente público, toda vez que la política ambiental del Estado es comprensiva de los instrumentos jurídicos a través de la cual se concreta, que están destinados a ejecutarla con carácter vinculante tanto para gobernantes como para gobernados¹⁰.

En virtud de lo expresado anteriormente, acerca de la formulación sistémica del derecho en general, y la consecuencia que el derecho Administrativo sea ciencia matriz respecto del derecho ambiental es posible afirmar que la matriz disciplinar de esta rama especializada se asienta sobre: i) los principios y conceptos técnicos del derecho ambiental; ii) la fundamentación constitucional de la protección ambiental; iii) los instrumentos que el ordenamiento jurídico ha consagrado para la protección ambiental; y iv) un sistema especial de responsabilidad ambiental.

Ahora bien, en esa situación, el marco jurídico particular del derecho ambiental –aquello que lo define y caracteriza del modo señalado– puede verse en algunos casos enfrentado a verdaderos problemas sin solución específica en su regulación, que generan dificultades prácticas pero también dogmáticas, al no haberse desarrollado normativamente algunos aspectos por parte de sus fuentes específicas lo que sin embargo resulta explicable dada su reciente existencia en cuanto tal.

En el caso chileno, y tal como se expusiera al inicio del presente trabajo, nuestro legislador no ha definido que debemos entender por riesgo ambiental, pese a referirse a él en diversas normativas, sino que la única ley con componente ambiental que nos entrega un concepto es la Ley 20.551, pero como ya se dijera, resulta ser muy técnica a la hora de su aplicación jurídica, dado que nuestro ordenamiento en materia ambiental cuenta con una ley general y básica¹¹ en tanto que el resto de su normativa se ha concretado en su mayoría en normas de carácter reglamentario, como reglamentos propiamente tales, normas infra reglamentarias, o incluso por medio de norma particulares.

Pese a lo anterior, Bermúdez sostiene que nuestra realidad nacional siguiendo a la tendencia de nuestra región, no se encuentra ajena a la preocupación por la llamada "cuestión ambiental" dentro de la cual se encuentra inserto "el riesgo ambiental",

⁹ Bermúdez Soto, J. (2007). Fundamentos de derecho ambiental. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso. p. 10.

¹⁰ Varela del Solar, J. (2010). "Derecho ambiental como derecho público". Instrumentos de la política ambiental, en Actualidad Jurídica N° 22 p. 385.

¹¹ Ley 19.300, sobre Bases generales del medio ambiente de 1994.

concebida la primera de las mencionadas como una función pública, que se concreta en tareas en miras de la protección ambiental cuya manifestación es variada, pues en efecto, es posible reconocer actividad formal o jurídica propiamente tal y actividad material por parte de la Administración Pública en tal sentido, sea general sea sectorial.

De este modo, se ha determinado como manifestación de la finalidad de protección ambiental, la actuación del Estado a través tres instrumentos de gestión ambiental, a saber¹²: la política ambiental, la economía ambiental y el derecho ambiental, siendo para los efectos del presente trabajo de interés sólo la última, pues utiliza el poder jurídico-público para llevar adelante la finalidad de protección ambiental, el que puede ser definido como "el conjunto de disposiciones que tienen por objeto la protección de los elementos del patrimonio ambiental, con el fin de asegurar las condiciones que permitan la subsistencia humana y la mejora de la calidad de vida de las personas así como de las generaciones futuras".

Finalmente, no podemos dejar de lado en el presente análisis la estrecha relación que se origina entre el riesgo y los principios preventivo y precautorio que inspiran nuestra institucionalidad ambiental. En efecto se ha estimado por la doctrina que el principio precautorio actúa bajo supuestos no comprobados, está llamado a operar antes de que se ocasione un daño y previamente a que se tenga certeza absoluta sobre la ocurrencia del mismo, y no precisa de que se pruebe que la actividad que se pretende realizar va a causar un daño, sino que basta con que existan suficientes elementos que permitan considerar que puede tener la virtualidad de ocasionarlo, para que la intervención administrativa cautelar pueda ser realizada.

Por su parte, en cambio el principio preventivo requiere solo de un riesgo racional y evidente previamente demostrado que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es decir el "fumus bonis iuris". En otras palabras lo que persigue este principio es evitar que se produzcan externalidades, involucrando un mayor estandar de certeza, que a la postre generen una lesión a los derechos de las personas, por ende llama a actuar cada vez que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento de llegar a producirse afectaría un interés legítimo. De modo, que éste parte de la base de la existencia de suficiente certeza respecto de los riesgos o de su probabilidad de ocurrencia, de tal manera que actúa dentro de una cadena de causalidad conocida con el fin de interrumpir el curso causal respectivo y de prevenir la consumación del daño.

Reafirmando la ideas anteriores, el profesor argentino CAFFERATTA (2004) sostiene que el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable; en cambio el principio precautorio introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre. No debe confundirse este principio con el de prevención. En efecto, la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la

¹² Bermúdez, J.(2010). La regulación constitucional del medio ambiente. p. 35.

ciencia. La precaución -por el contrario- enfrenta a otra naturaleza de la incertidumbre, la incertidumbre de los saberes científicos en si mismos¹³.

Históricamente, el principio de precaución fue acuñado y desarrollado en distintos instrumentos internacionales a partir de de los años 1970 en adelante, cuya formulación más conocida es la contenida en el Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, expresa que: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación en el medio ambiente”¹⁴

En síntesis el principio de prevención supone que el riesgo puede ser conocido anticipadamente y que pueden adoptarse medidas para neutralizarlo, mientras que el de precaución comporta que el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no se pueden conocer materialmente los efectos a mediano y largo plazo de una acción.

3.3. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Efectuada una cabal revisión de la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales a la fecha, en la aplicación y tratamiento del concepto de riesgo ambiental, es posible verificar un escaso tratamiento jurídico, sino que más bien las remisiones para conceptualizarlo apuntan al concepto técnico de riesgo, el cual puede asociarse al de la ley que regula el Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras y su relación con los principios Jurídicos Ambientales. En este sentido las contadas ocasiones en que se recurre al concepto de riesgo es generalmente para reforzar argumentativamente decisiones ya adoptadas en base a normas vigentes de nuestro ordenamiento interno, y frecuentemente asociado en el análisis del concepto de daño ambiental, o incluso al referirse a la aplicación del principio precautorio, que en ocasiones es erróneamente conceptualizado como preventivo.

Para abordar el tratamiento que ha efectuado nuestra judicatura ambiental sobre el riesgo ambiental se traerán a colación algunos fallos pronunciados por los Ilustre Tribunales Ambientales para finalizar con algunas reflexiones en torno a una reciente sentencia emanada de la Excelentísima Corte Suprema que nuevamente vuelve a dar un vuelco a las tendencias jurisprudenciales, ya que del razonamiento de los Ministros del Máximo Tribunal se colige la existencia de una delgada línea divisoria entre los conceptos de riesgo e impacto ambiental, lo cual constituye un novedad incluso para la línea de investigación seguida en el presente trabajo.

¹³ CAFFERATTA, Néstor A. (2004) “Principio precautorio y derecho ambiental”, Revista La Ley 2004-A, 1202, Buenos Aires, Argentina.

¹⁴ DECLARACIÓN DE RÍO DE JANEIRO DE 1992 SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO.

3.3.1. Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Autos Rol D-13-2014, de Fecha 13 de marzo de 2018 (<https://tribunalambiental.cl/consulta-de-causas/>)

En el presente caso, nos enfrentamos a una acción de reparación por daño ambiental interpuesta por la Ilustre Municipalidad de Quintero, en principio en contra de ENAP Refinerías S.A. y de los Remolcadores Ultratug Ltda., sin embargo durante el curso del proceso, la demandante se desiste de la acción incoada en contra de la última de las mencionadas.

Las pretensiones de la demandante aspiran a la reparación por daño ambiental supuestamente ocasionado a la Bahía de Quintero por el derrame de 38.700 litros de petróleo crudo desde el Buque Tanque Mimosa ocurrido en la madrugada del día 24 de septiembre de 2014. Sostiene en su libelo que alrededor de las 4:00 A.M. se produjo un corte en las espías que fijaban el buque tanque a la monoboya de ENAP produciéndose por añadidura la rotura del flexible a través del cual el Mimosa descargaba al terminal marítimo generándose el consecuente derrame.

La demandante atribuye responsabilidad a ENAP en los hechos acaecidos, pues no existían procedimientos por parte del operador del terminal para prever y adoptar medidas tendientes a evitar riesgos de contaminación asociados al cambio de remolcadores, de acuerdo a lo que se desprende del Informe evacuado en su oportunidad por la Autoridad Marítima, además sostiene que habría existido por parte de las demandadas a lo menos negligencia en su actuar.

Luego, la actora arguye que el derrame descrito constituiría una catástrofe ambiental, que habría provocado un daño al medio ambiente marino y, consecencialmente a todos los habitantes de la comuna de Quintero, y en especial a las fuentes productivas de cientos de pescadores.

Durante el proceso se allegaron a la causa abundantes pruebas de distinta naturaleza de parte de todos los intervinientes en autos, de las cuales el Ilustre Tribunal arribó a la convicción que en la especie no hubo daño ambiental imputable causalmente a las omisiones de ENAP.

En efecto, si bien de acuerdo a la abundante prueba incorporada fue posible establecer por los sentenciadores que hubo afectación a los distintos componentes ambientales analizados, entre ellos, columna de agua, fondo marino, biota acuática, fauna costera y afectación de playas, dicha afectación no fue suceptible de ser estimada como significativa.

Agregan además los sentenciadores, que la presencia de otros factores que confluyeron como las características propias de la Bahía de Quintero, las particularidades del petróleo derramado e incluso la implementación de medidas de contingencia por la propia demandada, permitieron que los efectos ambientales en los distintos componentes del medio ambiente fueran acotados en intensidad, tiempo y espacio.

