

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROYECTO DE LEY DE BASES DEL MEDIO AMBIENTE: UNA MIRADA CRITICA

Andrés Jana Linetzky.*
Juan Pablo Schwencke Saint-Jean.**
Juan Andrés Varas Braun.***

Andrés Jana, Juan Pablo Schwencke y Juan Andrés Varas analizan críticamente las normas de responsabilidad civil contenidas en el Proyecto de Ley Marco sobre el Medio Ambiente. En este sentido se preocupan de los problemas de lógica interna que plantean las normas del proyecto, su relación con la Constitución Política y la restricción que importarían a la aplicación de la acción de protección y a los conceptos jurisprudenciales elaborados por los tribunales de justicia en materia ambiental. Asimismo, tratan la titularidad de las acciones que consagra el Proyecto y la conveniencia económica y jurídica de la aplicación de un sistema limitado de responsabilidad objetiva para una efectiva protección al medio ambiente. Los autores terminan entregando un proyecto alternativo de normas sobre responsabilidad en materia ambiental.

INTRODUCCION

El Gobierno ha presentado para su aprobación por el Congreso un proyecto de ley denominado "de Bases del Medio Ambiente", cuyo objetivo es proporcionar un marco legislativo de carácter general al tema de la protección del medio ambiente. Dada la actual dispersión de las normas con incidencia ambiental, y la necesidad manifiesta de una ley que regule de modo global el tema, esta iniciativa parece extremadamente auspiciosa.

En el contexto de esta propuesta, cabe destacar de modo especial la consagración legislativa de la exigencia de los estudios de impacto ambiental, la importancia que en estas materias se asigna al proceso educativo y la creación -aunque incipiente- de una institucionalidad relativa al medio ambiente.

Es evidente que en el esfuerzo de protección del medio ambiente es necesaria la

* Ayudante Cátedra de Derecho Civil, Facultad de Derecho Universidad de Chile; editor Revista Derecho y Humanidades.

** Editor Revista Derecho y Humanidades.

*** Abogado, Ayudante Cátedra de Derecho Civil, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

utilización de instrumentos jurídicos de áreas muy diversas. Sin desconocer que son los mecanismos del Derecho Público (Penal y Administrativo) los considerados generalmente como más eficientes y de mayor peso en la ejecución de esta tarea, no puede dejar de considerarse que el Derecho Privado puede realizar un aporte importante mediante el establecimiento de un sistema de responsabilidad adecuado frente al causante de daño ambiental. Es en este contexto que debemos enmarcar las normas sobre responsabilidad contenidas en el Título III ("De la Responsabilidad Civil") del Proyecto mencionado.

El objetivo de este trabajo es presentar una visión crítica de las normas sustantivas que respecto a este tema contempla el Proyecto LBMA.¹ Por consiguiente, nos referiremos básicamente al concepto y sistema de responsabilidad civil consagrado, el nacimiento y la titularidad de las acciones establecidas y a la acción de restauración en general. Para ello, se seguirá la siguiente estructura de análisis: En un primer apartado (I) se intentará una crítica que denominamos "interna". Es decir, una crítica que deje al descubierto las tensiones y contradicciones subyacentes en el Proyecto y que se desprenden de su sola lectura. En la segunda parte (II), abordaremos esta normativa desde una perspectiva constitucional, punto de vista que no ha sido explorado en los análisis que del texto se han hecho hasta el momento. Sostendremos que algunas disposiciones bien pudieran adolecer de algún vicio de inconstitucionalidad de fondo. Luego (III), se harán algunas consideraciones conceptuales respecto del sistema de responsabilidad que el Proyecto LBMA consagra (A), así como respecto de la titularidad de las acciones que en él se establecen (B). Finalmente (IV), terminaremos por proponer una alternativa de reglamentación de la responsabilidad medioambiental que, siendo constitucionalmente coherente, sea un instrumento más eficaz de protección del entorno.

Atendida la naturaleza de este comentario, se ha preferido evitar una redacción morosa y lata, intentando, por el contrario, exponer las ideas y argumentos lo más desnudos posible, sacrificando toda ornamentación retórica.

Es conveniente, también, dejar claro que los aspectos que estimamos bien logrados por el Proyecto en el tema que nos ocupa -como el diseño de un sistema de responsabilidad infraccional (multas) para los casos de contravención reglamentaria o legal- no serán objeto de estudio. Tampoco nos referiremos a los errores de simple remisión legal o de imprecisión en la denominación del Título, que serán sin duda oportunamente corregidos por la Cámara.²

¹ En adelante, Las referencias al Proyecto de Ley de Bases del medio Ambiente, se realizarán con la abreviación LMBA. Asimismo, toda referencia "al Proyecto", sin más especificación, debe entenderse hecha al mismo texto.

² Así, el artículo 46 se remite al "artículo anterior", en circunstancias que la remisión correcta es, evidentemente, al artículo 44.

I. CRITICA INTERNA.

El artículo 1437 del Código Civil establece que "las obligaciones nacen... a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos..." Es decir, la responsabilidad extracontractual nace del hecho dañoso. Lo propio se desprende del artículo 2314 del mismo cuerpo legal. Por el contrario, el Proyecto propuesto a consideración del Congreso hace nacer la responsabilidad de la contravención de una norma.³ Se señala textualmente que "la responsabilidad por daño ambiental *nace* de una infracción a las normas de calidad ambiental o a las normas sobre preservación, conservación o protección ambientales... (Artículo 40 del Proyecto).⁴

De lo anterior surge una observación preliminar: Hay una evidente contradicción entre lo preceptuado por el artículo 39 inciso 1º y lo establecido por el artículo 40. En efecto, el primero señala que "todo el que... cause daño... deberá responder del mismo...". Es decir, la responsabilidad nace del daño, lo que es coherente con el citado artículo 1437 del Código Civil, y aparece, en consecuencia, como de toda lógica. Sin embargo, el artículo 40 indica que "la responsabilidad... nace de una infracción a las normas...", redacción que, aparte de ser contradictoria con la anterior, no parece, como veremos, lógica ni conveniente.

Un primer aspecto a destacar, es el referido a la real naturaleza jurídica de la disposición y al sistema de responsabilidad civil que el Proyecto consagra. Con la redacción que fue dada al precepto, y particularmente por el uso del verbo "nacer", se hace francamente difícil considerarlo -como dicen querer sus creadores⁵ y como sería de desear- como una presunción de culpa. La formulación escogida induce directamente a considerar la violación de norma como otro requisito de existencia de la responsabilidad, o, dicho en otros términos, de configuración del ilícito. Esta conclusión se refuerza al constatar que la versión original del Proyecto⁶, contemplaba una norma esencialmente similar, en que se empleaba el verbo "exigir" ("La responsabilidad por daño ambiental *exige* una infracción a la norma...")⁷) De modo pues, que la

³ En el presente trabajo, utilizaremos las expresiones "norma", "reglamento" o "ley", para referirnos a las normas de calidad ambiental y normas de preservación, conservación o protección ambiental, a menos que se haga una expresa mención en contrario.

⁴ La cursiva es nuestra.

⁵ Véase Vergara F., Javier, "La Responsabilidad en la Ley de Bases del Medio Ambiente", en este mismo número de *Derecho y Humanidades*.

⁶ Tratada por Zarko Luksic y Javier Vergara, integrantes de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en la exposición "Normas Sobre Responsabilidad Civil en la Ley Marco del Medio Ambiente", efectuada en el Seminario del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile, con fecha 2 de Julio de 1992. El texto comparado de las versiones preliminares y del Proyecto definitivo (del Título sobre responsabilidad) se agrega como Anexo a este comentario.

clásica tetralogía de elementos de la responsabilidad -daño, culpa, causalidad y capacidad- se ve, para efectos ambientales, convertida en quina, al agregarse la exigencia de incumplimiento reglamentario.

