



Departamento de Derecho Económico

**CRITERIOS SOBRE EL DAÑO Y LA CULPA COMO ELEMENTOS DEL RÉGIMEN  
GENERAL DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL.**

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.

**AUTORES:**

Cristóbal Cortese L.

Karin Berríos G.

**PROFESOR GUÍA:**

Javier Vergara F.

Santiago, Chile

2018



## **AGRADECIMIENTOS**

Agradecemos el apoyo en la realización de esta memoria a nuestro profesor guía Javier Vergara Fisher, así como a los profesores Gonzalo Guerrero Valle y Pablo Méndez Ortiz. Todos ellos efectuaron valiosos comentarios y certeras revisiones, que hicieron de esta memoria un trabajo más completo y pulcro.

Especialmente, queremos agradecer a nuestras familias, amigas y amigos, que presencian estos logros y se enorgullecen de ellos. Gracias a cada uno de ustedes. Los queremos mucho.



## TABLA DE CONTENIDO

<b>ABREVIATURAS</b>	9
<b>RESUMEN</b>	11
<b>INTRODUCCIÓN</b>	13
<b>CAPÍTULO I: EL DAÑO AMBIENTAL: REQUISITO INSOSLAYABLE DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL.</b>	19
1. Aspectos preliminares sobre el daño.	19
1.1. Concepto genérico.	19
1.1.1. Concepto.	19
1.1.2. Teorías del daño.	21
1.1.3. Clases de daños.	22
1.1.4. ¿Qué clases de daños son indemnizables?	23
1.2. Concepto de daño ambiental.	24
1.3. Naturaleza jurídica del daño ambiental. ¿Es un perjuicio patrimonial o moral?	25
1.4. Daño civil v/s Daño ambiental.	27
1.5. Exclusión de los daños civiles de la LBGMA.	29
2. El daño ambiental debe ser “significativo”.	30
2.1. Análisis de la significancia del daño ambiental como criterio de procedencia de la acción de reparación.	30
2.1.1. Alcances de la voz “significante”.	31
2.1.1.1. Doctrina nacional.	31
2.1.1.2. Derecho comparado.	33
2.1.1.3. Criterios acuñados por la judicatura para la determinación de la significancia del daño.	35
2.1.1.3.1. La irreversibilidad del componente ambiental dañado.	35
2.1.1.3.2. La afectación a la salud de las personas.	38

2.1.1.3.3. Las condiciones especiales del medio ambiente o del componente ambiental dañado.	41
3. Formas de reparar el daño ambiental ocasionado.	46
3.1. Marco normativo.	46
3.2. La reposición del medio ambiente dañado o de uno o más de sus componentes a una calidad similar.	47
3.2.1. ¿Qué quiere decir reparar a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al daño causado?	47
3.3. Si la reposición del medio ambiente dañado no es posible, se deben restablecer sus propiedades básicas.	49
3.3.1. ¿En qué forma se puede restablecer dichas propiedades básicas?	50
3.4. ¿Qué sucede cuando ni siquiera es posible restablecer las propiedades básicas del medio ambiente?	50
3.5. Límites de la acción de reparación del daño ecológico causado el medio ambiente.	51
3.5.1. Casos en que la reparación es técnicamente posible, pero no es razonable en términos económicos.	51
3.5.2. Casos en que la reparación no es técnicamente posible.	54
3.5.2.1. Mutación de la obligación de reparación a una de indemnización.	55
3.5.2.2. Mutación de la obligación de reparación a una de compensación.	56
3.5.2.2.1. Algunas propuestas de reparación en “moneda verde”.	58
3.6. La valoración del daño ambiental.	61

## **CAPÍTULO II: ANÁLISIS DEL FACTOR DE IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN CHILE.**

1. Generalidades sobre la incidencia de la culpa y dolo en los regímenes de responsabilidad.	65
1.1. Sistemas de responsabilidad por culpa o dolo.	65
1.2. Sistemas de responsabilidad estrictos u objetivos.	66
2. Nuestro sistema de responsabilidad ambiental se basa en la culpa o dolo como factor de imputabilidad.	66

3.	Análisis de la presunción de responsabilidad consagrada en el art. 52 de la LBGMA.	68
3.1.	Antecedentes de su establecimiento en la LBGMA.	68
3.2.	Naturaleza jurídica de la presunción.	69
3.3.	Interpretaciones sobre el alcance de la presunción en los elementos de la responsabilidad por daño ambiental.	70
3.3.1.	La presunción del art. 52 LBGMA es de responsabilidad.	70
3.3.2.	La presunción del art 52 LBGMA sólo incide sobre la culpa.	70
3.3.3.	La presunción del art. 52 LBGMA se extiende sobre la culpa y la causalidad.	71
3.3.3.1.	Problemas que genera extender la presunción sobre la causalidad.	76
3.3.3.2.	Planteamiento de posibles soluciones ante la imposibilidad de aplicar extensivamente la presunción del art. 52 LBGMA al nexo causal.	78
3.3.3.3.	Eventuales ventajas de estas dos soluciones.	84
3.4.	¿Cuándo entra en funcionamiento la presunción de culpa?	85
3.4.1.	Infracción a normas de calidad ambiental y normas de emisión.	85
3.4.2.	Infracción a los planes de prevención o descontaminación.	86
3.4.3.	Infracción a regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental.	86
3.4.4.	Infracción de normas sobre protección, preservación o conservación ambiental, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.	87
3.4.4.1.	¿Es posible generar un daño ambiental sin infringir normas sobre protección, preservación o conservación ambiental?	88
3.4.4.2.	¿Cuáles son las normas de protección, preservación o conservación ambiental?	89
3.4.5.	¿Opera la presunción de culpa si se infringe la Resolución de Calificación Ambiental?	95
4.	¿Es posible aplicar supletoriamente la presunción del art. 2329 del Código Civil en materia de responsabilidad ambiental?	97