Ahora bien, para los efectos del presente trabajo, sin adentrarnos al análisis pormenorizado de la acción incoada, ni de las defensas y probanzas rendidas conviene

traer a colación el razonamiento elaborado por los Ilustres Ministros que los conllevaron a la resolución pronunciada, pues si bien no hubo constatación de daño ambiental, se concluye que el derrame en cuestión constituyó un evento de contaminación de las aguas en los términos del artículo 4º letra f del Decreto Supremo N° 1/1992 del Ministerio de Defensa Nacional, Reglamento para el control de la contaminación acuática, decretándose al efecto una medida cautelar innovativa consistente en la elaboración de un completo análisis de los riesgos de la actividad de descarga de combustibles desde naves a través de las instalaciones existentes en la Bahía.

Sin embargo, cabe reiterar los elementos tenidos en consideración por el Ilustre Tribunal para descartar en la especie la existencia del daño ambiental, para lo anterior, recogió los criterios tenidos previamente en consideración por el mismo Tribunal en diversas causas donde ya había sido analizada la forma en que se presenta el daño para que se configure la responsabilidad, y si en definitiva toda manifestación dañosa para el medio ambiente o para alguno de sus elementos queda comprendida en la definición de daño ambiental. Citando a don Jorge Bermúdez, agregan en la sentencia que la definición legal al exigir una cierta envergadura o intensidad, esto es, “significancia”, lo que busca es evitar que cualquier afectación genere responsabilidad ambiental, haciendo inoperable la institución, reservándola exclusivamente a aquel daño de importancia o consideración.

Agrega, que en el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina española al señalar que “la principal razón que justifica que se exija la gravedad del daño, radica en el hecho de que, de adoptarse un concepto puramente naturalístico de este daño, quedaría incluido en su ámbito semántico un número prácticamente infinito de actividades humanas, aunque su repercusión sobre el medio ambiente fuese mínima.

Por lo demás, los Ministros agregan que si bien la significancia es un elemento exigido expresamente en la ley, ésta no lo define ni establece criterios para su determinación, motivo por el cual, este elemento se ha ido construyendo en nuestro país desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial, creando al efecto criterios de determinación, tales como: irreversibilidad del daño, afectación a la salud humana, forma del daño, dimensión del mismo, duración, magnitud, cantidad de recursos afectados, entre otros, es decir deben analizarse y considerarse caso a caso desde un punto de vista cualitativo, pero también cuantitativo.

Por su parte, el Tribunal considera necesario dentro de su razonamiento analizar la relevancia del elemento “riesgo” en el caso de autos para determinar la eventual responsabilidad de ENAP en el derrame acaecido conforme a las disposiciones legales vigentes. Para ello analiza la letra d) del artículo 2º de la Ley 19.300 al definir contaminante, la cual dispone que es “todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”. Dicha disposición llevada al caso concreto, hacen suponer al Tribunal que sustancias como los hidrocarburos, liberadas en el ambiente, trasuntan un riesgo a los componentes ambientales señalados en la definición.

Por otra parte, se cita la secuencia de derrames producidos en la Bahía de Quintero durante los últimos 25 años, de lo cual se desprende que la actividad de descarga de combustible constituye un factor de riesgo latente en la bahía.

Claramente en la especie, cuando los sentenciadores abordan el análisis del concepto de riesgo, lo hacen desde un punto de vista más técnico que jurídico, haciendo énfasis en la probabilidad de ocurrencia de los derrames de petróleo en la Bahía de Quintero, como un elemento que trasunta a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental, otorgando incluso la calificación de potencialmente alto, al tipo de riesgo al que se expone el entorno circundante a la descarga en terminales marítimos.

Fundan para ello sus conclusiones en el Principio Preventivo, como criterio fundamental de nuestro sistema jurídico ambiental, el cual dicen los sentenciadores, se encarga del riesgo sabido, conocido, verificado, comprobado, real, por ende, tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, siendo necesaria la adopción de medidas previsoras en etapas precoces para evitar daños que pueden ser irreparables, pues no debemos olvidar que existe un interés público comprometido.

En tal sentido, la actividad de los jueces puede adoptar una actitud reactiva, cuando nos encontramos en presencia de un daño ya producido, o bien, una acción preventiva frente a riesgos conocidos para evitar que se produzcan.

El principio en comento, obedece a la máxima que se debe evitar a toda costa que el daño se produzca y bajo cualquier circunstancia, aun cuando se deriven de actos que en su origen se estimaron lícitos, de manera que la magistratura se encuentra llamada a ejercer la tutela preventiva, que es lo acontecido en el caso en análisis.

De manera, que claramente en la situación en comento, la decisión judicial arribada por el Segundo Tribunal Ambiental se ha visto inspirada en el Principio Preventivo, mas no del precautorio, pues si bien no ha quedado demostrado que el daño generado a los distintos componentes ambientales analizados sea de carácter significativo, la sola circunstancia de existir un riesgo racional y evidente conllevaron al Tribunal a adoptar medidas de resguardo, ordenando al demandado hacerse cargo de la situación de riesgo identificada en autos, es decir de la probabilidad que en el futuro se generen nuevos derrames de hidrocarburos, mas no acogió la demanda por daño ambiental impetrada, ya que en opinión mayoritaria en la especie se daban los presupuestos para ello, pese a la prevención del Ministro Escudero Ortúzar quien fue partidario de acoger la demanda.

3.3.2 Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Autos Rol D-6-2013, de Fecha 29 de Noviembre del año 2014 (<https://tribunalambiental.cl/consulta-de-causas/>)

En el presente caso, nos enfrentamos a una acción de reparación por daño ambiental interpuesta por el Estado de Chile en contra de la Sociedad Servicios Generales Larenas Ltda., fundando su demanda en que la demandada se encontraba ejecutando obras de

extracción de áridos en el cauce del río Duqueco y en terrenos ribereños, ambos en el sector denominado Llano Blanco, ubicado aguas abajo del puente Calderones, en la Comuna de Quilleco, Región del Bío Bío, sin contar con autorización alguna por parte de la Dirección Regional de Aguas y de la Municipalidad de Quilleco. Precisa que el río Duqueco es un afluente del río Bío Bío, que tiene una longitud de 120 kilómetros y cuya cuenca alcanza una extensión de 1.350 kilómetros cuadrados, atravesando en dirección de este a oeste a tres comunas, a saber: Quilleco, Santa Bárbara y Los Ángeles. Agrega que las aguas del mencionado río sustentan el ecosistema en toda su extensión y que son utilizadas como fuente de canales agrícolas, de agua potable para localidades ubicadas en sus alrededores, aprovechamiento hidroeléctrico y pesca deportiva. Señala que el río Duqueco, a 350 metros aproximadamente aguas abajo denominado “Llano Blanco”, se abría en dos brazos dejando entre ambos un lugar que se denominaba “La Isla” y luego se cerraba continuando en un solo cuerpo o curso de agua. El sector de “La Isla” tenía una superficie aproximada de 7 hectáreas, con suelo tipo misceláneo de río, con presencia de piedras y arenas medias a gruesas, y con flora arbórea y arbustiva, siendo un sector frecuentado por aves silvestres.

En cuanto a los hechos constitutivos de daño ambiental, el libelo afirma que con motivo de las actividades de extracción de áridos, el demandado construyó un pretil para desviar y secar el brazo norte del río, que rodeaba el sector “La Isla” por una extensión aproximada de 60 metros. Pues bien, con dicha intervención habilitó un acceso directo al cauce para el ingreso de maquinaria pesada y permitió la extracción de áridos en el brazo norte del río que fue secado. A lo anterior, se suma el hecho que la demandada efectúa faenas en otro sector, que se ubica hacia el otro lado del pretil, es decir, sobre una parte del cauce ubicado en el brazo sur.

Que si bien la Dirección Regional de Aguas, por inspección de octubre de 2011, ordenó la paralización inmediata de las obras de extracción y la restitución del cauce del río Duqueco, dicha medida no fue respetada por la empresa continuándose con las faenas de extracción. Luego de las extensas probanzas rendidas en autos, el Tribunal acoge la demanda por daño ambiental en contra de Sociedad Servicios Generales Larenas Ltda., declarándose que ésta ha provocado con sus actividades de extracción de áridos un daño ambiental, por lo que se le condena a reparar el medio ambiente dañado. Lo anterior implica que el demandado debe restaurar el medio ambiente a su estado original, lo que se traduce en restablecer todos los componentes medioambientales afectados señalados en la sentencia, en particular, restaurar la dinámica hidráulica del cauce del río Duqueco al trazado y profundidades que tenía antes de la extracción de áridos, y restablecer el hábitat de las especies de fauna íctica amenazada.

No obstante lo anterior, además el Tribunal ordena adoptar de inmediato como medida cautelar que la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas informara al Tribunal, dentro del plazo de 30 días, las medidas urgentes e inmediatas para evitar el riesgo de estabilidad del puente Calderones y riberas aguas abajo de éste.

3.3.3. Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Autos Rol D-14-2014, de Fecha 24 de agosto de 2016 (<https://tribunalambiental.cl/consulta-de-causas/>)

El debate en la presente causa se centró en determinar si en la especie hubo daño ambiental fundado en la lesión generada al ecosistema por colapso del depósito de relaves de Minera Tambillos, producto del terremoto del 27 de febrero de 2010, en que el Tranque de Relaves Las Palmas habría colapsado y provocado un alud de aproximadamente 200.000 metros cúbicos de material rocoso, arrasando incluso la vivienda donde habitaban los cuidadores con la consecuente muerte de 4 personas, alcanzando el camino público Penciahue-Las Palmas y los cauces de los esteros las Palmas y Los Ladrones, esparciendo material tóxico en una superficie de aproximadamente 10 hectáreas al interior del inmueble de la demandante (Fundo Las Palmas Sur). En concreto, se generó el colapso de cerca del 90% del tranque hasta un área de al menos 350 metros aguas abajo, cubriendo "varias hectáreas de terreno", bloqueando el camino público, cauces y la muerte de 4 personas. En términos esta situación habría afectado al suelo, vegetación, cursos de aguas superficiales y paisaje.