A lo anterior podemos agregar que, en la hipótesis de considerarse la norma propuesta como algún tipo de presunción, ésta sería de responsabilidad, y no de culpa. Baste la simple lectura del artículo 40 para probar lo señalado. Es la responsabilidad -y no sólo la culpa- la que nace de la infracción de una norma. Transgredida ésta, se imputa directamente la responsabilidad, aunque subsistiría la posibilidad de eximirse alegando caso fortuito o fuerza mayor. Esto significa que la pretensión de los autores del Proyecto⁸ de consagrar un sistema subjetivo con presunción de culpa en los casos de infracción reglamentaria, no se refleja en el texto propuesto. Por el contrario, en él se opera una transformación del sistema que se pretendió establecer, en un sistema de responsabilidad híbrido difícilmente clasificable. Volveremos más adelante sobre este tema.⁹

Por otra parte, y también como consecuencia de la citada redacción, se produce una limitación -en verdad, se trata de una franca imposibilidad- para exigir indemnización por daño ambiental cuando no hay transgresión de norma. Según la normativa propuesta, "la responsabilidad por daño ambiental nace de una infracción a las normas" (Artículo 40 del Proyecto), y de ella "*emana*, además de la acción indemnizatoria ordinaria, la acción ambiental" (Artículo 41 del Proyecto¹⁰). Para sintetizar la argumentación del Proyecto: Del quebrantamiento reglamentario nace la responsabilidad, y de ésta emanan las acciones. En consecuencia, es bastante claro que, si no hay infracción de norma, no "nace" responsabilidad alguna ni "*emana*", de dicha responsabilidad, ninguna acción. Esta limitación se hace particularmente grave al considerar que, en una materia de la amplitud conceptual -y, consecuentemente, científica y social- del medio ambiente, no es razonable pensar que el Estado tenga la capacidad de preverlo todo y normarlo todo, y además, hacerlo correctamente.¹¹

⁷ La cursiva es nuestra.

⁸ Véase, en este mismo número, la fundamentación del Proyecto realizada por Javier Vergara F., contenida en artículo citado supra nota 5.

⁹ Véase infra, Apartado III, pág. 184.

¹⁰ La cursiva es nuestra.

¹¹ En este sentido, la norma propuesta trasunta el apego, tan común y arraigado en nuestra cultura jurídica, al modelo abstracto decimonónico del "legislador racional". Es decir, a la idea de que las leyes y reglamentos se encuentran formuladas por un sujeto *único, omnisciente* (puede saberlo y preverlo todo), *coherente* (voluntad no contradictoria), *preciso* (unívoco al margen de las imprecisiones del lenguaje) y *omnicomprensivo* (sus disposiciones carecen de lagunas). Véase, entre otros, Calsamiglia, Albert, *Introducción a la Ciencia Jurídica*; Peña González, Carlos, *¿Qué Hacen los Civilistas?*; y Zuleta Puceiro, Enrique, *Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho*.

Respecto al artículo 41 del Proyecto, cabría aquí realizar una consideración de carácter dogmático. La formulación del precepto sostiene que "de la responsabilidad... *emana*... la acción¹²". Aún pudiendo adivinarse la intención de la norma, su redacción es doctrinariamente errónea. La responsabilidad es aquello que se persigue a través del ejercicio de la acción, y por lo tanto, su consecuencia eventual. Por ello, no puede ser lógico aseverar que la segunda emana de la primera. La afirmación del artículo 41 equivale a declarar que la acción penal nace de la pena o del castigo del culpable o que una acción civil de precario emana de la restitución.

Respecto a la acción ambiental, que tiene por objeto "la restauración, si fuere posible, del daño causado" (Artículo 41) se plantean asimismo algunas observaciones.

La situación naturalmente más frecuente (como lo sabe cualquiera que lo haya intentado), es que la "restauración" sea imposible o lo sea sólo parcialmente. En efecto, para expresarlo sólo con algunos ejemplos simbólicos, un huemul muerto significa, irreparablemente, un huemul menos sobre el planeta, hágase lo que se haga al respecto. Una araucaria milenaria abatida es irremplazable, aún cuando se planten alrededor del tocón mil araucarias de un año.¹³

Pues bien, el Proyecto sencillamente no contempla esta situación. Al tenor de su artículo 41, pareciera que, de no ser posible la restauración, simplemente no nace la acción ambiental, o en último caso, ésta carece de objeto. Esta situación no es admisible. En primer lugar, favorece a quien causa un daño devastador (irreparable) frente al que causa un daño menor (reparable). Si el deterioro es tal que se hace imposible la restauración, el primero no tendrá que cargar con los gastos que ella implica. Más grave aún, un agente de daño podría excepcionarse probando simplemente que la restauración (en los términos en que la define el artículo 1º letra q) del Proyecto¹⁴) no es posible, cosa por cierto nada difícil. Enseguida, desde un punto de vista teórico, tampoco parece razonable que, frente a un daño, la existencia de una acción esté condicionada a la posibilidad fáctica de restauración. Si hay daño culpable o doloso, debe generarse una acción, sin condiciones (probablemente con objeto alternativo si no es posible la restauración).

Por otra parte, se plantea una suerte de cúmulo de indemnizaciones si el autor del daño debe restaurar el medio ambiente, y, además -como lo permite expresamen-

¹² Nuevamente, la cursiva es nuestra.

¹³ La idea precedentemente expuesta corresponde a una observación formulada en el Seminario del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile realizado con fecha 2 de Julio de 1992, al concepto de restauración que contenía la primera versión del anteproyecto.

¹⁴ Artículo 1º, letra q): "Restauración: La acción de volver al medio ambiente o sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad a su deterioro".

te el artículo 42- debe indemnizar los perjuicios. Este cúmulo, que podría tener un efecto disuasivo positivo, no es justo si se considera que se va a ver libre de él quien cause un daño irrecuperable. Las alternativas que en este evento pueden pensarse son amplias, pero alguna o algunas debieran considerarse expresamente. Nos atrevemos a sugerir la posibilidad de establecer un objeto alternativo en el evento de ser imposible la restauración. Este objeto alternativo podría consistir en la imposición de una pena pecuniaria en beneficio de un proyecto concreto de recuperación ambiental de algún organismo estatal como CONAF o CONAMA, o la obligación de restaurar un hábitat diverso al dañado por el agente. Desde otro ángulo, en el caso en que la restauración sea posible, y se llegue a una condena, ésta debiera concretarse en la suscripción, por parte del agente, de un plan de descontaminación o de recuperación que sea adecuadamente fiscalizable por el propio Estado.

Por lo expuesto, de no modificarse la norma que la contiene, la acción ambiental o de restauración no sólo no tendrá el efecto esperado por sus redactores, sino que no tendrá efecto práctico alguno.

Finalmente, desde un punto de vista lógico, la expresión "restauración, si es posible, del daño causado" que utiliza el artículo 41 del Proyecto, es semánticamente irracional. El objeto de la acción debe ser la restauración, no del daño, sino del medio ambiente al estado en que se encontraba antes de producirse el deterioro. Así lo indica, por otra parte, el propio artículo 1º letra q) del Proyecto¹⁵. Lo señalado se hace evidente al confrontar la citada expresión con el significado del término:

RESTAURAR. (del lat. *restaurare*). V. trans. Recuperar, recobrar. // Reparar, renovar o volver a poner alguna cosa en aquel estado o estimación que antes tenía. // Reparar una pintura, escultura, edificio, etc., del deterioro sufrido."¹⁶

De este modo, se restaura la obra de arte, no la rasgadura de la tela o la grieta del mármol; se restaura el medio ambiente, no el daño que en él se causó. En definitiva, pues, parece muy grave restaurar el daño y, desde luego, es preferible no hacer nada a realizar esto último.

II. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROYECTO: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.

Como se hizo presente en el capítulo anterior, la redacción propuesta para el tema de la responsabilidad hace que la infracción de norma de calidad ambiental o de

¹⁵ Véase Nota Nº 14.

¹⁶ Diccionario de la lengua (Real Academia Española). Vigésima edición, Tomo II, 1984, Madrid.

preservación, conservación o protección se convierta en un requisito o elemento de la responsabilidad por daño ambiental, y no constituya solamente una presunción de culpa, como pretendieron sus autores.

De ello se sigue, como creemos haber demostrado, que si no hay infracción de norma, no nace responsabilidad por daño ambiental.

Lo anterior, sostuvimos, significa que dicha responsabilidad no puede en ningún caso perseguirse si no hay incumplimiento normativo. Esto se confirmó al comprobar que el Proyecto sostiene literalmente que "de la responsabilidad... emana... la acción" (Artículo 41).