### **CAPÍTULO III: CONCLUSIONES FINALES.** 101

1.	Conclusiones acerca del daño.	101
1.1.	Acerca de la naturaleza del daño ambiental y su posterior valoración.	101
1.2.	Sobre la significancia del daño como criterio limitativo del mismo.	101

1.3. En cuanto a la reparación del daño ambiental.	102
2. Conclusiones acerca del factor de imputabilidad.	104
2.1. Sobre el régimen general de RDA en Chile.	104
2.2. Con respecto a la presunción de culpa establecida en el art. 52 LBGMA.	104
2.2.1. Extensión de la presunción sobre los elementos de la responsabilidad.	104
2.2.2. Hipótesis que hacen operativa la presunción: Las normas sobre protección, preservación o conservación ambiental.	105
2.3. La infracción de la Resolución de Calificación Ambiental hace operativa la presunción de culpa.	106
2.4. La presunción de culpa por hechos propios contenida en el art. 2329 del Código Civil no es aplicable en materia de daños ecológicos puros.	106
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	109

## ABREVIATURAS

Art.	:	Artículo
C.C.	:	Código Civil
C.P.C.	:	Código de procedimiento civil
C.P.R.	:	Constitución Política de la República
Excma. C.S.	:	Excelentísima Corte Suprema
Iltrma. C.A.	:	Ilustrísima Corte de Apelaciones
LBGMA	:	Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente
LOSMA	:	Artículo segundo de la Ley N° 20.417, que contiene la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente
LTA	:	Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales
HFDL	:	Historia fidedigna de la Ley
RCA	:	Resolución de calificación ambiental
RCE	:	Responsabilidad civil extracontractual
RDA	:	Responsabilidad por daño ambiental
SMA	:	Superintendencia del Medio Ambiente
STA	:	Segundo Tribunal Ambiental de Santiago
SEIA	:	Sistema de evaluación impacto ambiental
TTA	:	Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia



## RESUMEN

La presente memoria ofrece un análisis del régimen general de responsabilidad por daño ambiental chileno. Específicamente, nuestro estudio se centra en el daño ambiental, requisito insoslayable de la acción de reparación, y en la presunción de culpa ambiental como elemento configurador de la responsabilidad.

Para lo anterior, el trabajo se estructura en base a dos grandes capítulos: por una parte, un título dedicado en extenso al daño ambiental, y otro concerniente exclusivamente al factor de imputación en materia de daños ecológicos puros.

En este sentido, el primer capítulo explica lo controvertido de la naturaleza jurídica del daño ambiental y cómo éste influye en la tarea de su valoración; también, se presentan los criterios más frecuentes que ha invocado la Corte Suprema para dotar de contenido al concepto de daño ambiental “significativo” y, finalmente, se aborda el tema de los límites a la reparación ambiental.

Por su parte, el segundo capítulo se avoca al estudio de la extensión de la presunción de culpa ambiental consagrada en la Ley N° 19.300. De este modo, intentamos plantear límites -desde la jurisprudencia y doctrina- sobre los supuestos de hecho que la hacen aplicable. Asimismo, se examina la posibilidad de hacer operativa la presunción cuando un titular de una RCA incurre en infracción de la misma. Por último, describimos nuestros argumentos de por qué no sería aplicable, supletoriamente, la presunción de culpa por el hecho propio contenida en el Código Civil en materia de daños ecológicos puros.

Finalmente, se presenta un capítulo de conclusiones donde se plasman los resultados de la presente investigación, así como nuestra opinión fundada frente a todas las interrogantes que se han ido trazando a lo largo del estudio.

**Palabras claves:** Responsabilidad por daño ambiental – daño ambiental significativo – naturaleza jurídica del daño ambiental – valoración del daño ambiental - presunción de culpa ambiental – aplicación supletoria presunciones de culpa código civil.



## INTRODUCCIÓN

### A. PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y MOTIVACIONES.

La presente investigación se enmarca en el análisis del régimen general de responsabilidad por daño ambiental chileno. Específicamente, tiene por objeto examinar exhaustivamente dos de sus elementos configuradores: por un lado, el daño, que es requisito indispensable para hacer nacer la obligación de reparación y, por otro, el factor de imputabilidad que, de acuerdo a nuestra tradición jurídica, sólo mediante su comprobación se podrá atribuir responsabilidad al supuesto victimario.

De tal manera que, el trabajo se encuentra estructurado en base a cuatro objetivos generales: (i) la recopilación de doctrina *ius ambientalista*, nacional y comparada, sobre los que hemos considerado los puntos más relevantes del daño y el factor de imputabilidad; (ii) la identificación de problemas ligados a estos dos elementos, ya sea por la deficiencia o ambigüedad de nuestro marco normativo, como por la agudeza del ojo doctrinal y/o jurisprudencial; (iii) el levantamiento de criterios jurídicos, en base a la revisión de jurisprudencia, emanada tanto de nuestro Excmo. Corte Suprema, como también de los Tribunales Ambientales, que han podido conocer y fallar sendos procesos de reparación por daño ambiental; y, (iv) el ofrecimiento de posibles soluciones para los problemas que hemos logrado identificar.

En este sentido, estos cuatro objetivos generales se concretizan en dos grandes capítulos: por una parte, un título dedicado en extenso al daño ambiental, y otro concerniente exclusivamente al factor subjetivo.

Así, en el primer capítulo se intentará desentrañar la naturaleza jurídica del daño ambiental y cómo ésta influye en la dificultad que supone la valoración del mismo; también, se presentan los criterios más frecuentes que ha invocado la Suprema Corte para dotar de contenido al concepto de daño ambiental “significativo” y, finalmente, se abordará el tema de la reparación ambiental, ante el cual se esbozan y responden preguntas tales como ¿Cómo se repara el medio ambiente dañado? ¿Existen límites a la reparación? ¿Es suficiente con sólo reparar?, etc.