Con las probanzas acompañadas al proceso el Tribunal logró acreditar la existencia de daño ambiental, condenando a la demandada a repararlo, para lo cual se ordena a SCM Tambillos implementar un Programa de Reparación Ambiental con el fin de asegurar la estabilidad física y química del relave, y recuperar los atributos dañados de los suelos afectados, lo que permitirá aminorar el riesgo para la seguridad y salud de las personas y el medio ambiente. Los plazos definitivos, duración, control de su ejecución, mantención y logro de los objetivos del Plan de Reparación Ambiental deberán ser aprobados por las autoridades ambientales y sectoriales competentes, asegurando el total cumplimiento de la normativa vigente.

Para los efectos antes descritos el Plan de Reparación Ambiental debía incluir las siguientes medidas:

1. Efectuar un análisis de estabilidad del actual tranque y del área afectada por el derrame y proponer a la autoridad sectorial las mejoras para evitar futuros derrames ante un sismo máximo probable, utilizando magnitudes de aceleración debidamente validadas. Lo anterior, en un plazo de 3 meses contados desde la notificación de la sentencia.
2. Asegurar la total impermeabilidad de la carpeta de HDPE existente y presentar un proyecto para implementar un sistema que permita la recolección, conducción y descarga de aguas lluvia que escurran por sobre la carpeta de HDPE, sin dañar sus anclajes, ni la superficie de la misma, para evitar que se generen aguas de contacto con el relave y poder descargarlas hacia cauces superficiales en condiciones inocuas para el medio ambiente y la calidad de las aguas de dichos cauces. Dicho sistema contará con un programa de monitoreo de calidad del agua y medidas de control de la misma. Todo ello, en un plazo de 2 meses contados desde la notificación de la sentencia
3. Considerando que: (i) el relave derramado tras el terremoto ha sido declarado por la autoridad sanitaria como residuo peligroso; (ii) éste posee un potencial de lixiviación cierto, es decir, debido a sus características físico-químicas puede liberar al medio ambiente

cianuro y metales pesados; y, (iii) se encuentra sobre suelo no impermeabilizado, es necesario que parte demandada cumpla plenamente con lo exigido por la SEREMI de Salud en el año 2010. Esto es, la presentación de un proyecto para el control de todos los riesgos para la salud de la población que garantice la no migración de contaminantes al medio ambiente, incluyendo una caracterización de los suelos del área afectada (50 hectáreas aprox.), con el propósito de establecer la extensión precisa de la dispersión de las sustancias tóxicas contenidas en el relave derramado y las acciones de remediación necesarias. Este proyecto tendrá que ser presentado a dicha autoridad, dentro del plazo de 1 año contado desde la notificación de la sentencia.

4. Recolectar el suelo afectado con relaves derramados, en toda el área no cubierta actualmente por carpeta HDPE, incluido el cauce del estero las Palmas que se encuentra afectado por restos de relaves producto de escorrentías superficiales recientes, hasta la confluencia con el cauce actual del estero Los Ladrones; e incorporar todo el material extraído al interior del área cubierta. Todo esto, con el fin de evitar el arrastre por escorrentía superficial de las aguas lluvia hacia los esteros y suelos ubicados aguas abajo y una potencial lixiviación hacia aguas subterráneas. Estas acciones deberán ejecutarse dentro de un plazo de 6 meses a contar de la notificación de la presente sentencia.

5. Efectuar un Plan de Seguimiento del probable transporte de sustancias potencialmente contaminantes a través del suelo subyacente no impermeabilizado, y las aguas superficiales y subterráneas, con una representatividad espacial y temporal adecuada. Dicho Plan deberá presentar conclusiones y recomendaciones para el manejo de los relaves de acuerdo a la normativa vigente en un plazo no mayor a 1 año a contar de la notificación de la presente sentencia.

6. En caso de que los resultados de los puntos 3 y 5 demuestren que el relave derramado continúe afectando el medio ambiente o a sus componentes, se deberá someter a las autoridades un proyecto para re-disponer o re-embalsar el relave derramado a su posición original, es decir, al interior del o los tranques habilitados originalmente para tal efecto, reacondicionados previamente para ello. Dicho proyecto deberá considerar, como mínimo, memoria técnica, plazos de ejecución, tecnologías, potenciales impactos y riesgos, medidas para el cumplimiento de las normativas de carácter ambiental y otras aplicables y deberá ser aprobado previamente por los organismos públicos competentes. Este proyecto deberá ser presentado en un plazo no superior a 3 años, contados desde la notificación de la sentencia.

7. En caso de que no sea necesario ejecutar la medida del punto anterior, para asegurar la estabilidad física del talud frontal de relave se deberá instalar un muro de contención en la base del vértice sur, el cual deberá desarrollarse en ambas direcciones desde ese punto. Esto es, hacia el noroeste, paralelo al cauce del estero Las Palmas. Dicho proyecto deberá someterse a la aprobación de las autoridades competentes en un plazo no mayor a 2 años, contados desde la notificación de la presente sentencia.

8. Presentar un proyecto para implementar un Plan de Fitoestabilización con especies vegetales, tolerantes a este tipo de relaves, sobre una cubierta definitiva de material arcilloso y suelo fértil que cubra la totalidad de los relaves y el área industrial hasta el borde del estero Las Palmas, cuyo objeto sea asegurar la estabilidad física a largo plazo,

lo que también colaborará con su estabilidad química. Este proyecto deberá ser presentado a las autoridades competentes y aprobadas en un plazo no superior a 30 meses, contados desde la notificación de la sentencia.

9. Desmantelar todos los restos de las instalaciones existentes sobre el terreno y completar la disposición final de los materiales chatarra contando con la previa autorización de las autoridades sectoriales competentes, con el objetivo de llevar a cabo el plan indicado en la letra anterior. Esta medida se deberá ejecutar en un plazo de 3 meses a contar de la notificación de la presente sentencia.

10. Plantar una franja arbórea con especies tolerantes a los relaves en cuestión de rápido crecimiento, de forma tal que se mitigue el impacto del viento sobre la correcta implementación y funcionamiento inicial de Plan de Fitoestabilización. Dicha franja arbórea deberá disponerse en forma paralela al cauce del estero Las Palmas, desde el vértice del terreno afectado con la Ruta K-195 en dirección noreste, hasta el límite de la zona industrial. Todo ello, dentro de un plazo de 3 meses a contar de la notificación de la presente sentencia.

11. Adoptar las medidas de seguridad que contemple la normativa para este tipo de instalaciones, dentro de 30 días a contar de la notificación de la presente sentencia.

De todas las medidas adoptadas se puede colegir que lo pretendido por el Tribunal es reducir la probabilidad de ocurrencia de un episodio ambiental como el analizado, ya que existiría un riesgo probable de acontecer nuevamente y con ello producirse un daño a la salud de las personas y al medio ambiente, por ello al circunscribirse el riesgo permitido se establecen a su vez medidas reales y concretas para la gestión de este tipo de riesgo.

3.3.4 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, Autos Rol D-25-2017, de Fecha 17 de Agosto de 2017. (<https://causas.3ta.cl/causes/291/expedient/6758>)

La presente sentencia, resulta ser de interés para este trabajo por la forma en que se pone término al juicio, esto es por conciliación, a diferencia de los restantes fallos analizados, todos en los cuales el término del pleito fue a través de sentencia definitiva de segunda instancia.

Para efectos de contextualizar el objeto de la litis, es menester hacer presente que con fecha 1º de marzo de 2017, la Ilustre Municipalidad de Pitrufquén, debidamente representada, interpuso contra Empresa de los Ferrocarriles del Estado y el Comité Operativo de Emergencias de la Región de La Araucanía una demanda de declaración y reparación del supuesto daño ambiental causado como consecuencia del desplome del puente y caída de los vagones al río Toltén, que luego rectificó demandando también a Ferrocarril del Pacífico S.A.

Dicha demanda tenía por objeto que el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental declarara la existencia de daño ambiental en el ecosistema, calidad de las aguas y servicios ecosistémicos del río Toltén. La demanda fue contestada por las demandadas, solicitando

todas el rechazo de la demanda en todas sus partes.

El Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, durante la audiencia de 27 de julio de 2017, instó a las partes acordar las bases de una conciliación, suspendiéndose la audiencia hasta el jueves 17 de agosto de 2017, con el objeto que las partes pudieran presentar el acuerdo definitivo el cual fue suscrito en la respectiva audiencia de conciliación, prueba y alegaciones de conformidad a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 20.600

Posteriormente, en la precitada fecha y con la anuencia del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental unido a los antecedentes que obran en autos, la demandante Ilustre Municipalidad de Pitrufquén constata que no se ha producido daño ambiental en los términos que establece la letra e) del artículo 2 de la Ley No 19.300, esto es, no existe una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo sobre el ecosistema, la calidad de las aguas y los servicios ecosistémicos del Río Toltén, ni de otro componente del medio ambiente, como consecuencia del colapso del puente ferroviario Toltén y posterior caída a sus aguas de 7 vagones. Por su parte, las demandadas Empresa de los Ferrocarriles del Estado y Ferrocarril del Pacífico S.A. constatan una afectación a las confianzas de la comunidad y usuarios del río Toltén respecto al real estado de las aguas de este río, luego de los episodios señalados.

Sobre la base de lo anterior, y para los efectos de contribuir al restablecimiento de la confianza de la comunidad, la parte demandante ha solicitado a las partes demandadas, las que aceptan en este acto, efectuar:

1. Un monitoreo ambiental de cierre del río Toltén, a efectuarse durante el mes de noviembre de 2017, el cual incluirá aguas, sedimentos y plantas. Dicho monitoreo sería realizado en 4 estaciones: una, aguas arriba del incidente y tres, aguas abajo, comprendiendo las siguientes actividades: i) Análisis de sedimentos; ii) Análisis de aguas; y iii) Análisis de estructura comunitaria de fauna bentónica.