Si el análisis anterior es correcto, no es posible concluir sino que el Proyecto sostiene, en definitiva, la tesis de que el daño ambiental se produce al infringirse una norma. Esta conclusión lógica se refuerza al constatar que la posibilidad de exención de responsabilidad que contempla el artículo 43 está precisamente referida al estricto cumplimiento de los planes de prevención y descontaminación. Hay una suposición implícita que fundamenta la exención: Desde el punto de vista del Proyecto, cumpliéndose las normas, no hay daño ambiental, y opera la exención de responsabilidad. Más explícito es el artículo 1 letra i) del Proyecto. En él se define la expresión "medio ambiente libre de contaminación" como "aquel en que no se encuentran contaminantes o en el que se encuentran presentes en concentraciones o lapsos menores a aquellas susceptibles de afectar la salud de las personas o alterar la composición, propiedades o comportamiento natural de los componentes del medio ambiente. Estos criterios serán fijados a través de normas de calidad ambiental". Es decir, el medio ambiente se halla libre de contaminación en la medida en que se respeten las normas reguladoras respectivas. Suposición que subyace esta vez: No hay contaminación ni daño a la salud sin infracción de norma de calidad ambiental.

Entonces, cabe ahora preguntarse si en la realidad es posible o concebible la existencia de daños medioambientales al margen del quebrantamiento de una norma. La respuesta debe ser afirmativa. Como ya se señaló, en una materia de la amplitud conceptual del medio ambiente, no es razonable pensar que el Estado tenga la capacidad de preverlo y normarlo todo correctamente.

Siendo afirmativa la respuesta a la cuestión planteada, es decir, siendo posible, en los hechos, producir daños medioambientales sin transgredir norma, no queda sino concluir que, en definitiva, el Proyecto permite la existencia de daños culpables al medio ambiente, que no generen responsabilidad. Esta conclusión no parece razonable desde ningún punto de vista. Resultando obvio que estos daños, no obstante no infringir norma, pueden constituir igualmente un atentado al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que garantiza el artículo 19 N^o 8^o de la Constitución, no puede sino surgir la pregunta por la constitucionalidad de la limitación que contiene el Proyecto para hacer efectiva la responsabilidad civil

medioambiental en ausencia de infracción normativa.

En los párrafos que siguen, pues, intentaremos un estudio de esta cuestión, desde una perspectiva constitucional.

En este análisis es manifiesta la importancia del precepto consagrado en el Nº 26 del Art. 19 de la Constitución. En conformidad a esta norma, las disposiciones que regulen las garantías constitucionales¹⁷ -el Proyecto, sin duda, pretende ser una de ellas- no pueden afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Esta disposición protege los derechos garantizados de dos maneras diversas y complementarias.

En primer lugar, se cautela la esencia del derecho. Entonces, debe primeramente inquirirse por cuál sea la esencia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia y es posible deducirlo de las actas¹⁸ de la Comisión Constituyente y del propio texto del precepto, dicha esencia esta referida a la posibilidad de vivir en un medio ambiente sano.

Como se ha expresado por algunos autores "la Carta Fundamental no consagra el derecho a vivir en un medio ambiente exento de *toda* contaminación. Lo que ella asegura es sólo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de aquella contaminación que sea nociva para la vida o la salud del hombre, como asimismo la dañina para el ecosistema en que él desenvuelve normalmente su existencia."¹⁹

Del mismo modo, la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha uniformado en

¹⁷ Debe señalarse que la Constitución Política no contiene mandato o autorización expresa alguna para que la Ley regule el derecho consagrado en el artículo 19 Nº 8. Al respecto pensamos que plantear su inconstitucionalidad por ese sólo hecho constituye una posición extrema (Cfr, Cea, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980, Características Generales, Garantías Constitucionales*, pág. 294. Dicho autor opina que "los preceptos legales no pueden regular, complementar o limitar los derechos y libertades sin orden o permiso expreso del poder constituyente". De no ocurrir así, sostiene, estos preceptos serían inconstitucionales). Más extrema, y por lo demás insostenible, es aquella posición sustentada por la Corte Suprema según la cual el Nº 26 del artículo 19 no protege a las demás garantías de atentados a su esencia que provengan de leyes o de actos de autoridad que no han sido dictados en virtud de un mandato directo de la Constitución (Véase Evans, Enrique, *Garantías Constitucionales*, Tomo II, pág. 146). En todo caso, en lo que pensamos no debe haber dudas es que cualquier limitación a una garantía constitucional debe necesariamente estar autorizada expresamente por la Constitución Política.

¹⁸ Véase Sesión 186.

¹⁹ Cea, José Luis, *Op. cit.*, pág. 332. La cursiva es nuestra.

torno a una acepción amplia de la locución "medio ambiente libre de contaminación", haciéndolo sinónimo de medio sano y ecológicamente equilibrado.

Citaremos por vía ejemplar una sentencia de la Corte Suprema, dictada en un caso en que se discutió la extracción de aguas de un lago nortino: "El *medio ambiente*, el *patrimonio ambiental*, la *preservación de la naturaleza*, de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida, y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida."²⁰

Podríamos concluir, entonces, que la esencia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación consiste en vivir en un medio ambiente exento de conductas que, siendo contaminantes, sean a la vez peligrosas para el ser humano, esto es, que le causen o le puedan causar un daño.²¹

Definido así el contenido (la esencia) de la fórmula constitucional "vivir en un medio ambiente libre de contaminación" se hace patente que esta esencia no guarda relación directa alguna con el cumplimiento o infracción de normas, sino constituye un todo no delimitable *a priori*, y por tanto, imposible de normar en su integridad. La esencia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es más amplia que esta simple no contravención de la normativa de calidad ambiental.

Bajo esta perspectiva, toda conducta que signifique una contaminación dañosa atenta contra el derecho constitucional. Una ley que regulando el derecho, determine que medio ambiente libre de contaminación es sinónimo de respeto de las normas de calidad ambiental -y que limita sólo a estos casos la responsabilidad civil- afecta el núcleo del derecho, en la medida que lo priva de tutela jurídica²² y obliga, en consecuencia, a tolerar daños que significan una violación a un medio ambiente sano.

²⁰ Corte Suprema, 19 de Dic. de 1985. "Palza Corvacho y otros contra Director de Riego I Región y otros". Publicado Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII, Sept. -Dic. 1985, Parte II, Sección V, pág. 261. Al respecto son también de interés, entre otras, las sentencias de los casos "Flores con Codelco" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXV N° 1, Parte II, Sec. V., pág. 191), "Palza con SAG" (Revista Fallos del Mes N° 384, Nov. 1987, pág. 794) y "Bustamante con Alcalde Munic. Maipú y otros" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXI N° 2, Parte II, Sec. V., pág. 252). En todas ellas se define medio ambiente y contaminación según su sentido natural o científico, sin referir los conceptos a la normativa jurídica que los regula.

²¹ En la medida que se está manejando el concepto para efectos de la responsabilidad civil, hemos excluido de éste lo referido al equilibrio ecológico.

²² El Tribunal Constitucional ha resuelto que un derecho es afectado en su esencia y se impide su libre ejercicio cuando se le priva de tutela jurídica (Sentencia Tribunal Constitucional 24 de Febrero de

En segundo término, es cuestionable desde el punto de vista de la constitucionalidad del Proyecto, el hecho de establecerse una condición de ejercicio del derecho. La acción para perseguir la responsabilidad por daño ambiental se funda, verdaderamente, en el derecho constitucional a vivir en un medio ambiente sano. (Esto es, se tiene derecho a perseguir el resarcimiento del daño ambiental porque se tiene derecho a vivir en un ambiente sano). La acción no emana -como sostiene erróneamente el Proyecto- del incumplimiento de una norma. Así, una condición -la existencia de norma- impuesta a dicha acción importa una restricción al referido derecho. Restricción que, como se ha dicho, no está permitida, a la luz de lo dispuesto en el Nº 26 del artículo 19 de la Constitución.²³

Por otra parte, no puede dejar de considerarse que el derecho a vivir en medio sano constituye lo que se ha llamado un "derecho moral" o "derecho en sentido fuerte" y que de esa manera lo ha recepcionado la Constitución²⁴. Es decir, es un derecho que no debe ser lesionado por las políticas públicas que se basan, en general, en cálculos utilitaristas. Según lo explica el filósofo norteamericano R. Dworkin: "(...) se supone que los derechos constitucionales que llamamos fundamentales... representan derechos en contra del Gobierno en el sentido fuerte; eso es lo que da sentido al alarde de afirmar que nuestro sistema jurídico respeta los derechos fundamentales del ciudadano."²⁵ "Si alguien tiene derecho a algo, está mal que el gobierno se lo niegue, aunque negárselo favoreciera el interés general."²⁶ Por el contrario, los derechos "en sentido débil" son aquellos que pueden ser limitados en base a cálculos consecuencialistas de utilidad, es decir, por políticas que tiendan a producir un incremento en el "bien común". El autor argentino M. Grondona ha elucubrado, como consecuencia, que una reglamentación de un derecho constitucional sólo es legítima "si aumenta o protege en forma inmediata los Derechos (se refiere por "Derecho" -con mayúscula- a la concretización fáctica del derecho constitucional) que se deriven del derecho

1987, ejerciendo el control de constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos (Ley 18.603), publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de Marzo de 1987). Véase Valenzuela Somarriva, Eugenio, *Libro Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde el 11 de Marzo de 1981 hasta el 11 de marzo de 1989*.