A su vez, en el siguiente capítulo se pretende desentrañar la extensión que tiene, sobre los elementos de la responsabilidad, la presunción de culpa consagrada en la Ley N° 19.300. De este modo, intentamos plantear límites sobre los supuestos de hecho que hacen operar a la misma. Ambos temas se acompañan del estudio y revisión de la última y completa jurisprudencia emanada de los procesos de reparación de los Tribunales Ambientales de Santiago y Valdivia.<sup>1</sup> Luego, se plantea la dificultad que presenta, hoy en día y de acuerdo al marco legal vigente, hacer operativa la presunción, basándonos en la infracción que ejecute un titular de su RCA. En esta línea, hemos tomado y defendido una postura acorde al principio de realidad. En último lugar, describimos nuestros argumentos de por qué no sería aplicable supletoriamente la presunción por el hecho propio contenida en el Código Civil en materia de daños ecológicos puros.

Finalmente, y, en cuanto a las motivaciones de esta investigación, queremos compartir que nuestra apreciación sobre la responsabilidad por daño ambiental es que para los *ius ambientalistas* ha de ser una herramienta jurídica de *ultima ratio*. Conforme a esto, no por nada la sentencia que impone la obligación de reparación es una de condena. Esto lo sostenemos pues, cuando se produce un daño ambiental y una vez obtenida una condena de reparación, queda de manifiesto que toda la finalidad preventiva de la institucionalidad ambiental (tanto aquella parte de evaluación de impactos ambientales [SEIA] como de fiscalización de los regulados [SMA]) falló en sus funciones. Por lo tanto, la única forma de enmendar esta pérdida de bienes y servicios ecosistémicos a toda la comunidad será por medio del uso de la herramienta de la responsabilidad por daño ambiental. Así las cosas, deberá aplicarse de manera implacable este sistema, dotándolo de interpretaciones que sean útiles y eficaces para tal objetivo y teniendo reglas claras y al alcance de todos los actores en juego (ciudadanos, comunidades, empresas y órganos públicos). En caso contrario, creemos que se generaría un incentivo perverso, en el entendido de que siempre habrá quienes pretendan eludir o dilatar al máximo su responsabilidad, atentando clara y expresamente el fin de justicia ambiental, entendida esta como una correcta distribución de las cargas y beneficios ambientales.

---

<sup>1</sup> Hemos de aclarar que el presente trabajo se realizó en base a la jurisprudencia existente a la fecha de su elaboración (Octubre 2017). Así, sólo fueron considerados para este estudio los fallos emanados de los Tribunales Ambientales de Santiago y Valdivia. Sin perjuicio de que, a la fecha referida, ya se encontraba instalado el Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta (Septiembre 2017), aún no había dictado sentencia definitiva en algún proceso de reclamación y/o de reparación.

## B. MARCO TEÓRICO. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL COMO UN SUBSISTEMA AUTÓNOMO DE REPARACIÓN.

Tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad por daño ambiental es una responsabilidad de naturaleza civil extracontractual.<sup>2</sup> Esta postura, que ha sido abierta y latamente criticada por la doctrina *ius ambientalista*, debe abandonarse, pues la responsabilidad ambiental excede el marco de las instituciones clásicas del derecho civil. A nuestro modo de ver, esto es debido a los particulares principios, fines y bienes jurídicos tutelados por el Derecho Ambiental.

En este sentido, la doctrina ha señalado que la responsabilidad civil extracontractual (RCE) difícilmente puede servir a la protección del medio ambiente *per se*, ya que, en efecto, ésta es un medio para restablecer la justicia conmutativa (justicia correctiva en sistemas objetivos y justicia retributiva en los sistemas por culpa) entre una víctima y un hechor determinados. Aunque existe consenso en que ésta jugaría un rol complementario a la labor pública, que significa prevenir y reparar los daños ambientales.<sup>3</sup>

De tal modo, hay consenso en que la concepción tradicional de la responsabilidad civil como medio de reparación de daños causados por y a particulares no es adecuada para resolver los problemas de los daños al medio ambiente. Las soluciones del Derecho Civil, en general, y de la responsabilidad extracontractual, en particular, son eminentemente individualistas y carecen de la

---

<sup>2</sup> Por todos: FEMENÍAS, J. A. “La responsabilidad por daño ambiental” Ed. Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. (2017). p. 49. “Esto se debe al contexto histórico en el cual se dicta la LBGMA, teniendo en cuenta que el Derecho Ambiental posee un nacimiento relativamente reciente en nuestra tradición jurídica y que por esto se le asocia con tanta liviandad a la Responsabilidad Civil Extracontractual.”

<sup>3</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO indica, precisamente a propósito de la responsabilidad por daño ambiental, “[e]n el ámbito de la responsabilidad civil en realidad la discusión acerca de la naturaleza jurídica del medio ambiente como derecho huelga, porque el sistema de responsabilidad trazado por nuestro ordenamiento tiene una única y exclusiva función normativa: la indemnizatoria, reparar los daños causados entre particulares que sean consecuencia inmediata y directa de una conducta lesiva ... porque como reiteradamente insiste la doctrina con el mecanismo de la responsabilidad civil no se previene, ni se tutela, ni se reintegra, ni se castiga: se resarcen daños, personales y reales, en las personas y en las cosas”. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, “Responsabilidad Civil Ambiental”, en VV.AA., La Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa, Ecoiuris, Madrid, 2003, pág. 94. Visto en FEMENÍAS, J. A. *Op. Cit.* p. 32. Véase: BANFI DEL RÍO. Cristián. “De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental”. Revista de Chilena de Derecho Privado. 2004. p. 65. Véase: DELGADO SCHNEIDER, Verónica. “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras” Revista de Derecho Vol. XXV. 2012. pág. 48.

idoneidad necesaria para el trato de temas como el que aquí nos convoca, salvo que se cambien sus postulados en aras de dirimir otro tipo de conflictos que no sean estrictamente privados.<sup>4</sup>

En lo medular, la característica particularísima de la Responsabilidad Ambiental será su bien jurídico protegido: el medio ambiente; véase la LBGMA en su artículo 2 letra ll).