El costo de este monitoreo será asumido -en partes iguales- por la Empresa de los Ferrocarriles del Estado y por Ferrocarril del Pacífico S.A., a razón de un cincuenta por ciento cada una de ellas. La Empresa de Ferrocarriles del Estado, será la encargada de llevar adelante el monitoreo, debiendo FEPASA contribuir a solventar éste -en la parte que le corresponde- dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la entrega de la correspondiente factura, y detalle con respaldo de los gastos;

2. Una campaña de difusión orientada a recuperar la confianza de los habitantes de la comuna de Pitrufquén y alrededores, respecto a la situación del ecosistema, la calidad de las aguas y los servicios ecosistémicos del Río Toltén. Dicha campaña tendrá como objetivo poner a disposición de los habitantes de Pitrufquén y alrededores, de manera sencilla y asequible, la información disponible del estado ambiental del Río Toltén.

La campaña consistirá en la realización de las siguientes acciones y/o actividades:

- a) El diseño y elaboración de 5.000 volantes y 500 afiches. Estos contendrán, de manera clara y sencilla, la información básica del monitoreo a realizar por las demandadas, de forma tal que pueda ser comprendida fácilmente por los habitantes y principales usuarios del Río Toltén.

b) La emisión -con el mismo objeto anterior- de 2 mensajes radiales semanales durante el período de un mes.

c) El desarrollo de las actividades vinculadas a la campaña de difusión deberán ser organizadas y desarrolladas con la colaboración de todas las partes. El costo de estas actividades será asumido -en partes iguales- por la Empresa de los Ferrocarriles del Estado y por Ferrocarril del Pacífico S.A., a razón de un cincuenta por ciento cada una de ellas.

La Empresa de los Ferrocarriles del Estado, será la encargada de llevar adelante esta campaña, debiendo FEPASA contribuir a solventar ésta —en la parte que le corresponde— dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la entrega de la correspondiente factura;

Por su parte, la Ilustre Municipalidad de Pitrufquén se compromete a facilitar la distribución de la folletería, los lugares donde se desarrollarán las actividades de información y a realizar las gestiones para su convocatoria.

3. La demandada Empresa de los Ferrocarriles del Estado se compromete a efectuar labores de restitución del cauce, en los términos y plazo requeridos por la autoridad competente, así como a retirar los restos del siniestro existentes en el lugar. El Comité Operativo de Emergencias efectuará las coordinaciones y demás acciones tendientes a agilizar los procesos destinados a cumplir con este punto;

4. Con fecha 16 de agosto de 2017, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, en conjunto con la I. Municipalidad de Pitrufquén efectuó una visita inspectiva a terreno para los efectos de verificar la posible afectación de viviendas a causa de las obras de modificación de cauce que fueron necesarias de ejecutar para realizar el rescate de los carros siniestrados. De dicha visita se constató la afectación a una vivienda por las obras en el cauce del río Toltén. La Empresa de los Ferrocarriles del Estado coordinará las labores de reparación directamente con las personas afectadas y bajo la supervisión de la Ilustre Municipalidad de Pitrufquén.

5. La Empresa de los Ferrocarriles del Estado y Ferrocarril del Pacífico S.A. en conjunto con la Ilustre Municipalidad de Pitrufquén, efectuaron una visita inspectiva a terreno con el objeto de comprobar y determinar la existencia de "eventos" en los tramos "entrada Pitrufquén-Ñancul" y la bajada sector Matadero de acceso a la ribera del Río Toltén. De dicha visita se levantó un acta, la cual se entiende parte constitutiva del presente acuerdo, constatándose la existencia de eventos en los referidos tramos, los cuales tienen una superficie aproximada de 357 metros cuadrados.

6. La realización de 2 actividades informativas abiertas al público, donde se explicará y difundirá la información referida en la letra a) precedente. La primera de estas actividades se realizará de manera abierta a todo público. La segunda actividad informativa se enfocará a los principales usuarios del Río Toltén y su ecosistema (comunidades mapuches, agricultores, agua potable rural y boteros), y su contenido se centrará en la información del Monitoreo efectuado, para los efectos de transmitir tranquilidad a los usuarios del río. Sobre la base de la visita efectuada, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado y Ferrocarril del Pacífico S.A. se comprometen a financiar reparaciones de los

eventos en los términos y montos referidos en el acta de inspección, lo cual se repartirá a razón de un cincuenta por ciento cada una de ellas.

7. La Empresa de los Ferrocarriles del Estado manifiesta su voluntad de reestablecer el puente ferroviario del Río Toltén a la brevedad posible y manteniendo las características originales del puente. Esto último, siempre que las condiciones de ingeniería, técnicas y financieras lo permitan.

La Ilustre Municipalidad de Pitrufquén y la Empresa de los Ferrocarriles del Estado acuerdan, a partir de la firma del acuerdo en comento, a constituir una mesa de trabajo de carácter informativa, permanente y que deberá sesionar mensualmente durante todo el periodo que dure el proceso de reconstrucción del puente y la restitución del cauce del Río Toltén, de tal manera de incorporar los elementos de interés de la comunidad de la comuna de Pitrufquén en la planificación y ejecución de tales actividades y obras.

Tras lo advertido en este caso, es dable enaltecer la voluntad que presentaron las demandadas, en el sentido de acceder a la implementación de un cúmulo de medidas tanto reactivas como preventivas, todas tendientes a evitar que se repitan los hechos suscitados pero a la vez con un componente social fuerte de transmitir confianza a la ciudadanía respecto a la situación del ecosistema, la calidad de las aguas y los servicios ecosistémicos del Río Toltén.

Lo anterior, permitirá develar la situación actual del río, pudiendo así contar con antecedentes fehacientes de la realidad frente a cualquier riesgo ambiental que pudiere afectar en el futuro a la zona en comento.

3.3.5 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Autos Rol 15.549-2017, de fecha 09 de enero de 2018 (<https://www.suprema.pjud.cl>)

La presente causa fue analizada y fallada por la Excelentísima Corte Suprema, a propósito del recurso de casación en el fondo deducido por los Sindicatos de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales, Buzos Mariscadores_y Ramos Similares, de las caletas Ventanas y Horcón en contra de la sentencia emanada del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, que rechazó la Reclamación que pretéritamente interpusieran dichos sindicatos ante la Resolución dictada por la Superintendencia del Ambiente que declaró la incompetencia del órgano fiscalizador para conocer y sancionar los hechos denunciados por los reclamantes, relativos al derrame de petróleo acaecido desde el terminal Marítimo de Enap Refinería Aconcagua S.A., en la bahía de Quintero, ordenando el archivo de las denuncias respectivas.

Los hechos ocurrieron el 24 de septiembre de 2014, cuando el buque tanque Mimosa se encontraba realizando operaciones destinadas a la descarga de petróleo crudo mediante la monoboya hacia el estanque T-5104 del terminal. Ese mismo día, la Superintendencia del Medio Ambiente realizó una visita inspectiva a las dependencias del terminal. Cinco días después, esto es, el día 29 de septiembre de 2014, los sindicatos presentaron una denuncia ante el ente fiscalizador, quien estimó que los hechos denunciados por los reclamantes no se pudieron asociar a la infracción de algún instrumento de carácter

ambiental. Y tras realizar diversas diligencias, el 24 de julio de 2015, dictó su incompetencia en la Resolución Exenta N° 608/2015, argumentando que las instalaciones del Terminal Marítimo Quintero involucradas en el derrame correspondían a la monoboya y al estanque T-5104, estructuras que no se encontrarían reguladas por ninguna de las Resoluciones de Calificación Ambiental con que cuenta dicho terminal, pues datan del año 1971.

De modo que el ente fiscalizador motivó su decisión en la circunstancia que se trataría de instalaciones anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 19.300 y del respectivo reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental concluyendo que la Autoridad Marítima es el órgano competente para conocer de tales hechos, tales argumentos posteriormente fueron recogidos por el Ilustre Tribunal Ambiental de Santiago quien rechaza la reclamación deducida.

No obstante lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema deshecha los fundamentos vertidos por la jurisdicción ambiental estimando que la labor de la Superintendencia del Medio Ambiente debe ser entendida en el contexto más amplio de la normativa destinada a cautelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y, en consecuencia, sus atribuciones y facultades no pueden ser comprendidas como restringidas y limitadas, exclusivamente, a la fiscalización y sanción de las conductas transgresoras vinculadas con actividades que hayan sido sometidas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Por el contrario, y considerando, en especial, la naturaleza de derecho público de las normas que regulan el quehacer del señalado ente, que establece cuáles son sus atribuciones y que definen el modo en que puede ejercerlas, calidad que implica que tales disposiciones rigen in actum, forzoso es concluir que la Superintendencia del Medio Ambiente se encuentra obligada, por así disponerlo el artículo 2° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, a fiscalizar toda clase de actividades que puedan lesionar el medio ambiente, con independencia de si las mismas han sido sometidas previamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, puesto que, en la perspectiva del deber de protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que recae sobre el Estado, sus funciones no se pueden ver constreñidas, de manera artificial, por una exigencia de esa clase, máxime si por intermedio de semejante determinación se podría omitir la realización de las conductas necesarias para salvaguardar el medio ambiente de daños ya producidos o se podría abordar su solución con una mirada ajena a la que es propia del derecho medio ambiental.

Finalmente los sentenciadores del Máximo Tribunal concluyen de manera mayoritaria que aparece con nitidez que la decisión impugnada en autos es, efectivamente ilegal, puesto que por su intermedio la autoridad administrativa ha decidido, con infracción de lo estatuido en el artículo 2° de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, que carece de competencia “para conocer y sancionar los hechos denunciados por los reclamantes”, pese a que por su carácter y por su adscripción al derecho público, la indicada disposición faculta a dicho órgano, precisamente, para conocer de tales hechos.