²³ Además, debe tenerse presente que formalmente el legislador carece de autorización para ello. Véase al respecto parte final Nota Nº 17.

²⁴ Al respecto, se ha sostenido que "del estudio de los diversos preceptos constitucionales referidos al tema... (se) postula que el derecho al medio ambiente libre de contaminación está establecido, en la letra del texto, como derecho moral. Así, frente al derecho de propiedad, que es el que se le opone con mayor frecuencia, la tensión se revuelve, como es sabido, en favor de la protección ambiental". Sierra, Lucas y Varas, J. Andrés, "Derecho Subjetivo, Problema Ecológico y Razonamiento Judicial; Algunas Reflexiones", en *Derecho y Humanidades* Nº 1, pág. 145.

²⁵ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, pág. 285.

²⁶ *Id.*, pág. 384.

constitucional limitado o de algún otro (...)"²⁷ Creemos haber dejado claro que la reglamentación propuesta del tema de la responsabilidad civil medioambiental no tiende, precisamente, a aumentar o proteger los derechos concretos derivados de la garantía constitucional. Esto, por cierto, reafirma la idea de la ilegitimidad constitucional de los artículos 40 y 41 propuestos.

Existe, además, la siguiente preocupación. Es posible que, de hecho, con los conceptos que agrega el Proyecto al sistema jurídico, se produzca una limitación no sólo del derecho en sí, sino también de sus posibilidades de amparo a través del recurso de protección. Si en conformidad a la interpretación más probable del Proyecto, el daño ambiental se produce sólo al existir violación de norma (Artículo 41), ¿cómo pedir protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en los casos en que la propia Ley de Bases del Medio Ambiente determina que no existe daño?

En este punto, parece también necesario señalar la inconveniencia de definir restrictiva y legalistamente, como lo ha hecho el Proyecto (Artículo 1º letra i, más arriba citado), la expresión "medio ambiente libre de contaminación". Esta locución constitucional ha alcanzado, como vimos, un desarrollo jurisprudencial -positivo y necesario- de mucho mayor amplitud, al no estar ligado a la existencia y contravención de normas. Es a todas luces inadecuado introducir una interpretación legal constrictiva, que sería nefasta de llegar a aplicarse en el conocimiento y fallo de los recursos de protección. Parecería pues, necesario eliminar la última frase del mencionado literal ("Estos criterios serán fijados a través de normas de calidad ambiental").

Es más, según el criterio del Proyecto, una persona que comete daño al medio ambiente y no infringe norma, no comete un acto ilegal y por ello, deja de concurrir uno de los requisitos de la acción de protección. Aquí es necesario hacer mención de que hoy, sin ley que regule e interprete el tema, no cabe sino remitirse a los criterios de la Constitución, así como a su interpretación jurisprudencial, que, del modo como se ha visto, son más amplios y razonables que la legislación propuesta por el Gobierno al Congreso. Todas las aprensiones señaladas se agudizan fuertemente al considerar el criterio legalista con que nuestros jueces han enfrentado tradicionalmente los conflictos constitucionales sometidos a su conocimiento y fallo, particularmente notorio respecto de este tipo de cuestiones. Como se ha observado a propósito del razonamiento judicial en estas materias, "la razón justificatoria... se encuentra en el deber de obediencia a toda normativa reglamentaria o legal que los jueces se imponen. Es el respeto y apego al modelo del legislador racional la razón que justifica a los jueces para decidir como generalmente lo hacen".²⁸

²⁷ Grondona, Mariano F., *La Reglamentación de los Derechos Constitucionales*, pág. 102. El paréntesis es nuestro.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES

A. A PROPOSITO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD

"La capacidad del Derecho Privado para la protección del medio ambiente es, en comparación con el Derecho Público, estructuralmente limitada. El Derecho Privado tiene, en el marco de la totalidad del ordenamiento jurídico, sólo la función de regular conflictos de intereses entre individuos. Por ello no tiene efecto si no existe una relación jurídica entre dos partes. Esto se da en el caso de peligros y daños ecológicos únicamente si una persona se ve afectada concretamente en «sus» bienes.

De ahí que los peligros «abstractos» que vayan más allá, y los daños a «bienes generales» no pueden ser denunciados por un individuo con los instrumentos del Derecho Privado".²⁹

A partir de la realidad sentada por estas premisas, situaremos la reflexión en torno al sistema de responsabilidad civil que consagra el Proyecto, frente al sistema más adecuado para la protección del medio ambiente. Como se señaló en un párrafo anterior³⁰, el Proyecto LBMA no se adscribe a un sistema de responsabilidad subjetiva ni objetiva típicos.

A nuestro entender, sus autores intentaron compatibilizar las reglas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual (eminentemente subjetiva), con una ventaja consistente en establecer una presunción de culpabilidad que en determinados casos exime del peso de la prueba al damnificado. Javier Vergara en su comentario a las normas sobre responsabilidad civil del Proyecto de Ley dice: "Por todo lo señalado parece más adecuado conservar los criterios actuales de responsabilidad, sin perjuicio de facilitar la prueba de la culpa, la cual se tendrá por acreditada con la simple observación de un parámetro objetivo, como es la transgresión de las normas de calidad ambiental, o de preservación o de manejo de recursos."³¹

Como ya se dijo, esta pretensión no se ve reflejada en el articulado propuesto. La supuesta presunción de culpabilidad no parece sólo ser tal, sino consiste más bien

²⁸ Sierra, L. y Varas, J. A., *Op. cit.*, pág. 154. El comentario citado se inserta en un análisis global del razonamiento judicial en el recurso de protección de la garantía del Nº 8º del Art. 19 de la Constitución.

²⁹ Gerlach, Johann W., "La Protección del Medio Ambiente con los Instrumentos del Derecho Privado", en *Nuevo Curso del Derecho del Consumidor*, pág. 272.

³⁰ Véase *infra*, Apartado I, pág. 175.

³¹ Véase Vergara F., Javier, "La Responsabilidad en la Ley de Bases del Medio Ambiente", en este mismo número de *Derecho y Humanidades*.

en un elemento de la configuración del ilícito. De esta manera, quien no infringe una norma de calidad ambiental no sólo no se ve afectado por una presunción de culpabilidad, sino que tampoco es autor de ilícito alguno.

Este sistema de responsabilidad que el Proyecto propone adolece, en cuanto tal, de algunos defectos que intentaremos explicitar.

Con el sistema diseñado por el Proyecto cabe siempre la posibilidad, para el autor del daño, de eximirse de responsabilidad probando caso fortuito o fuerza mayor. Esto resulta particularmente inconveniente respecto de actividades de alto riesgo, donde la ocurrencia fortuita de daños ambientales es regular, es decir, forma parte de los eventos previsibles en el desarrollo de la actividad. En consecuencia, la responsabilidad debería ser siempre atribuida al productor del riesgo, en la medida en que es éste el que obtiene el beneficio de dicha actividad.

El sistema del Proyecto resulta además, injusto e ineficiente desde un punto de vista económico, principalmente respecto de las actividades más riesgosas. Incentiva a evitar la culpabilidad, y no a evitar el riesgo, lo que desde la perspectiva de una ley que pretende prevenir los daños al medio ambiente parece inadecuado. Además, resulta en una distribución desafortunada de los costos de los accidentes. En efecto, en la medida que opera la exención de responsabilidad, se produce por parte del creador del riesgo y de los daños, una "externalización" de los costos³² de los accidentes. Es decir, esos costos, en tanto se traspasan a un tercero, no se incorporan -como debiera ocurrir- a los costos de producción del factor de riesgo.