*“Artículo 2.- Para todos los efectos legales, se entenderá por:*

*ll) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.”*

A su vez, hay que recordar que desde el punto de vista Constitucional el medio ambiente ya se había erigido como una “súper” garantía fundamental<sup>5</sup>, v.gr.:

*“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*

*8°. - El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.*

Creemos que el reconocimiento expreso que el legislador hace de limitar otras garantías fundamentales -tan relevantes y resguardadas en nuestro ordenamiento jurídico como la propiedad<sup>6</sup>- con el fin de proteger al medio ambiente, eleva claramente el bien jurídico protegido a una categoría constitucional, lo que debe ser siempre una guía respecto de la importancia e interpretación de las

---

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, “¿Es oportuna una Ley de Responsabilidad Civil Medioambiental?, en Diario la Ley, Sección Doctrina, Ref. D-34, N.º 1, (1998), versión electrónica proveída por la Universidad de Valladolid, pág. 34. *Visto en:* FEMENÍAS, J. A. *Óp. Cit.* p. 51.

<sup>5</sup> En este sentido véase MÉNDEZ señala que “*La consagración de este derecho dentro del catálogo de garantías del artículo 19 no dejó ninguna duda acerca de la importancia del tema ambiental para el constituyente. No sólo se trata del único derecho social o de tercera generación enlistado dentro del catálogo de garantías constitucionales del artículo 19 de la constitución política protegido con una acción constitucional especial, sino que además-en contraste con otras garantías-cuenta con una regulación bastante profundizada dentro del a constitución*”. en MÉNDEZ ORTIZ, Pablo. “Tribunales Ambientales y contencioso-administrativo”. Editorial Jurídica de Chile. 2017. pág. 24.

<sup>6</sup> En este sentido resulta de suma relevancia la jurisprudencia emanada por el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, en donde se acuñó el Principio de “la obligación ecológica de la propiedad. Considerando 55: “*Que el deber de cuidado que tenía —y mantiene— la Sra. Carrasco sobre la explotación comercial —uso y goce— de su inmueble también se puede derivar del principio del derecho ambiental denominado «obligación ecológica de la propiedad». En esencia, cualquier poseedor de un inmueble, recursos naturales, u otras formas de propiedad deben mantener las funciones ecológicas esenciales asociadas con el sitio. Este es un principio ampliamente aceptado y reconocido en países como Colombia y Brasil. Por de pronto, el inc. 2° del numeral 24 del art. 19 de la Constitución Política de la República («CPR»), reconoce que la propiedad cumple una función social, entre las que reconoce la conservación del patrimonio ambiental.*” Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, sentencia de fecha 21-06-2016, rol N° D-3-2014, caratulada “I. Municipalidad de Río Negro con Seimura Carrasco Valdeavellano” (considerando 55°).

instituciones de la responsabilidad por daño ambiental, ya que, lo que se pretende reparar es un daño ocasionado a la sociedad toda.

Es por todo lo anterior, que a nuestro juicio la responsabilidad por daño ambiental se debe comprender como aquel subsistema de responsabilidad, que se encuentra dentro de la órbita del derecho público, cuyo bien jurídico protegido es el *medio ambiente* (bien de naturaleza común a todos los hombres y mujeres) y que, en concordancia con sus principios fundamentales -v.gr. precautorio, preventivo, contaminador pagador y de responsabilidad- se erige como un régimen autónomo de responsabilidad con fines particulares y específicos. Así, por un lado, tiene por objeto atribuir los costos de reparar los daños inferidos al medio ambiente a los individuos que los causaron (restableciendo a una calidad, a lo menos, básica) y, por otro, hacer una redistribución social de las cargas y externalidades negativas ocasionadas por la contaminación ambiental de los agentes dañinos.

Esta aclaración es necesaria, puesto que nuestro trabajo se desarrollará siempre desde tal perspectiva teórica, concibiendo a la responsabilidad por daño ambiental como una herramienta de naturaleza pública que tutela un bien jurídico colectivo y que, en atención a sus particulares fines y objetivos, debe dar soluciones con un enfoque acentuado en la justicia ambiental distributiva y reparadora, procurando a la protección, preservación y conservación del patrimonio ambiental para las próximas generaciones.



## CAPÍTULO I

### EL DAÑO AMBIENTAL: REQUISITO INSOSLAYABLE PARA QUE OPERE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL.

#### 1. Aspectos preliminares sobre el daño.

##### 1.1. Concepto genérico.

###### 1.1.1. Concepto.

En primer término, y como ya es ampliamente sabido, el nacimiento de la responsabilidad se origina con la existencia de un daño. Con ello, no queremos decir que sea éste el único elemento preponderante durante el desarrollo de la doctrina jurídica sobre atribución de responsabilidad, sino que, en términos prácticos, una vez que se materializa el daño es que se busca al responsable y no antes. No es menor que en la evolución de la responsabilidad hayamos pasado de un principio que afirmaba que “no hay responsabilidad sin culpa” a sostener que “todo daño debe ser reparado”<sup>7</sup>. Dicho esto, podemos afirmar que el daño es tanto una constante como el corazón de la responsabilidad, al menos vislumbrada desde su arista civil como heredera de la cultura jurídica romanista.<sup>8</sup>

Si miramos de cerca nuestra legislación, en particular las normas de derecho común, podemos dar cuenta de que el legislador no precisó en definir el *daño*, sin perjuicio de que en varios pasajes del Código Civil este es expresamente mencionado. Así, por ejemplo, el artículo 1437 indica que “[l]as obligaciones nacen, (...) ya a consecuencia de un hecho que ha inferido **injuria o daño** - *el énfasis es nuestro*- a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos.” También encontramos dicha

---

<sup>7</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Algunas consideraciones entorno al daño como elemento de la responsabilidad civil. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX. Valparaíso, Chile, 1998. Pág. 237.