Si bien, la sentencia en análisis es llamativa, en el sentido que anteriormente los Tribunales de Justicia solo amparaban la competencia de la Superintendencia respecto de proyectos e instalaciones que presentaran a lo menos una modificación que hubiese

ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, tal como aconteció en los autos sobre Reclamación R-14-2013 del ingreso del Segundo Tribunal Ambiental¹⁵, en el caso de marras la Excelentísima Corte Suprema utiliza un criterio más amplio, el cual se justifica plenamente conforme al principio Preventivo que inspira la nueva institucionalidad ambiental de nuestro país, el cual se colige de las reminiscencias en el fallo, a la historia fidedigna de la Ley 20.417 y la protección constitucional del llamado patrimonio ambiental.

Finalmente, solo resta deducir que cuando los sentenciadores argumentan que la Superintendencia tiene la facultad de fiscalizar toda clase de actividades que puedan lesionar el medio ambiente, claramente se están refiriendo al riesgo ambiental que conlleve una determinada actividad.

3.3.6 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Autos Rol 34.594-2017, de fecha 22 de mayo de 2018 (<https://www.suprema.pjud.cl>)

En el presente caso el riesgo se evidencia de manera indirecta por las malas decisiones adoptadas por la autoridad, se trata de un recurso de protección deducido por don Julio Cárdenas Bustamante en su calidad de Presidente del Sindicato de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales, Buzos Mariscadores, Ayudantes y ramos similares y OTROS en contra del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, de la Dirección del Territorio Marítimo y Marina Mercante, de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Los Lagos, de la Superintendencia del Medioambiente y del Ministerio del Medioambiente ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en cuya primera instancia si bien fue acogida la acción, posteriormente la Excentísima Corte Suprema conociendo de él mediante un recurso de apelación deducido por la parte reclamada, lo confirma introduciendo modificaciones a la sentencia del Tribunal de Alzada, las cuales resultan de gran atractivo para esta obra, por lo que las pasaremos a analizar.

Para entender el contexto de lo analizado, cabe hacer presente que en la acción constitucional de protección en comento, se ha discutido la ilegalidad y arbitrariedad del acto consistente en la autorización de vertimiento al mar de 9.000 toneladas de salmones muertos y en descomposición, otorgada por Directemar con su Resolución Ord. N°12.600/05/114/VRS de 4 de marzo de 2016 y su complemento N°12.600/05/124 del día 14 de los mismos, en la que indicó que dicho vertimiento se realizaría a 75 millas náuticas al weste de Punta Corona, en un radio de 5 millas náuticas, la que se materializó el día 11 de marzo de ese año, decisión a la que también concurrió Sernapesca con su informe técnico favorable, también de 4 de marzo, actividad que se llevó a cabo sin el adecuado control que debieron haber efectuado tanto la autoridad sanitaria como la medioambiental.

¹⁵ Autos sobre Reclamación caratulados “Sindicato de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales y Buzos Mariscadores I Región y otros con Superintendencia del Medio Ambiente”, R-14-2013 del ingreso del Segundo Tribunal Ambiental, en los cuales se concluyó que...la denuncia debe conducir a un procedimiento sancionatorio o a una fiscalización...el archivo, por lo tanto, debe entenderse como una posibilidad de última ratio. No obstante, en la presente causa Petrobras Chile Distribución Ltda. era titular de una concesión marítima menor concedida el día 5 de agosto de 2011.

Que los principales cuestionamientos formulados a las autoridades marítima, pesquera, sanitaria y ambiental, dicen relación con la falta de fundamentos técnicos para resolver como lo hicieron, y con la omisión del cumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias de control de las actividades contaminantes y riesgosas para la salud humana y animal, y para el medioambiente, todo lo cual se detalló en lo expositivo y considerativo, hasta el motivo octavo, del fallo de primera instancia.

Que, entre los fundamentos de la resolución recurrida, se encuentran las emitidas por Sernapesca, Resoluciones Exentas N°1.340 y N°1.359, de 29 de febrero y 1 de marzo de 2016, dictadas en razón de haberse presentado una situación de floración de algas nocivas que provocó una gran mortandad de salmones en 45 centros de cultivo, con una biomasa aproximada de 12.700 toneladas, como consecuencia de haber disminuido el oxígeno en el agua por el aumento explosivo de las algas, declarando que se trataba de un caso de fuerza mayor y autorizando la adopción de medidas excepcionales para la disposición de los peces muertos puesto que las empresas salmoneras habían informado de tal emergencia expresando que la situación excedía el marco regulatorio ordinario.

Luego, también a requerimiento de cuatro empresas del rubro, se dictó la resolución recurrida de Directemar, apoyada en el mérito del Informe Técnico evacuado por Sernapesca, el que había sido requerido por la autoridad marítima el día anterior, y se autorizó el vertido de la biomasa en descomposición al mar.

Que, nuestro Máximo Tribunal, cuestiona el mencionado Informe Técnico Ordinario N° 08746 considerando que carece de antecedentes - porque no hay una mención en ellos - que permitan concluir por qué se estimó que 9.000 toneladas de biomasa era la cantidad aceptable para ser vertida en el mar, y no en 5.000 toneladas, como propuso a modo puramente ejemplar la parte recurrente, dado que dicho informe sólo se remite a las ya mencionadas Resoluciones Exentas N°1.340 y N°1.359, de 29 de febrero y 1 de marzo de 2016, y a un anexo consistente en un catastro de las agrupaciones de salmónidos afectadas por el fenómeno.

Que el Informe Técnico, Solicitud de Vertimiento al Mar Salmonchile A.G., evacuado por Sernapesca en abril de 2016 a través del Ordinario N°08746, consignó entre sus antecedentes que desde el día 22 de febrero de ese año, se tenía conocimiento que en el Seno de Reloncaví se observaban condiciones climáticas favorables coadyuvantes de la producción desmesurada del alga denominada chatonella, que provocó la asfixia de los salmones. Sin embargo, la misma institución, en su Informe de Fiscalización de la Resolución D.G.T.M. y M.M. Ord. N°12.600/05/114/VSR, de la Autoridad Marítima Relativa al Vertimiento de Salmones, consignó que conocía del aumento de la temperatura del mar en la zona desde el mes de enero y que ello creaba condiciones oceanográficas favorables a la aparición del fenómeno por lo que, cuando éste se produjo, “activó sus protocolos de contingencia con el objetivo de garantizar la rápida eliminación de las mortalidades en condiciones de máxima bioseguridad y agilizar los movimientos de emergencia” de la biomasa.

Sobre el particular la Excelentísima Corte, recogiendo los fundamentos del Tribunal de Alzada concluye que no obstante que se tenía conocimiento del riesgo que implicaba la

condición climática descrita en los informes, nada se hizo para procurar reducir su impacto en la tasa de mortalidad de los salmónidos adoptando alguna medida preventiva, limitándose la mencionada repartición a disponer lo necesario para afrontar la emergencia sanitaria una vez producida y para el solo efecto de dar destino final a los peces muertos.

En el fallo, se reprocha la conducta adoptada por la Superintendencia de Medioambiente, quien en el proceso judicial manifestó en su informe no haber tenido injerencia alguna en el otorgamiento de la autorización de vertimiento impugnada, no obstante reconoció contar con facultades para realizar visitas inspectivas a los centros de cultivo de salmón, agregando a su informe constancias de los sumarios ambientales que instruyó esa misma entidad fiscalizadora, tal como se señala en el considerando 7 de la Resolución Exenta N°1/Rol D-063-2016, y en el considerando 12 de la Resolución Exenta N°1/ D-84-2016, ambas de esa Superintendencia, por medio de las cuales se formularon cargos a las empresas fiscalizadas. Dichos sumarios, se instruyeron, precisamente, a raíz de las falencias constatadas en el tratamiento y disposición de los salmones muertos en este episodio. En cualquier caso, resulta forzoso concluir que la aludida repartición tiene facultades de vigilancia propias, las que se encuentran claramente establecidas, en los artículos 1° a 3°, y en el Título II rotulado “De la Fiscalización Ambiental”, Párrafo 2° cuyo epígrafe reza “Inspecciones, mediciones y análisis”, todos de la Ley N°20.417, para realizar el debido control y supervisión de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Mantención y de los Planes de manejo, entre otros, instrumentos todos que son aplicables a las empresas del rubro. Esas disposiciones habilitan a la Superintendencia incluso a iniciar de oficio sumarios ambientales en el ejercicio de sus potestades sancionatorias, algunas de las cuales le son privativas, como sucede con las relativas a las infracciones contempladas en el artículo 35 de su Ley Orgánica.

Que, en este mismo orden de ideas, las propias empresas del rubro informaron la ocurrencia de una contingencia por mortalidad masiva de peces, aduciendo encontrarse superadas las capacidades de infraestructura, mano de obra y transporte para el adecuado tratamiento de la mortalidad, y sosteniendo que existía un riesgo de generar un efecto ambiental o sanitario en el medioambiente acuático”, de modo que la autoridad pesquera no podía ignorar que resultaba indispensable realizar una fiscalización efectiva en las unidades productivas en riesgo para haber podido adoptar medidas preventivas, correctivas o de mitigación de manera oportuna.

Que así se aprecia que las instituciones involucradas omitieron desplegar actividades que aminoraran los efectos que esa condición climática, que era conocida con anticipación, podía producir sobre los cultivos acuícolas, como efectivamente sucedió, y en tan gran magnitud.

No obstante lo anterior, resultó ser un hecho público y notorio, acreditado con las múltiples publicaciones de prensa escrita y digital que se acompañaron a la causa, que algunos contenedores o “bins” fueron rechazados por las plantas de harina de pescado cuando se superó su capacidad de procesamiento por lo que fueron devueltos a las empresas, de modo que resulta inconcuso que había biomasa tratada con sustancias químicas cuyo destino se desconoce y que bien pudo formar parte de aquella porción de la mortalidad que no se destinó a ser desechada en un vertedero.