Un sistema de responsabilidad subjetiva híbrido como el consagrado en el Proyecto, y dado que el costo del daño fortuito deberá ser asumido por quien lo sufre, en la práctica significa un subsidio de la sociedad a los agentes dañosos de alto riesgo, quienes son, precisamente, los primeros beneficiados por estas actividades.

Por contraste, un sistema de responsabilidad objetiva no sólo produce el efecto económico de atribuir correctamente los costos de modo que sean un incentivo para no dañar el medio ambiente, sino que también permite que exista una correcta sanción del mercado a aquel que contamina y no a la inversa, como podría suceder en un sistema de responsabilidad civil subjetiva. Como señala J. Gerlach, "en nuestras sociedades burguesas con su regulación de mercado, una responsabilidad objetiva por parte del causante es algo muy racional. La externalización de los costes, hasta ahora posible (con

³² Los costos que los accidentes causan se han clasificado en: costos primarios, secundarios y terciarios. Los costos primarios dicen relación con la inversión que supondría evitar los accidentes. Los costos secundarios son aquellos esfuerzos necesarios para reparar los daños causados por los accidentes. Los costos terciarios son aquellos gastos administrativos o burocráticos que implican los anteriores. Un sistema apropiado de responsabilidad debe tender a la reducción máxima de todos estos costos. Al respecto, véase Calabresi, Guido, *El Costo de los Accidentes*, que realiza una clasificación teórica de los sistemas en base a su eficacia reductiva.

un sistema subjetivo de responsabilidad), lleva a que el precio no incluya la totalidad de los costes de producción, siendo por lo tanto falso, o sea, demasiado bajo. Esto a su vez induce a la otra parte, a los consumidores finales, a una mayor demanda de estos productos más baratos. De ahí que un empresario que se esfuerza más por una protección mayor del medio ambiente, teniendo por lo tanto que elevar los precios, sea prácticamente «sancionado» por el mercado. De esta forma también el mercado es programado en detrimento del medio ambiente. Este círculo vicioso sólo puede ser abolido por una internalización de los costes lo más completa posible con una responsabilidad objetiva correspondiente.³³ Como sintetiza el mismo autor, una responsabilidad objetiva por parte de los causantes es a la vez “justa” según los principios del derecho y “correcta” para un sistema de mercado.

De lo expuesto anteriormente podemos concluir que esta “internalización” de costes que permite un sistema de responsabilidad objetiva permite cumplir de mejor forma el fin de prevención general al que debe propender un sistema adecuado de responsabilidad civil, evitando las externalizaciones de los costos, que un sistema de responsabilidad como el propuesto podría producir. Como sostiene el autor que hemos citado: “Si a los productores de peligros no se les exige una responsabilidad objetiva, no están económicamente interesados en esforzarse todo lo posible por una mejor protección del medio ambiente que siempre conlleva más gastos. Su interés se inclina hacia una contaminación irresponsable y más barata del medio ambiente y de los afectados.”³⁴

En este sentido un artículo del primitivo anteproyecto establecía que “se presume responsable la persona que en el ejercicio de las actividades que se señalan causa daño al medio ambiente:

- a) producción, transporte, comercialización y almacenamiento de hidrocarburos; y
- b) producción, transporte, comercialización, almacenamiento y manipulación de productos químicos tóxicos señalados en la ley y en los tratados suscritos por Chile...” (Artículo 65 inciso final de la primera versión). Se permitía aquí, también, la exención por caso fortuito.

Una norma de este tipo, pero decididamente consagratoria de un sistema de responsabilidad objetiva para actividades de alto riesgo, es, por lo antes expuesto, necesaria. Las actividades descritas en ese artículo importan un riesgo suficiente como para fundar un régimen parcial -a su respecto- de responsabilidad objetiva por daños, es decir, un sistema que excluya la exención por caso fortuito. Con este sistema, los

³³ Gerlach, Johann W., *Op. cit.*, pág. 279. El paréntesis es nuestro.

³⁴ *Id.*, pág. 278.

productores de peligros tendrán que contar con los costos de responsabilidad, de modo que tendrán un interés propio en la protección ambiental.³⁵ Desde luego, no parece conveniente -en eso concordamos con los autores del Proyecto- extender este criterio a toda actividad potencialmente contaminante. Cuando el riesgo no es bastante, la internalización de costos derivada de la responsabilidad objetiva se hace injusta económicamente. Tan injusta como el tratamiento "igualitario" que otorga el Proyecto a toda actividad, sin consideración de los riesgos. En definitiva, parece que lo razonable, desde el punto de vista de la "justicia económica" y de la eficacia en la protección del entorno es establecer un régimen diferenciado en base a la calificación del riesgo.

Ahora bien, complemento recomendable de un sistema de responsabilidad objetiva es el uso de un sistema adecuado de seguros. Puesto que la capacidad de daño de un agente no está en relación con su capacidad económica, es ineludible el establecimiento de la exigencia de contratación de un seguro que garantice el resarcimiento de los daños en caso de incurrirse en responsabilidad.³⁶ Este sistema tiene la ventaja preventiva y económica de permitir que quien innove en la reducción efectiva del riesgo pague una prima menor, recibiendo en consecuencia un beneficio inmediato.

En resumen, en nuestra sociedad con economía privada, los causantes de los riesgos son los únicos verdaderos destinatarios de la responsabilidad, ya que son ellos quienes obtienen el beneficio económico de esa actividad.

Es por ello que, además, los empresarios no pueden ampararse en la autorización estatal para no responder por los daños producidos como consecuencia no sólo de accidentes, sino también de actividades contaminantes regulares, pero permitidas por las normas de calidad ambiental o bien por las políticas estatales de emisión de contaminantes.

En este sentido el Derecho Privado reclama independencia frente al Derecho Público. "Las medidas generales del Derecho Público en su pronóstico de peligros son demasiado inseguras y generales para poder considerarse infalibles en todos los casos concretos."³⁷ Las políticas estatales de descontaminación y sus criterios expresados a través de las autorizaciones y normas de calidad ambiental no pueden ser admitidos como justificación del daño por una supuesta legalidad o ejercicio legítimo de un

³⁵ Véase Gerlach, Johann W., *Op. cit.*, pág. 279.

³⁶ Al respecto, la segunda versión del anteproyecto de Ley elaborado por la Comisión del Medio Ambiente establecía en su artículo 72 que "La autorización para desarrollar las actividades a que se refiere el artículo 15 quedará sujeta a la constitución, por parte del titular, de un seguro de responsabilidad civil que cubra el riesgo de indemnización por daños causados al medio ambiente...".

³⁷ Gerlach, Johann W., *Op. cit.* pág. 275.

derecho. La autorización estatal debe considerarse principalmente como un medio de control o medida preventiva, y nunca como garantía de irresponsabilidad. Por estas razones pensamos que la norma del artículo 43 no resulta aceptable, como tampoco lo es la más probable interpretación del artículo 40.

Podría pensarse que una posición como la que sostenemos no sería conveniente en la medida que pareciera necesario "guardar la «unidad» del orden jurídico (de modo que) las dos partes del sistema decidieran de forma unánime y no contradictoria."³⁸ Sin embargo, como expresa el mismo Gerlach, "el ideal de la «unidad jurídica se malinterpreta si se reduce a una uniformidad de los parámetros con la continua preferencia por el Derecho Público. En realidad, el Derecho Público y el Privado tienen diferentes funciones, de modo que los dos sistemas parciales constituyen una totalidad del sistema jurídico, y con ello, su «unidad» en su complemento recíproco. (...) Tampoco políticamente se puede confiar únicamente en la «planificación total y centralizada» del Estado, siendo, por lo menos para complementar, indispensable la protección individual y la función «descentralizada» del Derecho Privado."³⁹ Además, una distinción conveniente de funciones como la que comentamos resulta un buen complemento a la protección del medio ambiente, en cuanto permite un mejor y más efectivo control particular de los posibles peligros y daños generados por actividades contaminantes no previstas o consideradas por la autoridad.

Por otra parte, es preciso a este respecto recordar lo dicho más arriba a propósito del derecho a vivir en un medio ambiente sano como derecho moral o en sentido fuerte. Como consecuencia de esta categoría de ese derecho constitucional, un derecho que se funda en él -como el que se tiene a perseguir la responsabilidad y a obtener una indemnización por daño ambiental- no debe verse limitado en caso alguno por las políticas estatales o por las normas legales o administrativas. Éstas deben tender sólo a protegerlo o aumentarlo.