<sup>8</sup> Así, nuestra Corte Suprema tradicionalmente ha admitido que “[d]el conjunto de preceptos que rigen las indemnizaciones provenientes del daño se desprende que su procedencia presupone la existencia de un perjuicio, menoscabo, disminución o pérdida para quien lo experimenta o sufre, y la obligación de indemnizarlo para el que lo produce como consecuencia de un delito o cuasidelito.” [C.S., 29 de noviembre de 1968. Rev., t. 65, sec. 4º, pág. 323, cons. 10.]

referencia en los artículos 2314<sup>9</sup> y 2329<sup>10</sup>, normas que se encuentran bajo el Título XXXV del Código Civil, el que tradicionalmente se ha entendido como el título que regula la responsabilidad extracontractual.

Ante este vacío conceptual por parte de la legislación, son varios los autores que han buscado entregar una definición general de daño. Así, encontramos la clásica definición del profesor ALESSANDRI que nos indica que daño es “[t]odo detrimento, perjuicio, menoscabo o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”<sup>11</sup>, agregando que en el daño se supone una destrucción “[p]or insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.” constituyéndose, así como una cuestión de hecho.<sup>12</sup>

Para otros autores, como el célebre profesor FUEYO, el daño siempre se configura como una cuestión jurídica, indicando que “[l]a violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto, producida por un hecho voluntario, que engendra en favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el referido hecho, calificado de ilícito”, haciendo suyas las palabras del profesor argentino ROBERTO BREBBIA.<sup>13</sup>

Por último, la noción más contemporánea y aplicada unánimemente por la jurisprudencia nacional es aquella planteada por el profesor ENRIQUE BARROS, que nos indica que el daño es “[u]na pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona, o bienes o en las ventajas

---

<sup>9</sup> Artículo 2314 del Código Civil (chileno): “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.” Se ha entendido por los juristas que dicha disposición encierra la afirmación de que el daño es requisito para la procedencia de la correspondiente indemnización.

<sup>10</sup> Artículo 239 del Código Civil (chileno): “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta (...)”. Para una parte de la doctrina, y mayoritariamente en la jurisprudencia, dicho precepto alberga el principio de la reparación integral del daño. Para otra parte de la doctrina, en dicho precepto pierde la relevancia el elemento del daño, puesto que contendría una presunción general de culpa por el hecho propio; dicha doctrina no es aceptada de manera amplia.

<sup>11</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, “De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno”, N.º 138, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943. pág. 210.

<sup>12</sup> DIEZ SCHWERTER, José Luis. “El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina”, 1º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pág. 18. El autor explica que las tendencias acerca de la conceptualización del daño han sido dos: (a) Por un lado, la concepción jurídica, que postula que el daño está constituido por dos elementos: (i) Uno de hecho, representado por la lesión o menoscabo y (ii) Uno jurídico, que implica que dicha cuestión de hecho converja con una lesión a un derecho; (b) Por otro lado, encontramos aquella tendencia que no diferencia entre la concepción vulgar de daño y aquella referida a una lesión a un derecho subjetivo; en este sentido, esta última es más amplia y comprende un mayor número de supuestos.

<sup>13</sup> FUEYO LANERI, Fernando. “Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pág. 364.

patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba.”<sup>14</sup> Así mismo, el profesor nos señala que la jurisprudencia nacional, siguiendo esta idea, ha fallado que “[d]año es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial y extrapatrimonial.”<sup>15</sup>

### 1.1.2. Teorías del daño.

Según lo dicho hasta ahora, ha quedado establecido que el daño es un elemento esencial de la responsabilidad -en general-. Pero, aún más, se ha estimado por la doctrina que el daño es condición de la acción indemnizatoria. En este sentido, se han generado discusiones a propósito del nacimiento y posterior extinción de esta acción, principalmente desde que el artículo 2.332 del Código Civil indica que “*Las acciones que concede este título por daño o dolo prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto.*” Esta discusión no es baladí para la construcción del concepto de daño, sobre todo en materia de responsabilidad por daño ambiental.

Una **teoría objetiva** del daño estima que éste tiene su origen desde que se perpetra la acción u omisión. Esta sería la definición que recoge nuestra ley común en el citado precepto. El problema que genera esta teoría es el hecho de que la acción prescriba incluso antes que la **manifestación** del daño se haya hecho patente para quien lo experimenta.

Por otro lado, una **teoría cognoscitiva** del daño plantea que la existencia del daño – jurídicamente- nace en el momento de la ocurrencia o manifestación del mismo, que permita su conocimiento por parte del interesado en perseguir la reparación.<sup>16</sup>

Esta diferencia es radical, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento. Mientras los juristas han intentado escapar, por medio de agitadas discusiones doctrinarias, del injusto que provoca la teoría objetiva, que se encontraría recogida en el texto del Código Civil, la legislación ambiental quiso alejarse del concepto tradicional y objetivo del daño, estableciéndose en el artículo 63 de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente que: “*La acción ambiental y las acciones civiles emanadas del*

---

<sup>14</sup> BARROS BOURIE, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 220.

<sup>15</sup> *Ídem*, pág. 220.

<sup>16</sup> Véase: DIEZ SCHWERTER, José Luis. *Op. Cit.* Pág. 20.

*daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, contando desde la **manifestación evidente del daño.***”  
(énfasis añadido)

Este último precepto es innovador desde que, como ya dijimos, suscribe a una teoría cognoscitiva del daño, y también porque contiene un plazo de prescripción más largo que en materia de responsabilidad extracontractual. Empero esta nueva legislación no ha estado exenta de nuevas discusiones y desafíos para la judicatura especial en materia ambiental, consideramos que el legislador ambiental fue coherente con la naturaleza de los daños ambientales y con la necesidad de repararlos.

### **1.1.3. Clases de daños.**

La doctrina y la jurisprudencia han distinguido tradicionalmente dos tipos de daños según su naturaleza: el daño material y el daño moral. Esta diferenciación deriva “[d]e la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos subjetivos en derechos patrimoniales y los extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad. La violación de los primeros provoca el daño material o patrimonial. La lesión de los segundos constituye el daño moral o extrapatrimonial.”<sup>17</sup>

Así también, la distinción puede realizarse al tenor del carácter del interés lesionado, si atendemos al concepto de daño como una cuestión de hecho más que jurídica. En este sentido, sería daño material o patrimonial la lesión de un interés que recae directamente sobre el patrimonio del afectado y sería daño moral o extrapatrimonial aquél que lesiona un interés que no es lógicamente avaluable o sustituible por un valor monetario.