Que, por lo que dice relación con la actuación de Directemar, es necesario consignar que el Decreto N°476/1977, Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras materias, dispone en su artículo V que para autorizar un vertimiento al mar, es necesario acreditar que se llevará “a cabo de forma que se reduzca al mínimo la probabilidad de que se ocasionen daños a seres humanos o a la vida marina”. Dicho requisito, cuya acreditación demanda cumplir con las exigencias contenidas en el Decreto N°136/2012 (RREE) que promulga el Protocolo de 1996 Relativo al Convenio Sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras materias que, en su Anexo 2, numerales 7 y 8, exige una caracterización detallada de los aludidos detritus, exigencia que resulta indispensable para que la autoridad llamada a autorizar el vertido al mar pueda cumplir con lo dispuesto en el artículo IV, N°2 del Convenio, que establece que “los permisos se concederán tan solo tras una cuidadosa consideración de todos los factores que figuran en el Anexo III, incluyendo los estudios previos de las características del lugar de vertimiento, que presupone el cumplimiento del Anexo 2 puesto que, como es obvio, las características de las sustancias determinan las condiciones que debe cumplir el lugar para disminuir el riesgo de daño.

Que, sentado lo anterior, no cabe sino concluir que el considerando 8 de la Resolución Ord. N°12.600/05/114/VRS de 4 de marzo de 2016 de Directemar, que expresa “que el informe técnico citado en el numeral 6, indica que el desecho de pescado es orgánico y sus propiedades químicas, físicas y biológicas no afectan al ecosistema acuático, la vida humana en el mar, vías de navegación, ni a las actividades de otros usuarios marítimos”, resultó infundada, puesto que el Informe Técnico Ordinario N°08746, Solicitud de Vertimiento al Mar Salmonchile AG, evacuado por Sernapesca, carecía de todo antecedente concreto que permitiera llegar a esa conclusión. Muy por el contrario, solamente expresaba que “conforme a las inspecciones del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura realizadas a la fecha, no se ha pesquisado el tratamiento de la mortalidad. Sin perjuicio de lo anterior, Sernapesca verificará el no uso de sustancias químicas en la biomasa a verter”.

Vale decir, que no existía certeza acerca de la presencia de químicos nocivos en la biomasa que se debía desechar, desde que los estudios necesarios para ello no habían culminado, tal como fluye del propio texto del informe. Otro tanto puede decirse del proceder del Ministerio del Medioambiente, también recurrido, que alegó carecer de competencias para intervenir, siendo del caso apuntar que sobre esta autoridad pesa el deber impuesto por el artículo 70 de la Ley N°19.300 sobre Bases del Medioambiente, de velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales en que Chile sea parte en materia ambiental, como ocurre en la especie, de manera que no puede excusarse de carecer de facultades para entender preventivamente en esta clase de situaciones, puesto que tiene una obligación legal de hacerlo.

El considerando Décimo tercero del fallo en análisis es categórico en sostener que hubo “Riesgo” de afectación a la vida y la salud de las personas y de los animales, o del medioambiente, al autorizarse el vertimiento por Directemar ya que con tal conducta se incumplió lo dispuesto en el artículo V del Decreto N°476/1977, Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por

Vertimiento de Desechos y otras materias, ya que la autoridad marítima no se cercioró previamente de la concurrencia de los requisitos exigidos por dicha normativa, infringiendo con ello el principio de precaución que ha de regir toda decisión que arriesgue una afectación de tal envergadura, misma infracción en la que incurrió Sernapesca al emitir el Informe favorable al vertimiento de que se ha venido tratando.

Finalmente los Ministros del Máximo Tribunal concluyen que, atento a lo razonado, se puede concluir que la actuación de los recurridos se ha apartado tanto de la normativa jurídica que regula sectorialmente las emergencias ambientales y sanitarias, así como de la que se orienta directamente a la protección del medioambiente, lesionando con esta conducta el derecho de los recurrentes garantizado por nuestra Carta Fundamental en el artículo 19, N°8, esto es, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, de manera que el recurso de protección interpuesto debía ser acogido ordenando a todos los recurridos la adopción en el plazo de dos meses, de las medidas preventivas, correctivas y de coordinación de los procedimientos por los que cada uno deba regirse, propendiendo a una reacción oportuna y eficaz para evitar los riesgos para la salud de la población y los daños al medioambiente, las que debían ser informadas a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, debiendo, en todo caso, continuarse con las investigaciones científicas y administrativas que contribuyan al establecimiento de medidas que propendan a impedir la repetición de lo ocurrido.

En el caso particular, llama la atención el tratamiento que otorgan la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt como así mismo la Excelentísima Corte Suprema al concepto de riesgo ambiental, el cual sin definirlo de manera alguna en sus respectivos fallos lo relacionan directamente con la noción del Principio de Precaución dejando entre ver una sinonimia entre ambos. Y coligiendo que una transgresión al referido principio ambiental implica la presencia de un riesgo ambiental.

Es decir, volviendo al análisis preliminar efectuado al inicio de este trabajo, la presente sentencia evidencia como una errática conducta del hombre, que es el foco de análisis, traducida en el caso de marras, a las autorizaciones otorgadas por las diversas autoridades involucradas generaron un riesgo ambiental tanto en la vida y la salud de las personas y de los animales, como así mismo del medioambiente, cuestión que no puede ser justificada de manera alguna pese a que la decisión adoptada fue una reacción a un hecho fortuito acaecido, es decir, la producción natural pero desmesurada del alga chatonella, que provocó la asfixia de los salmones producto de las condiciones climáticas imperantes a la época.

A un mayor abundamiento, podemos colegir además, que el principio precautorio resulta ser un componente necesario para dar legitimidad a las decisiones regulatorias o de autoridad en casos de incertidumbre y en segundo lugar que a pesar de que en Chile no se ha articulado una normativa específica que le dé más densidad, este principio de todas maneras se encuentra operando en la práctica como parte de la regulación ambiental nacional, y como hemos podido observar cada vez se vincula más a la noción de riesgo ambiental.

3.3.7 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Autos Rol 15.499-2018, de fecha 24 de diciembre de 2018 (<https://www.suprema.pjud.cl>)

La sentencia en cuestión, analiza por la vía de la apelación de la sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en los autos Rol 2514-2018, la acción de protección interpuesta por don Claudio Patricio Garín Palma en su calidad de Presidente de la Junta de Vecinos Punta Puyai en contra de la Dirección de Obras Municipales de Papudo y de su Director de Obras en razón de que, habiéndose decretado la paralización de faenas del proyecto inmobiliario Altos de Puyai, ha dispuesto medidas de mitigación que estima del todo insuficientes para asegurar la debida protección de los derechos del recurrente y los demás vecinos del sector, cuya vida, seguridad personal e integridad física y síquica se encuentran amenazadas por la realización del aludido proyecto.

Enfatiza que entre los diversos actos lesivos en que ha incurrido el desarrollador del proyecto y que motivaron la disposición de las medidas de mitigación, se cuenta la destrucción de la vía de evacuación ante el riesgo de tsunami, respecto de la cual el recurrido sólo ha instruido el trazado de un sendero de evacuación, en circunstancias que de acuerdo con lo previsto en la Guía de Referencia para Sistemas de Evacuación Comunales por Tsunami de ONEMI, que describe las vías de evacuación como vías o huellas de tamaño mayor, precisando que en aquellos casos en los que la evacuación deba realizarse en pendiente no habilitadas y donde sea difícil o poco justificada la construcción de calles vehiculares, se sugiere evaluar la construcción de caminos peatonales que conecten con la zona segura, los que pueden ser habilitados como caminos recreativos y miradores, respectivamente, en consideración al carácter turístico de ciertas zonas.

Cabe hacer presente que en el fallo en análisis se alude además a otros hechos que han sido materia de un segundo recurso de protección, a saber, Rol N°2903-2018 ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el cual corresponde a la causa Rol N°15.500 de la Excelentísima Corte Suprema, del cual se ha dado cuenta conjuntamente con éste, por ser también recurrente, entre otros, Claudio Garín Palma, por sí y en nombre de la Junta de Vecinos Punta Puyai, dirigido en contra de Promotora Habitacional Prohabit Limitada y de Consorcio Punta Puyai por la que igualmente se denuncian los riesgos para el ecosistema que se siguen de la ejecución de las obras, ya que ésta ocupará los faldeos y la loma del cerro Lilén, destruyendo la flora nativa existente en el lugar, y que contempla el levantamiento de taludes que arriesgan derrumbarse sobre las casas en caso de lluvias u otros fenómenos naturales, no obstante lo cual, no se sometió a evaluación ambiental por cuanto las recurridas, Consorcio Punta Puyai S.A. y Promotora Habitacional Prohabit Ltda., lo estimaron innecesario por emplazarse éste dentro del radio urbano de Papudo, conforme al Plan Regulador Comunal, y porque dicho proyecto no excede de 80 departamentos y 102 estacionamientos, esto es, porque no se trata de aquellos casos señalados en el artículo 10 de la Ley N°19.300.

Dado lo anterior los recurrentes han requerido judicialmente la protección de sus derechos disponiendo la paralización de las obras hasta que el proyecto se someta a una completa evaluación de los impactos ambientales que genera.

Dentro del razonamiento que expone la Excelentísima Corte Suprema que conllevaron a revocar el fallo apelado, se puede advertirse, el llamado a la autoridad ambiental de ejercer su obligación general de preservar la naturaleza y proteger el medio ambiente, para evitar el daño ambiental.

Agregando que, con este fin, se hace necesario que cuando existe riesgo de producir los daños a que se refiere el artículo 2° letra e), se evalúe el impacto ambiental que puede producir un determinado proyecto, impacto que debe ser entendido en los términos descritos por la letra k) del mismo artículo, esto es, como la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada.