De modo, pues, que la exención de responsabilidad propuesta en el artículo 43, es inicua para quien sufre el daño, inconveniente desde un punto de vista económico, incorrecta en la óptica de la necesaria independencia de los Derechos Público y Privado, e ilegítima desde la perspectiva de los principios de la Constitución. En consecuencia, dicha exención debiera limitarse a la acción de restauración, para los casos de daños específicamente medioambientales, es decir, aquellos en que se lesiona exclusivamente el bien jurídico "medio ambiente" y no se producen daños a particulares identificables.

³⁸ *Id.*, pág. 273. El paréntesis es nuestro.

³⁹ *Id.*, pág. 276.

B. ACERCA DE LA TITULARIDAD DE LAS ACCIONES.

Respecto al tema de la titularidad de las acciones que el Proyecto consagra (Artículo 42) caben también algunas observaciones.

En relación a la titularidad de la acción ordinaria de indemnización de perjuicios, el Proyecto no innova respecto de las normas del Código Civil. Es titular de la acción quien sufre el daño. La alternativa seguida ha sido criticada por ser incapaz de resolver el común problema medioambiental de la difusión del daño. Estimamos sin embargo, que la solución del Proyecto es correcta, toda vez que no puede pretenderse la solución del tema de los daños difusos mediante la institución jurídica de la responsabilidad. Ésta sólo será una herramienta eficiente en la medida que se produzca un daño significativo al particular.

Por el contrario, no parece estar bien resuelto en el Proyecto el tema de la titularidad de la acción ambiental (Artículo 42). De la manera como se ha contemplado, queda una gran cantidad de problemas sin resolver. Para mencionar sólo dos de los que parecen de mayor gravedad: ¿Genera una sentencia absolutoria para el agente de daño una especie de excepción de cosa juzgada, en los casos -frecuentísimos- en que los damnificados son muchos y sólo uno o algunos han accionado? ¿No se generará una verdadera "fiebre de litigios" al abrir la titularidad, con el solo afán de lograr una transacción monetaria? Nos parece una mejor solución entregar la acción solamente al afectado y al Estado, con el agregado de que, en todos los casos en que no sea el Estado quien inste por la restauración, sea notificado y tenga la obligación de hacerse parte en el juicio. Debiera asimismo establecerse la prohibición legal de terminar estos juicios por avenimiento o transacción sin mediar participación del organismo estatal encargado de las materias medioambientales. Un pacto de esta naturaleza adolecería de objeto ilícito. De este modo, se haría posible afirmar la producción de efectos de reflejos hacia terceros de las sentencias absolutorias recaídas en este tipo de acción, lo que se traduciría en un aumento notable de la seguridad jurídica y de la estabilidad económica para las empresas y para la sociedad en general. Se evita, asimismo, la posible formación de "sociedades litigiosas" y un recargo excesivo en la labor de los Tribunales.

De igual manera, parece inadecuada la solución proyectada para la titularidad de la "acción infraccional" (Artículo 46). No se divisa razón alguna para enfrentar a cualquier particular con un agente dañoso, cuando el objeto de la acción es determinar la existencia de infracción de una norma y la imposición de una sanción administrativa. Desde el punto de vista del bien jurídico protegido (la legalidad administrativa ambiental) lo lógico es que sea el Estado quien persiga la responsabilidad infraccional. Por cierto, sin perjuicio de la posibilidad del afectado o de cualquier ciudadano de denunciar al órgano administrativo correspondiente una transgresión reglamentaria, para que éste realice la investigación y requerimiento judicial que procedan. Esta posibilidad tiene también la ventaja de evitar la proliferación de juicios.

Tenemos conciencia de que la alternativa que proponemos significa un aumento de la influencia estatal en esta área. Creemos, con todo, que en pocas materias esta intervención es tan justificada como en el tema del medio ambiente. Así lo reconoce, por lo demás, la propia Constitución, al indicar expresamente que "es deber del Estado velar para que este derecho (a vivir en un medio ambiente libre de contaminación) no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza" (Artículo 19 Nº 8º). La alternativa que planteamos respecto de la titularidad de las acciones constituye, pues, una manifestación de confianza en que el Estado asumirá efectivamente su deber de tutela, pero resguarda suficientemente el rol que a los particulares y organizaciones ambientales les corresponde en la denuncia de los posibles daños o amenazas.

V. CONCLUSIONES Y PROPOSICION

Las normas de regulación ambiental parecen tener una presencia jurídica progresivamente relevante y necesaria. Lejos de desconocer o negar este hecho, lo que en definitiva propone este trabajo es postular, con ellas como mecanismo de presunción de culpa (o de atribución de responsabilidad en las actividades de alto riesgo), un sistema de responsabilidad civil constitucionalmente coherente, en el que todo daño ambiental genere responsabilidad, y que ésta sea una sanción represiva eficaz al tiempo que una herramienta preventiva adecuada. Para ello sería necesario:

1. Que, en la generalidad de los casos, la infracción de norma no significara otra cosa que una presunción de culpabilidad. No una presunción de responsabilidad, ni un elemento o requisito para la configuración del ilícito. De este modo, se harían procedentes las acciones por responsabilidad ambiental aún en ausencia de contravención normativa. Ésta sólo alteraría la carga de la prueba, facilitando la tarea del damnificado, y se evitaría cualquier posible inconstitucionalidad de la restricción generada por la actual fórmula.

2. Establecer una definición programática amplia, pero precisa, de daño ambiental. No proponer ciertos criterios básicos para encauzar la labor judicial pudiese ser desafortunado. Dicha definición debe permitir:

A) La exclusión de las "conductas de bagatela" (cortar una flor, arrojar un papel) como generadoras de responsabilidad por daño ambiental. Estas conductas deben ser erradicadas con el auxilio de la herramienta educativa.

B) Que todo daño genere responsabilidad civil, haya o no incumplimiento normativo.

C) Que la exención de responsabilidad del artículo 43 se limite a los daños exclusivamente medioambientales, y a la acción de restauración. Es decir, las consecuencias nocivas no estrictamente ambientales que se causen (enfermedad, muer-

te, daño en una cosecha, p.e.) deben generar responsabilidad para el autor, aún cuando medie cumplimiento estricto de la normativa ambiental.

D) Que sea la jurisprudencia la que fije el contenido fáctico del concepto, que es, de suyo, de contenido indeterminado.

3. Establecer que las acciones nacen del daño y no de la responsabilidad, modificación que tendría idéntica consecuencia, es decir, permitiría accionar en ausencia de contravención reglamentaria, salvándose así todo problema de constitucionalidad.

4. Establecer un sistema parcial de responsabilidad objetiva, con exigencia de contratación de seguro, para las actividades calificadas como altamente riesgosas, según se ha explicado.

5. Establecer un sistema operativo de titularidad en las acciones ambiental e infraccional, como el esbozado más arriba.

Lo que sigue, finalizando este análisis, constituye un intento de entregar una redacción legislativa a las ideas prescriptivas más arriba expresadas. Se ha procurado, en la medida de lo posible, mantener las fórmulas empleadas por el Proyecto, introduciendo las menores variaciones posibles (aunque semánticamente importantes), o, en otros casos, utilizar normas de las versiones anteriores del anteproyecto, realizadas por la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Con el objeto de facilitar una lectura comprensiva, se indican en cursiva las innovaciones que en este trabajo se proponen, y se señala entre paréntesis, el origen de la norma. Cuando nada se advierte, significa que la norma ha permanecido tal como se contempla en el Proyecto.

PROPOSICION DE NORMATIVA ALTERNATIVA

Artículo 40. Se entiende por daño ambiental toda pérdida *significativa* o degradación de cualquiera de los componentes del medio ambiente, que afecte la vida en cualquiera de sus formas o la calidad de vida de las personas.

Hay degradación de los componentes del ambiente cuando se disminuye cualitativa o cuantitativamente su capacidad productiva natural o se alteran sus funciones en los sistemas ambientales de manera significativamente adversa. (Artículo 63 Versión 1 Anteproyecto CONAMA).

Se presume culpable el daño ambiental causado con infracción a las normas de calidad ambiental o a las normas sobre preservación, conservación o protección ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias. (Artículo 40 Proyecto).