A su vez, el daño material o patrimonial puede subdividirse en daño emergente y lucro cesante. El daño emergente, nos dice el profesor FUEYO, es “[l]a pérdida efectiva que sufre el acreedor a consecuencia del incumplimiento en alguna de sus formas. Envuelve cercenamiento, disminución real, descuento efectivo de un valor determinado.”<sup>18</sup> Por otro lado, el lucro cesante, en

---

<sup>17</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 1985. Rev., t. 82, sec. 2°, pág. 6.

<sup>18</sup> FUEYO LANERI, Fernando, *Op. Cit.*, pág. 451-452.

palabras del profesor MEZA BARROS, es “[l]a privación de la legítima ganancia que le habría reportado el cumplimiento de la obligación.”<sup>19</sup>

#### 1.1.4. ¿Qué clases de daños son indemnizables?

El jurista DIEZ SCHWERTER nos grafica los requisitos, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han dicho, que debe reunir el daño para ser indemnizable:

- a) Debe tener su origen en una persona distinta del afectado (alteridad);
- b) Debe provenir de una lesión a un interés jurídico legítimamente protegido (legitimidad);
- c) Debe consistir en una turbación o molestia **anormal**;
- d) Debe ser cierto;
- e) Debe ser un daño que aún no ha sido reparado (improcedencia del cúmulo de responsabilidades)<sup>20</sup>

Nos parece interesante destacar el carácter de anormal que debe revestir el daño reparable, en el ámbito civil al menos, en atención al carácter de **significancia** que debe revestir el daño en materia de responsabilidad por daño ambiental para que pueda ser un daño reparable –concepto respecto del cual nos haremos cargo en los próximos acápite-.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que no todo daño es indemnizable. Desde el punto de vista de la anormalidad, podemos entender que existen ciertos daños *tolerables* en relación a la vida en sociedad. Todas nuestras acciones generan un impacto, tanto a otras cosas o personas, tanto como al medio ambiente. Es por eso que dotar de contenido a conceptos como “anormalidad” o “significancia” es una tarea ardua y trascendental en materia de responsabilidad. Por ahora, es suficiente decir que hemos de tener consciencia tanto del impacto como del beneficio que generan nuestras acciones y las de otros entes que participan en un aparato social.

---

<sup>19</sup> MEZA BARROS, Ramón, “De las obligaciones, Editorial Jurídica de Chile”, Santiago, 1979, pág. 303.

<sup>20</sup> Para mayor profundización, ver DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Op. Cit.*, pág. 30 en adelante.

## 1.2. Concepto de daño ambiental.

Habiendo ya definido de forma más o menos exhaustiva el concepto de daño, originario de la tradición civil, toca ahora abocarse a la materia que nos convoca.

El legislador ambiental fue plenamente consciente de que este nuevo derecho requería también nuevos conceptos y clasificaciones distintas. Así fue como en la Ley N° 19.300 sobre bases generales del medio ambiente definió el daño ambiental como:

*“[e]oda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes;”<sup>21</sup>*

A su vez, como ya hemos visto y para comprender mejor el concepto de daño ambiental, la misma ley definió medio ambiente como:

*“[e]l sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.”*

Dicho esto, doctrinariamente podríamos definir al daño ambiental como aquél que proviene de cualquier acción u omisión, ya sea de una persona natural o jurídica, pública o privada, que tenga como consecuencia el hecho de menoscabar, trastornar o disminuir cualquiera de los elementos constitutivos del concepto del medio ambiente. En este sentido, los actos u omisiones que generen daños al medio ambiente podrían materializarse como una degradación de sus componentes o como una contaminación del medio donde se desarrollan dichos componentes. Por degradación comprendemos disminución o desgaste –en nuestro caso, significativo– de los elementos que componen el medio ambiente, como podría serlo la deforestación, la extracción no sostenible de recursos naturales, entre otros.

A su vez, entendemos por contaminación la introducción de uno o más elementos ajenos al medio, en un nivel de concentración y/o permanencia tales que traigan aparejadas consecuencias

---

<sup>21</sup> Ley N° 19.300 sobre bases generales del medio ambiente, artículo 2°, letra e).

negativas para la flora y fauna del lugar, para la salud y bienestar de las personas y, en general, un deterioro importante del medio ambiente.<sup>22</sup>

En el ámbito regional<sup>23</sup>, nos parece importante destacar la Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica, que, sin definir expresamente el daño ambiental, nos entrega un principio rector que amplía aún más los conceptos recientemente definidos, al precisar que:

*“El daño al ambiente constituye un delito de carácter social, pues afecta las bases de la existencia de la sociedad; económico, porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las actividades productivas; cultural, en tanto pone en peligro la forma de vida de las comunidades, y ético, porque atenta contra la existencia misma de las generaciones presentes y futuras.”*

Atendido lo expuesto, son varias las interrogantes que, al menos desde el punto de vista de los conceptos tradicionales de nuestra cultura jurídica, se plantean en materia de daño ambiental. Para lo que interesa a nuestro objeto, nuestros cuestionamientos se basan en, por un lado, el afán de categorizar este nuevo tipo de daño —el daño ambiental— dentro de los institutos pre-existentes en nuestro ordenamiento y, por otro, la concurrencia de daños que puedan ser consecuencia de un mismo hecho dañoso.