Que, en este orden de ideas, dentro de los fundamentos que conllevaron a acoger la acción de protección se encuentra la idea que los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental no son únicamente aquellos enumerados en el artículo 10 de la Ley N°19.300 y en el artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Dichas disposiciones, sólo señalan aquéllos en que resulta obligatorio para el desarrollador someterlos al sistema de evaluación de impacto ambiental, pero no se excluye la posibilidad de que otros proyectos puedan ser también evaluados.

En efecto, el artículo 9, inciso 1°, segunda parte de la Ley N°19.300 permite a los titulares de proyectos acogerse voluntariamente al sistema de evaluación, pudiendo también realizar consultas de pertinencia sobre la necesidad de ingresar al mismo. Es prueba de ello lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N°20.417, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, que permite a cualquier persona denunciar ante la Superintendencia el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental y normas ambientales, que pueden o no dar origen a un procedimiento sancionador, en concordancia con lo previsto en el artículo 47 del mismo cuerpo legal.

Dado lo anteriormente expuesto y demás fundamentos que se expresan en los fallos citados se decide finalmente que el Proyecto Altos de Puyai ingrese al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en consulta de pertinencia.

El fallo en referencia ha generado diversos comentarios en la doctrina nacional, pues como suele acontecer frente a una discusión jurídica, hay quienes se manifiestan en apoyo pero, otros más legalistas abiertamente se manifiestan como detractores de este nuevo criterio.

Así, la sentencia en comento da un giro a la jurisprudencia nacional respecto de la interpretación del artículo 10 de la Ley 19.300 que establece un listado de proyectos o actividades que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, que como bien sabemos “Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes (...), dando el legislador una amplia lista de proyectos de diversa naturaleza que requieren obligatoriamente previo a su ejecución el ingreso al SEIA.

Previo a la dictación del fallo en estudio se mantenía asentada la idea en la jurisprudencia, que el artículo 10 de la Ley 19.300 constituía un verdadero catálogo inamovible, y que como tal, era taxativo en su enumeración.

Sin embargo, la Excelentísima Corte Suprema de manera inédita, hoy en día nos deja entre ver, que el listado del artículo 10 no es taxativo. Para ello se funda en el artículo 9 del mismo cuerpo legal, el cual considera la posibilidad de acogerse voluntariamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y en las consultas de pertinencia sobre la necesidad de ingresar al mismo. Lo anterior demostraría la voluntad del legislador de ampliar el listado del artículo 10 toda vez que el titular de un proyecto o actividad, decida ingresar al SEIA voluntariamente o exista una duda sobre la obligación de ingreso y se realice la consulta.

No obstante lo anterior, lo más llamativo del fallo está en la definición de criterios que justifiquen el ingreso de proyectos no enunciados en el artículo 10, que no se encuentren en ninguna de las dos hipótesis antes descritas. En efecto, la Excelentísima Corte Suprema justifica una ampliación de los tipos de proyectos enumerados en esa norma, cuando existe riesgo de producir los daños a que se refiere el artículo 2° letra e) de la Ley del ramo, el cual nos prescribe como tal a “toda pérdida, disminución detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”. Al respecto cabe hacer presente que luego el máximo tribunal indica que ese concepto de daño debe entenderse a la luz de la letra k) del mismo artículo 2, con lo cual deja en evidencia una asimilación errónea entre el concepto de “daño ambiental” e “impacto”, aun cuando respecto de éste último concepto el legislador ha dado una definición clara, que como sabemos consiste en “la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada” (artículo 2, letra k de la Ley 19.300).

De acuerdo a los antes descrito, la Corte Suprema deja establecido que la protección eficaz de la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación exige, en ocasiones, una interpretación amplia de la legislación, que priorice la adopción de las medidas necesarias para evitar el riesgo que amenace el medio ambiente, provocado por un proyecto o actividad determinado. Esta tarea la realiza a la luz del principio preventivo.

Dicho de otra forma, y a la luz del análisis que se ha venido desarrollando en el presente trabajo podemos incluso ir más allá respecto de la interpretación otorgada por la Corte Suprema en el sentido de inferir que en términos amplios “riesgo ambiental” puede llegar asimilarse a la noción de “impacto ambiental”.

4.- COROLARIO DE DISCUSIÓN

El gran resultado esperado, en torno al objetivo general planteado en este trabajo es la obtención de un concepto de riesgo más completo al actual, que constituya una complementación al existente, a partir de la situación consolidada en la Ley 20.551, empero en el que converjan los aspectos técnicos como jurídicos utilizados en la actualidad en nuestra realidad nacional, como se analizará finalmente en las conclusiones.

En relación a lo anterior, es menester hacer presente que la metodología utilizada en la Guía de evaluación de riesgos de cierre de faenas mineras, realiza una revisión bibliográfica de la base conceptual referida a la obtención de los niveles de riesgo, no solo en el rubro minero sino considerando también otras áreas, por ejemplo la gestión de riesgos de desastres naturales y ordenamiento territorial. En cada caso el planteamiento de la metodología empleada para la evaluación de riesgos dependerá de la base conceptual adoptada, del enfoque del proyecto y de los alcances que se pretende realizar con los resultados.

En general, las evaluaciones de riesgo en la industria minera en Chile han tenido como concepto de partida que el riesgo es el resultado de la relación entre la probabilidad y la consecuencia. Lo anterior, procede originalmente a lo establecido en la ISO/IEC Guide 73 que define el Riesgo como: “Combinación de la probabilidad de un suceso y su consecuencia”, aun cuando no es una norma específica para la minería.

Trayendo a colación la dinámica actual de la industria minera chilena, podemos señalar que la metodología que suele emplearse en términos generales consiste en la formulación de planillas o matrices donde se selecciona el nivel de probabilidad del evento analizado y sus consecuencias en función de criterios cualitativos o semi cualitativos. Los criterios dependerán de la tolerancia al riesgo que cada evaluador decide aceptar y, por tanto, se ha tendido a que cada empresa minera formule una matriz de evaluación de riesgos de acuerdo a su conveniencia.

En este mismo sentido, en el Reglamento de la Ley de Cierre se plantea que se entenderá como riesgo significativo a “aquel que revista importancia en atención a la probabilidad de ocurrencia de un hecho y la severidad de sus consecuencias”

Paralelamente al resultado general expuesto precedentemente, se han logrado tras la fase de discusión del presente trabajo la obtención de los resultados a los objetivos específicos planteados, a saber:

- a) Entender el tratamiento que nuestro honorable legislador otorga al concepto de Riesgo en la normativa ambiental vigente en Chile, y como los autores, Tribunales Ambientales y Altas Cortes chilenas abordan este concepto.
- b) Demostrar y analizar la relación implícita entre Riesgo Ambiental y Principio Precautorio inserto en nuestra legislación ambiental.
- c) Demostrar y analizar la relación entre Riesgo Ambiental y la garantía contemplada en el N° 8 del artículo 19 de la Constitución.

5. ALCANCE Y METODOLOGÍA

A efectos de poder desarrollar cada uno de los objetivos propuestos se realizó primeramente un análisis legislativo, a diversas leyes de componente ambiental, entre ellas la Ley 19.300, 20.551, 20.417, 20.600, entre otras, para comprender el tratamiento que dichos cuerpos normativos, y ordenamiento jurídico nacional en general, entregan al concepto de daño ambiental y a su vez corroborar la falencia legislativa expuesta al inicio de este proyecto.

Lo anterior sirvió para develar de qué forma ~~como~~ las autoridades administrativas y la judicatura ~~aquéllos~~ resuelven las contiendas sometidas a su conocimiento que guardan relación con el concepto de riesgo ambiental y con ello poder reflejar los criterios utilizados, esto es, la prelación que se entregan a los componentes técnicos y los jurídicos implícitos en el riesgo, los que luego fueron cotejados en el análisis jurisprudencial efectuado.

En forma paralela a las acciones descritas anteriormente se efectuó una recopilación y análisis de literatura nacional como extranjera referida al concepto de daño ambiental, lo cual se complementó con la asistencia al Tercer Foro de Justicia Ambiental desarrollado en la ciudad de Santiago en el mes de noviembre del año 2018, oportunidad en la cual además se entrevistó a algunos de los autores citados en este proyecto, tales como el profesor español José Steve Pardo, el jurista argentino don Ricardo Luis Lorenzetti y el profesor chileno de la Universidad Católica de Valparaíso don Christian Rojas Calderón.

Tras todo lo anterior, el trabajo se abocó al análisis judicial en materia ambiental, del concepto de riesgo ambiental desde el punto de vista jurídico y también técnico, que no es sino el análisis al tratamiento que a la fecha han efectuado la nueva judicatura ambiental, para lo cual se analizaron sentencias emanadas tanto del Primer, Segundo y Tercer Tribunal Ambiental, incluyéndose además el estudio y análisis de sentencias emanadas de la excelentísima Corte Suprema.

6. CONCLUSIONES

Previo a abocarnos a las conclusiones de este trabajo resulta necesario hacer una prevención en relación a la responsabilidad que trae aparejada para el agente involucrado en la generación de un riesgo ambiental, que claramente ha quedado ausente durante el desarrollo del presente trabajo, no siendo ni siquiera uno de los objetivos planteados, lo cual obedece, a que si bien surge la necesidad de estudiarlo, la complejidad que aquél involucra excede los límites de este estudio.

Ahora bien, tal como se expuso al inicio de esta investigación, el escaso tratamiento legislativo del concepto de riesgo ambiental que se evidencia en nuestro país generó el interés en analizar como la jurisdicción nacional ha adoptado este concepto.

A partir de los resultados obtenidos y expuestos en los acápite anteriores, se concluye que nuestra doctrina nacional cada vez se esmera con mayor ahínco en profundizar sobre las implicancias del riesgo ambiental, mientras que por su parte la jurisprudencia de nuestras Altas Cortes han ido innovando en los últimos años sobre este concepto, al otorgarle un tratamiento más acabado, mayoritariamente refiriéndose a él, al tener que resolver controversias que versan sobre daño ambiental, por ello, cada vez es más frecuente observar que nuestros tribunales analizan el riesgo ambiental de la mano con el principio precautorio o con el preventivo soslayando que frente a la presencia de un riesgo racional se deben adoptar medidas de resguardo, ordenando en todos los casos estudiados al demandado hacerse cargo de la situación de riesgo identificada.