Artículo 41. *El daño ambiental genera, además de la acción indemnizatoria ordinaria, la acción ambiental que tiene por objeto obtener la restauración, en los términos del artículo 1º letra i), si fuere posible. (Artículo 41 Proyecto).*

En caso de no ser posible la restauración, el objeto de la acción ambiental consistirá en la imposición de una multa a beneficio de el o los proyectos ambientales que determine la Comisión Nacional del Medio Ambiente, por un monto que el juez regulará prudencialmente.

Artículo 42. *Son titulares de la acción ambiental el particular personalmente afectado, sin perjuicio de su derecho a reclamar indemnización ordinaria, si procediere, y el Estado.*

Cualquier persona podrá ocurrir al organismo estatal correspondiente para que éste entable la acción ambiental, cuando no sea posible definir con precisión al afectado. Las asociaciones con interés ambiental podrán hacerse parte en el proceso que se genere.

En todo caso que el afectado ejerza la acción ambiental, el Estado, a través del organismo correspondiente, será notificado conjuntamente con el demandado, y deberá hacerse parte en el proceso.

Los juicios de restauración ambiental no podrán concluir por transacción o avenimiento judicial o extrajudicial si no concurre a él el Estado. Las sentencias absolutorias dictadas producirán efectos contra terceros.

Artículo 43. *No se aplicará lo dispuesto en el artículo 41 a las fuentes emisoras sujetas a planes de prevención o descontaminación, según corresponda, si acreditan estar dando íntegro y cabal cumplimiento a las obligaciones establecidas en los respectivos planes. (Artículo 43 Proyecto).*

Artículo 44. *Sin perjuicio de las sanciones pecunarias establecidas en otros cuerpos legales, los emisores que sobrepasen las normas de emisión o no cumplan los planes de prevención o descontaminación, podrán ser sancionados con:*

- a) *Amonestación;*
- b) *Multas entre 50 y 1000 U.T.M.; y*
- c) *Clausura temporal o definitiva.*

En todos estos casos, el juez podrá, según la gravedad de la infracción, ordenar la suspensión inmediata de las actividades emisoras u otorgar a los infractores un plazo para que se ajusten a las normas.

Si cumplido dicho plazo los agentes continúan infringiendo las respectivas normas, deberán pagar una multa adicional de 6 a cuarenta U.T.M. diarias.

Artículo 45. El juez, al momento de imponer las multas señaladas en el artículo precedente, y con el objeto de determinar su cuantía, deberá considerar:

1. La gravedad de la infracción. Para tal efecto tendrá en cuenta, principalmente, los niveles de superación de la norma; el incumplimiento de las obligaciones establecidas en un plan de prevención o descontaminación; el posible impacto de las emisiones en la salud de las personas o en la producción pesquera o silvoagropecuaria; la generación de desequilibrios ecológicos;
2. Las reincidencias, si las hubiera;
3. La capacidad económica o productiva del infractor; y
4. El cumplimiento de los compromisos contraídos en las declaraciones o en los estudios de impacto ambiental, según corresponda.

Artículo 46. *Podrá requerir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 sólo el organismo estatal competente. Cualquier persona puede ocurrir a dicho organismo a fin de denunciar la violación de una norma de calidad ambiental o de preservación, conservación o protección, y solicitar que se practique el requerimiento judicial correspondiente.*

Artículo xx. *La responsabilidad generada por daños producidos en el ejercicio de las actividades que se señalan se extiende aún a aquellos producidos por caso fortuito o fuerza mayor:*

- a) producción, transporte, comercialización y almacenamiento de hidrocarburos; y
- b) producción, transporte, comercialización, almacenamiento y manipulación de productos químicos tóxicos señalados en las leyes y en los tratados suscritos por Chile. (Artículo 65 Versión 1 Anteproyecto CONAMA).

Artículo xx. La autorización para desarrollar las actividades a que se refiere el artículo anterior quedará sujeta a la exigencia de constitución, por parte del titular, de un seguro de responsabilidad civil y ambiental que cubra el riesgo de indemnización por daños personales, materiales y sus consecuencias causados por cualquier daño ambiental.

El monto del seguro será determinado por la autoridad encargada de otorgar la respectiva autorización. (Artículo 66 Versión 1, y artículo 72 Versión 2 Anteproyecto CONAMA).

BIBLIOGRAFIA

1. CALABRESI, Guido. *El Coste de los Accidentes*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1ª Ed., 1984.
2. CALSAMIGLIA, Albert. *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1ª Ed., 1988.
3. CEA EGAÑA, JOSE LUIS. *Tratado de la Constitución de 1980. Características Generales. Garantías Constitucionales*, Editorial Jurídica, Santiago, 1ª Ed., 1980.
4. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Ariel S.A., Barcelona, 1ª Ed., 1984, 509 pp. Traducción de Marta Guastavino.
5. EVANS DE LA CUADRA, Enrique *Garantías Constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica, Santiago, 1ª Ed., 1987.
6. GERLACH, Johann W. "La Protección del Medio Ambiente con los Instrumentos del Derecho Privado", en *Nuevo Curso del Derecho del Consumidor*, Editado por Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1ª Ed., 1990.
7. GRONDONA, Mariano F. *La Reglamentación de los Derechos Constitucionales*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1ª Ed., 1986, 153 pp.
8. PEÑA GONZALEZ, Carlos *¿Qué Hacen los Civilistas?*, 19 p. Mecanografiado, En prensa, 1991.
9. SIERRA I., Lucas y VARAS B., J. Andrés "Derecho Subjetivo, Problema Ecológico y Razonamiento Judicial: Algunas Reflexiones", en *Revista Derecho y Humanidades* Nº 1, Mayo 1992, Editado por Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1992.
10. VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. *Libro Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde el 11 de Marzo de 1981 hasta el 11 de Marzo de 1989*. Editorial Jurídica, Santiago, 1ª E. 1989.
11. ZULETA PUCEIRO, Enrique. *Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1ª Ed., 1981, 302 pp.

ANEXO

TEXTOS COMPARADOS DE LAS TRES VERSIONES
DEL TITULO DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS ANTEPROYECTOS
DE LA COMISION NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

VERSION PRIMERA

TITULO IV
DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL

Art. 61. Toda persona natural o jurídica deberá responder por sus acciones u omisiones dolosas o culpables que con infracción de la ley provoquen daño al medio ambiente.

Esta responsabilidad se regirá por las disposiciones del Título XXXV, Libro IV del Código Civil y por las del presente Título.

Art. 62. La responsabilidad por daño ambiental exige una infracción a la norma de calidad, preservación o conservación ambiental, la que será establecida mediante la ley o el decreto respectivo.

Art. 63. Se entiende por daño ambiental toda pérdida o degradación de cualquiera de los componentes del medio ambiente, que afecte la vida en cualquiera de sus formas o la calidad de vida de las personas.

Hay degradación de los componentes del ambiente cuando se disminuye cuali-

VERSION SEGUNDA

TITULO V
DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL

Párrafo 1º

Art. 66. Todo el que comete delito o cuasidelito que cause daño al medio ambiente, deberá responder del mismo en conformidad a la presente ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en todo aquello que no sea contrario a las disposiciones de esta ley se aplicarán las normas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

Art. 67. La responsabilidad por daño ambiental nace de una infracción a las normas de calidad ambiental o a las normas sobre preservación, conservación o protección ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

VERSION TERCERA
(Enviada al Congreso)

TITULO III
DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL

Párrafo 1º
Del daño ambiental

Art. 39. Toda el que dolosa o culpablemente cause daño al medio ambiente, deberá responder del mismo en conformidad a la presente ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en todo aquello que no sea contrario a las disposiciones de esta ley se aplicarán las normas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

Art. 40. La responsabilidad por daño ambiental nace de una infracción a la normas de calidad ambiental o a las normas sobre preservación, conservación o protección ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

tativa o cuantitativamente su capacidad productiva natural o se alteran sus funciones en los sistemas ambientales de manera significativamente adversa.

Art. 63. Establece los casos en que procedería responsabilidad solidaria.

Art. 64. El Estado tendrá acción para reclamar del daño ambiental y podrá perseguir la responsabilidad de quien lo provoque, sin perjuicio de la que corresponda a las personas afectadas. Estas acciones prescriben en el plazo de..... años contados desde que se produjo la conducta o la omisión que causa el daño.

Art. 68. De la responsabilidad por daño ambiental emana, además de la acción indemnizatoria ordinaria, la acción ambiental que tiene por objeto obtener la restauración del daño causado, si fuere posible, y la indemnización de perjuicios.