### 1.3. Naturaleza jurídica del daño ambiental. ¿Es un perjuicio patrimonial o moral?

Si bien es cierto, siguiendo un criterio de realidad, la mayoría de los elementos que configuran el medio ambiente son transados abiertamente en el mercado, en una sociedad *neoliberal* donde todo tiene precio, la determinación de los daños ambientales como daños de tipo patrimonial no parece descabellada. Hasta este punto, la doctrina está conteste. El principal cuestionamiento surge en aquellos casos en que el daño ambiental recae sobre elementos del medio ambiente que no

---

<sup>22</sup> En este sentido: PEÑA CHACÓN, Mario, “Daño, responsabilidad y reparación ambiental”, consultado en línea el 10/12/2017 en [http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10\\_penachacon03.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf)

<sup>23</sup> En el derecho comparado: (i) La Ley General del Ambiente de Argentina define al daño ambiental, en su artículo 27, como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos. (ii) Por otra parte, la Ley General del Ambiente de Perú, en su artículo 142, lo define como todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o algunos de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposiciones jurídicas, y que genera efectos negativos actuales. (iii) En la legislación colombiana, si bien no existe una definición con el propósito que persiguen las legislaciones anteriores, y la nuestra en particular, encontramos un acercamiento en la Ley 99 de 1993, creadora del Ministerio del Medio Ambiente, la que nos indica que se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes.

son avaluables en dinero, como lo sería el caso, por ejemplo, de la extinción irreversible de una especie protegida por haberse encontrado en peligro de extinción.

En casos como el anterior, donde la determinación del valor de reparación es difícil sino imposible, es que han surgido las mayores dudas en cuanto a la calificación de la naturaleza jurídica de este tipo de daños ambientales. Como nos indica BRANS, “[d]ebido a las dificultades que existen para valorar los daños inmateriales, como en el caso de las lesiones personales, la valoración de los daños ambientales (daños ecológicos) es a menudo muy compleja, y sobre la base de esta similitud, los daños a los recursos naturales (especialmente aquellos sin mercado) son vistos como daño moral (daño inmaterial).”<sup>24</sup>

Es así, como algunos autores nacionales han querido determinar como un daño moral a aquellos daños ambientales de difícil valorización y posterior determinación del monto de la indemnización compensatoria.<sup>25</sup> Sin embargo, desde el punto de vista de los autores FIGUEROA, ASENJO, VALDÉS Y PRAUSS este paradigma es erróneo y provendría, “[p]or una parte, del hecho de que muchos bienes ambientales efectivamente no tienen mercado y, por otra, del desconocimiento generalizado, aparte de quienes practican la evaluación económica de daños, acerca de las técnicas disponibles para la valoración de bienes sin mercado.”<sup>26</sup>

A su vez, estos autores plantean como solución a este problema el uso de las herramientas disponibles para los jueces de fondo en la misma legislación ambiental, que en este caso sería el uso de las facultades otorgadas en el artículo 42, inciso 2º, de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales. Esta disposición permite a los jueces el nombramiento de peritos, en cualquier estado del juicio. No es difícil imaginar a qué respondería el uso de esta herramienta: para la determinación del monto de la indemnización. Y ese es el mayor yerro que, a nuestro parecer, se comete en el desarrollo de la discusión. Que el problema de la determinación del valor del daño sea difícil o imposible no responde nada más que a la valorización del daño y no a su naturaleza.

En el anterior sentido, nos parece que los planteamientos tradicionales y la discusión sobre la valorización del daño son insuficientes para la determinación de la naturaleza del daño ecológico

---

<sup>24</sup> BRANS, Edwards, *Liability for Damage to Public Natural Resources*. Kluger Law International, London, 2001, pág. 30. *Visto* en FIGUEROA, ASENJO, VALDÉS Y PRAUSS, *La Responsabilidad Civil Ambiental, el daño al medio ambiente y su valor: una aproximación legal y económica*, pág. 81.

<sup>25</sup> Nota del autor: este cuestionamiento tiene como supuesto el hecho de que, en el caso particular, no se haya podido determinar la reparación en naturaleza del daño ecológico.

<sup>26</sup> FIGUEROA, ASENJO, VALDÉS Y PRAUSS, *Op. Cit.*, pág. 81.

o ambiental. A este referido, queremos hacer hincapié en el especial carácter del derecho ambiental, en lo general, y el carácter único o *sui generis* del daño ambiental, en particular. En este entendido, la clasificación tradicional de la naturaleza jurídica del daño (patrimonial o extrapatrimonial) se hace inoficiosa en materia ambiental puesto que, en definitiva, compartirá elementos de ambas, lo que la convierte en una categoría en sí misma.

#### 1.4. Daño civil v/s Daño ambiental.

Habiendo determinado el carácter especial del daño ambiental, no nos queda más que dilucidar las principales diferencias que existen entre el daño civil –como categoría genérica- y el daño ambiental –como categoría *sui generis*-.

Antes de abordar lo anterior, es menester expresar que el “[d]año ambiental puede recaer sobre bienes ambientales de naturaleza pública o privada. Lo anterior no obsta para que al mismo tiempo se vean afectados derechos subjetivos e intereses legítimos como los son la vida o salud de los habitantes y sus respectivos derechos de carácter patrimonial.”<sup>27</sup> Entendido lo anterior, entonces, queda claro que un mismo hecho o conducta dañosa puede engendrar tanto un daño ecológico puro (daño ambiental), como un daño civil que afecta de manera directa y específica a personas determinadas o determinables.

En este punto particular, nuestra legislación no es del todo clara cuando define daño ambiental, ya que, haciendo una interpretación no antropocéntrica – o biocéntrica- y amplia de la letra e) del artículo 2º de la Ley N° 19.300, un daño a los elementos medio ambientales también puede constituir lo que hemos denominado en los primeros acápites de este capítulo como “daño civil”. Este problema, en todo caso, no es ajeno a la situación de los sistemas jurídicos a nivel regional.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> PEÑA CHACÓN, Mario, Daño ambiental y prescripción, Revista Judicial, N° 109, Costa Rica, septiembre 2013, pág. 120. Consultado en línea el 10/12/2017 en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31079.pdf>.