Lo anterior, cobra preponderancia si lo analizamos en contraposición a cuando existe un daño ambiental constatado los cuales en su mayoría no son abordados con celeridad, transcurriendo varios años entre la detección del daño y la reparación efectiva del mismo, por ello resulta trascendental que se adopten medidas de carácter preventivas.

De modo, que sin lugar a dudas existe una estrecha relación entre el concepto de riesgo ambiental ~~daño ambiental~~ y el principio precautorio, así lo han descrito los autores nacionales y extranjeros y es la tendencia actual adoptada por nuestros Tribunales Ambientales y la Excelentísima Corte Suprema.

Entre las principales falencias identificadas se encuentra principalmente el escaso tratamiento legislativo que se ha dado al concepto de riesgo ambiental, debiendo la judicatura realizar una titánica labor de conjugar preceptos técnicos consignados en cuerpos legales acotados con los principios fundamentales del derecho ambiental.

Como segunda falencia, se observa que si bien ha existido un interés de parte de los autores nacionales en los últimos años sobre desarrollar y profundizar el concepto de daño ambiental, éste aun resulta deficiente a la luz del derecho comparado y el avance que han demostrado autores extranjeros sobre la materia.

Ahora bien, dado el estudio realizado ha quedado de manifiesto la estrecha relación que se genera entre el concepto de riesgo ambiental y la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental, toda vez que el Estado en ejercicio del principio precautorio es el primer llamado por mandato Constitucional a resguardar y

tutelar la preservación de la naturaleza y adoptar medidas eficaces frente a la presencia de un riesgo ambiental.

Ante las falencias identificadas, se recomienda instar a una modificación legislativa específicamente al artículo 2º de la Ley 19.300 a fin de poder incluir en éste, un concepto claro y unívoco de daño ambiental, fortaleciendo con ello el conocimiento de la ciudadanía y de las propias autoridades ambientales y jueces llamados a resolver controversias ambientales.

Como contribución a la escasez legislativa tratada a lo largo de este trabajo se ha querido contribuir a la omisión de una definición legal de riesgo ambiental con la conceptualización de éste como ***“como la probabilidad incierta de ocurrencia de un daño ambiental que desde la mirada de la precaución busca a través de presunciones evitar que las acciones u omisiones del hombre trasciendan en el medio ambiente o la salud de las personas”***.

Desde ya, resulta necesario hacer el alcance que para la elaboración de este concepto se han considerado aquéllos riesgos que provienen de la actividad antropogénica y no de hechos de la naturaleza, que puedan llegar a alterar el medio ambiente o dañarlo, y considerando -sin tener certeza completa- que tales acciones u omisiones puedan llegar a generar un daño ambiental.

La idea fundamental es poder adecuar nuestra legislación a los estándares internacionales, donde por ejemplo en España se habla de acciones per se riesgosas, con la tendencia cada vez más frecuente a usar las presunciones para ello.

Finalmente, se espera que la presente investigación sea una contribución a la discusión relativa a la forma de abordar el riesgo ambiental en nuestro país.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARELLANO DÍAZ J. (2002). "Introducción a la ingeniería ambiental". Alfaomega, México, D.F

BERMÚDEZ SOTO, J. (2014) "Fundamentos de derecho ambiental". 2ª edición. Ediciones Universitarias de Valparaíso.

BERMÚDEZ SOTO, J. (2007). "Código de Medio Ambiente". Editorial Legal Publishing, Santiago-Chile.

BERMÚDEZ SOTO, J. (2007) "Fundamentos de derecho ambiental". Ediciones Universitarias de Valparaíso.

BERMÚDEZ SOTO, J. (2012) "Fundamentos de derecho ambiental. 2º edición" . Ediciones Universitarias de Valparaíso.

CORDERO VEGA, L. (2007). "La supletoriedad en la Ley de bases de procedimiento administrativo, en AA. VV., Acto y procedimiento administrativo". Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Ediciones Universitarias de Valparaíso.

DECRETO SUPREMO N°30. CHILE. Reglamento Sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación de la Superintendencia del Medio Ambiente. Ministerio del Medio Ambiente. Santiago, Chile, 11 de febrero de 2013.

DECRETO N° 41. Reglamento que Regula el cierre de faenas e Instalaciones Mineras, 2012.

DURAN, V. & HERVÉ, D. (2015). "Riesgo ambiental y principio precautorio: breve análisis y proyecciones a partir de dos casos de estudio". Revista de Derecho ambiental.

ESTEVE PARDO, J. & TEJADA PALACIOS, J. (2013). "Ciencia y derecho". La nueva división de poderes. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid

ESTEVE PARDO, J. (2012). "Convivir con el riesgo". La determinación del riesgo permitido, en Pérez Alonso, E. y otros (editores), Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente. Valencia, Tirant lo Blanch.

ESTEVE PARDO, J. (2008). "Derecho del medio ambiente". Editorial Marcial Pons, Madrid-España.

ESTEVE PARDO, J. (2012). "El derecho del medio ambiente como derecho de decisión y gestión de riesgos". Revista Electrónica de derecho de la Universidad de La Rioja.

ESTEVE PARDO, J. (2009). "El desconcierto del Leviatán". Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia. Editorial Marcial Pons, Madrid-España.

ESTEVE PARDO, J.(2011) "Lecciones de derecho administrativo". Editorial Marcial Pons, Madrid-España.

ESTEVE, J. (1999). "Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnologico en el derecho ambiental". Editorial Ariel.

FEMENÍAS, J. (2017). "Régimen de responsabilidad por daño ambiental". Ediciones UC, 168 pp.

GUZMÁN, R. (2012). "Derecho ambiental chileno. Principios, instituciones, instrumentos de gestión." Edit. Planeta Sostenible.

HERVÉ, D. & RIESTRA, S. (2018). "Riesgo, derecho y medio ambiente". Ediciones Universitarias de Valparaíso.

HUNTER, I. (2005). "La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental". Revista de Derecho .Valdivia 18, N°2

ITGE, 1996. Manual de restauración de terrenos y evaluación de impactos ambientales en minería. Instituto Tecnológico Geominero de España. Madrid.

LEY N° 19.300. CHILE. Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Diario oficial de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile, 9 de marzo de 1994.

LEY N° 20.417. CHILE. Crea el Ministerio, El Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del medioambiente. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile, 26 de Enero del 2010.

LEY N° 20.551. CHILE. Regula el cierre de faenas e Instalaciones Mineras, 2011.

LEY N° 20.600. CHILE. Crea los Tribunales Ambientales. Ministerio del Medio Ambiente. Santiago, Chile, 28 de Junio del 2012.

LORENZETTI, R. (2018). III FORO INTERNACIONAL DE JUSTICIA AMBIENTAL. Segundo Tribunal Ambiental. Santiago-Chile.

MOYA MARCHI, F. (2014). "El principio de precaución". Un estudio sobre el modelo europeo de control de riesgo. Editorial Thomson Reuters LegalPublishing. Santiago-Chile.

ORCHARD C. 2014. El Plan de Reparación del Daño Ambiental en la Ley 20.417, Análisis crítico y lecciones desde el derecho comparado. Proyecto de memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

ORTEGA Y GASSET, J. (2004). "Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía". Editorial alianza editorial. España.

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2017. Revista de Derecho. Ediciones Universitarias de Valparaíso.

ROJAS CALDERÓN, C. (2009). “Implicancias jurídicas de la normalización técnica”. Sus antecedentes, proyección y las manifestaciones para el caso de Chile. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Edición 16.

ROJAS CALDERÓN, C. (2014). “Las potestades administrativas en el derecho chileno”. Editorial Thomson Reuters – LegalPublishing. Santiago-Chile.

ROJAS CALDERÓN, C. (2008). “Los organismos autónomos y la Administración del Estado, en Cordero Quinzacara, E. (editor), Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases generales de la Administración del Estado. Santiago, Ediciones Universidad de Antofagasta.

SAAVEDRA R. 2011. La Doctrina de la Excma. Corte Suprema en Materia de Responsabilidad Ambiental en la Experiencia del Consejo de Defensa del Estado. Revista de Derecho Nº 26. 2011. PP. 151-174.

SERNAGEOMIN (2014). “Guía metodológica para la evaluación de riesgos para el cierre de faenas mineras”.

SERNAGEOMIN (2015). “Guía Metodológica para la Estabilidad Química de Faenas e Instalaciones Mineras”.

UNIVERSIDAD DE CHILE. Revista de Derecho Ambiental. Año VI Nº 9. “Aplicación de principios ambientales en el control jurisdiccional del actuar de la Administración”

VALENZUELA R. (2010). El Derecho Ambiental, presente y pasado. Chile, Editorial Jurídica de Chile.

VALENZUELA, R. (2012).”El derecho ambiental. Presente y futuro”. Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile.

VARELA DEL SOLAR, J. (2010). “Derecho ambiental como derecho público”. Instrumentos de la política ambiental, en Actualidad Jurídica.

7.1 SENTENCIAS REVISADAS

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Autos Rol 15.499-2018, de fecha 24 de diciembre de 2018

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Autos Rol 34.594-2017, de fecha 22 de mayo de 2018

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Autos Rol 15.549-2017, de fecha 09 de enero de 2018

Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, Autos Rol D-25-2017, de Fecha 17 de Agosto de 2017

|
Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Autos Rol D-14-2014, de Fecha 24 de agosto de 2016 7 de Agosto de 2017

2 Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Autos Rol D-6-2013, de Fecha 29 de Noviembre del año 2014

Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Autos Rol D-13-2014, de Fecha 13 de marzo de 2018