Art. 69. Cuando exista daño ambiental por contaminación en un área geográfica y no sea posible determinar cuál de los emisores es el responsable, lo serán solidariamente aquellos cuyas fuentes emisoras se encuentren en el área y sus emisiones, siendo causa posible del daño, estén por encima de la norma de emisión o de calidad ambiental respectiva.

Art. 70. Son titulares de la acción civil ambiental el Fisco, con el objeto de obtener la restauración del daño causado o la indemnización de perjuicios; y el particular personalmente afectado, sólo con el objeto de obtener la restauración, sin perjuicio de su derecho a reclamar indemnización ordinaria, si procediere.

Las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica podrán también entablar la acción civil ambiental, cuando no sea posible definir con precisión la persona afectada.

La indemnización que obtenga el Fisco en virtud de las normas precedentes, deberá ingresar al Fondo de Protección Ambiental referido en el artículo 9 de la presente ley.

Art. 41. De la responsabilidad por daño ambiental emana, además de la acción indemnizatoria ordinaria, la acción ambiental que tiene por objeto obtener la restauración, si fuere posible, del daño causado.

Art. 42. Son titulares de la acción ambiental señalada en el artículo anterior y con el solo objeto de obtener la restauración, el Estado y el particular personalmente afectado, sin perjuicio de su derecho a reclamar indemnización ordinaria, si procediere.

Cualquier persona podrá también entablar la acción ambiental, cuando no sea posible definir con precisión al afectado. En este último caso, sólo se dará curso a la respectiva demanda previa caución suficiente.

Art. 43. No se aplicará lo

Art. 65. Se presume responsable la persona que en el ejercicio de las actividades que se señalan causen daño al medio ambiente:

- a) producción, transporte, comercialización y almacenamiento de hidrocarburos; y
- b) producción, transporte, comercialización, almacenamiento y manipulación de productos químicos tóxicos señalados en la ley y en los tratados suscritos por Chile y que se encuentren vigentes.

Los titulares de estas actividades podrán eximirse de su responsabilidad probando que el daño ha sido consecuencia exclusiva de:

- a) acto de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección;
- b) acciones dolosas de tercero no sujetos a su subordinación o dependencia;
- c) caso fortuito o fuerza mayor.

Art. 66. La autorización para desarrollar las actividades a que se refiere el artículo anterior quedará sujeta a la exigencia de constitución, por parte del titular, de un seguro de responsabilidad civil que cubra el riesgo de indemnización por daños personales, materiales y sus consecuencias causados por cualquier daño ambiental.

En todo caso, el seguro deberá cubrir:

- a) las indemnizaciones en razón de muerte, lesiones o enfermedades de las personas;
- b) Las indemnizaciones

Art. 71. Se presume la responsabilidad por daño ambiental de quien realiza cualquiera de las actividades señaladas en el artículo 15 de la presente ley.

Art. 72. La autorización para desarrollar las actividades a que se refiere el artículo 15 quedará sujeta a la constitución, por parte del titular, de un seguro de responsabilidad civil que cubra el riesgo de indemnización por daños causados al medio ambiente.

En todo caso, el seguro deberá cubrir.

- a) Las indemnizaciones en razón de muerte, lesiones o enfermedades causadas a las personas;
- b) Las indemnizaciones debidas por daños en las cosas; y

dispuesto en los artículos 40 y 41 precedentes, a las fuentes emisoras sujetas a planes de prevención o descontaminación, según corresponda, si acreditan estar dando íntegro y cabal cumplimiento a las obligaciones establecidas en los respectivos planes.

Art. 44. Sin perjuicio de las sanciones pecuniarias establecidas en otros cuerpos legales, los emisores que sobrepasen las normas de emisión o no cumplan los planes de prevención o descontaminación, podrán ser sancionados con:

- a) Amonestación;
- b) Multas entre 50 y 1000 U.T.M.; y
- c) Clausura temporal o definitiva.

En todos estos casos, el juez podrá, según la gravedad de la infracción, ordenar la suspensión inmediata de las actividades emisoras u otorgar a los infractores un plazo para que se ajusten a las normas.

Si cumplido dicho plazo los agentes continúan infringiendo las respectivas normas, deberán pagar una multa adicional de 6 a cuarenta U.T.M. diarias.

Art. 45. El juez, al momento de imponer las multas señaladas en el artículo precedente, y con el objeto de determinar su cuantía, deberá considerar:

1. La gravedad de la infracción. Para tal efecto tendrá en cuenta, principalmente, los niveles de

debidas por daños en las cosas; y

c) Los costos de restauración del medio ambiente dañado.

c) Los costos de restauración del medio ambiente dañado.

El monto del seguro será determinado por la autoridad encargada de otorgar la respectiva autorización.

superación de la norma; el incumplimiento de las obligaciones establecidas en un plan de prevención o descontaminación; el posible impacto de las emisiones en la salud de las personas o en la producción pesquera o silvoagropecuaria; la generación de desequilibrios ecológicos;

2. Las reincidencias, si las hubiera;

3. La capacidad económica o productiva del infractor; y

4. El cumplimiento de los compromisos contraídos en las declaraciones o en los estudios de impacto ambiental, según corresponda.

Art. 46. Podrán concurrir ante el juez competente para solicitar la aplicación de lo dispuesto en el artículo anterior, las personas indicadas en el artículo 42, sin que ello obste al ejercicio de las acciones que allí se establecen.

Art. 67. En las causas que se promuevan por infracción de las disposiciones de esta ley, será juez competente el juez de letras en lo civil del lugar en que se produjo el hecho que origina el juicio o el del domicilio del afectado, a elección de éste.

Art. 68. Las causas a que se refiere el artículo anterior se tramitarán conforme al

Párrafo 2º Del Procedimiento

Art. 73. Será competente para conocer de las causas que se promuevan por infracción de la presente ley, el juez de letras en lo civil del lugar en que se origine el hecho que causa el daño, o el del domicilio del afectado, a elección de este último.

Art. 74. Las causas a que se refiere el artículo anterior se tramitarán conforme al

Párrafo 2º Del Procedimiento

Art. 47. Será competente para conocer de las causas que se promuevan por infracción de la presente ley, el juez de letras en lo civil del lugar en que se origine el hecho que causa el daño, o el del domicilio del afectado, a elección de este último.

Art. 48. Las causas a que se refiere el artículo anterior se tramitarán conforme al

procedimiento sumario. Cualquier medio probatorio será admisible para acreditar el daño ambiental. El juez apreciará la prueba en conciencia.

Art. 69. El Estado y sus organismos son responsables de los daños que originen por infracciones a la presente ley.

procedimiento sumario.

Cualquier medio de prueba será admisible para acreditar el daño ambiental.

La prueba pericial se regirá por las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil en todo lo que no sea contrario a lo siguiente:

- a) Los peritos serán seleccionados de una lista que para el efecto deberá confeccionar la Comisión Nacional del Medio Ambiente;
- b) Cada una de las partes podrá designar un perito adjunto, que podrá estar presente en todas las fases de estudio y análisis que sirvan de base a la pericia. De las observaciones del perito adjunto deberá darse cuenta en el informe definitivo;
- c) El informe pericial definitivo deberá entregarse en tantas copias como partes litigantes existan en el juicio. Habrá un plazo de quince días para formular observaciones al informe.

Art. 75. El juez apreciará la prueba en conciencia.

Art. 76. Ninguna prescripción se admitirá contra las acciones emanadas del daño ambiental.

procedimiento sumario.

La Prueba pericial se regirá por las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil en todo lo que no sea contrario a lo siguiente:

- a) Los peritos serán seleccionados de una lista que para el efecto deberá confeccionar la Comisión Nacional del Medio Ambiente;
- b) Cada una de las partes podrá designar un perito adjunto, que podrá estar presente en todas las fases de estudio y análisis que sirvan de base a la pericia. De las observaciones del perito adjunto deberá darse cuenta en el informe definitivo;
- c) El informe pericial definitivo deberá entregarse en tantas copias como partes litigantes existan en el juicio. Habrá un plazo de quince días para formular observaciones al informe;
- d) Valdrán como prueba pericial los informes emanados de los organismos públicos competentes.

Art. 49. El juez apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y será admisible cualquier medio de prueba.

Art. 50. Las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de diez años. Por su parte, la acción ambiental será imprescriptible.