<sup>28</sup> En este sentido, el autor PEÑA CHACÓN, Mario nos indica que: “Es importante señalar el hecho que las definiciones de daño ambiental anteriormente expuestas no hacen distinción alguna entre las posiciones antropocéntricas y biocéntricas en las que se ha visto enfrascada parte de la doctrina, por medio de la cual para los primeros es dañoso todo aquello que cause perjuicio al hombre, a su salud, a sus bienes, a sus actividades productivas, mientras que para los segundos, daños ambientales son aquellos causados a la naturaleza sin importar las repercusiones generadas sobre las actividades del hombre.” [PEÑA CHACÓN, Mario, Daño responsabilidad y reparación ambiental, Veracruz, México, agosto 2005, p. 8, consultado en línea

Sin embargo, con todo lo dicho anteriormente, creemos que las principales diferencias entre el daño civil y el daño ecológico puro o ambiental radican en:

- a) El daño civil consiste en un menoscabo o detrimento que sufre la persona o el patrimonio de una persona natural o jurídica; en cambio, el daño ambiental es aquel que se produce sobre los elementos que conforman el medio ambiente.
- b) El daño civil origina una acción de tipo individual para perseguir su reparación; en cambio, la acción para perseguir la reparación del daño ambiental es de carácter colectiva.<sup>29</sup> Lo que repercute, a su vez, en la determinación de la legitimación activa en uno y otro caso.
- c) El objetivo de la acción: en materia ambiental, la ley es clara al establecer que el objeto primero de la acción es obtener reparación en naturaleza; en cambio, en materia civil no existe un orden de prelación o mandato legal alguno que imponga la reparación en naturaleza por sobre la reparación compensatoria -al menos, en términos generales-.
- d) Origen del daño: en materia ambiental, el daño nace desde que este alcanza una manifestación evidente; en cambio, en materia civil el daño se origina, fictamente, desde la perpetración de la acción u omisión dañosa.
- e) Los plazos de prescripción, en uno y otro caso, también son distintos: en materia ambiental el plazo es de 5 años, contados desde la manifestación evidente del daño; y en materia civil el plazo de prescripción es de 4 años, los cuales se cuentan desde la perpetración de la acción u omisión.

Debemos advertir al lector que estas son algunas diferencias que hemos podido vislumbrar en el estudio de este trabajo, y que sin dudas este ejercicio no persigue un afán de exhaustividad.

---

el 10-12-17 en [http://cmsdata.iucn.org/downloads/ce110\\_penachacon03.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/ce110_penachacon03.pdf)] Las definiciones de daño a las que hace referencia son: (i) aquella contenida en el artículo 27 de la Ley General del Ambiente de Argentina que indica que “*Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.*”; (ii) la del artículo 42 de la Ley del Medio ambiente de Colombia (99 de 1993), que señala que: “*Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes.*”; la definición del artículo 142 de la Ley General del Ambiente de Perú que establece que “*Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales*”.

<sup>29</sup> En derecho comparado, el daño ambiental es considerado como un “[d]año causado a un interés colectivo carente de materialidad y de titularidad colectiva.” ALPA, Guido, La natura giuridica del danno ambientale, *visto en* GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. La responsabilidad por el daño ambiental en américa latina. PNUMA. México. 2003. Pág. 25.

## 1.5. Exclusión de los daños civiles de la LBGMA.

Habiendo establecido la diferencia entre daño civil y ambiental, ahora cabe determinar la independencia de las distintas acciones que emanan de uno y otro tipo de daño, establecida en la Ley N° 19.300. Para estos efectos, el artículo 53, inciso 2° del referido marco normativo establece que:

*“Producido el daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.”*

Este precepto no ha estado libre de críticas y respecto de él existen diversas interpretaciones.<sup>30</sup> Para algunos autores, éste albergaría la creación de un nuevo régimen jurídico civil-ambiental, por cuanto no sólo se admitiría el ejercicio de la acción de persecución de reparación del daño ambiental ante la judicatura especial, sino que, además, dejaría a salvo la acción civil ordinaria, interpretándose que esta última se encontraría bajo el mismo marco normativo de la primera. Creemos que esta interpretación no sólo es errada, sino que peligrosa.

A nuestro parecer, la interpretación acertada del citado precepto es que el legislador quiso dejar en claro el reconocimiento de que de un mismo hecho o conducta dañosa pueden derivarse dos tipos de daños: los ambientales y los civiles. Éstos pueden materializarse de manera distinta e independiente y es esa la razón por la cual se quiso dejar a salvo la acción individual, la que en todo caso estaría regida por las normas de derecho común —es decir, las normas de responsabilidad civil-

Lo dicho en lo inmediatamente anterior se encuentra en perfecta concordancia con la normativa internacional. Así, encontramos el ejemplo de la Directiva 2004/355/CE del Parlamento Europeo. En efecto, el considerando 14 de esta Directiva establece que:

*“La presente Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta ningún derecho relativo a este tipo de daños.”*

A su vez, el artículo 3.3. de la misma indica que:

---

<sup>30</sup> Véase por todos: FEMENÍAS, J. A. *Op. Cit.* Pág. 246 a 248.

*“Sin perjuicio de la legislación nacional pertinente, la presente Directiva no concederá a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos.”*

## **2. El daño ambiental debe ser “*significativo*”**

Como ya hemos señalado, para el legislador no es relevante cualquier magnitud de pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido al medio ambiente o a uno más de sus componentes. En este sentido, la limitación de la responsabilidad ambiental no fue estructurada sobre el concepto de medio ambiente pues, atendiendo lo establecido en el artículo 2 letra ll) de la LBGMA, este es vastamente amplio. El legislador, en cambio, basó la limitación por la vía de considerar que jurídicamente existe responsabilidad ambiental sólo cuando el daño sea *significativo* o, lo que es igual, que sea un daño de importancia o considerable.<sup>31</sup>

Habiendo establecido lo anterior, el lector advertirá la poca claridad que aporta esta precisión. ¿Cómo saber cuándo un daño ambiental califica de *significante* cuando la LBGMA no proporciona ningún deslinde de este concepto? Bajo esta línea, colegimos que estamos ante la clara presencia de uno de aquellos conceptos jurídicos denominados por la doctrina como indeterminados o abiertos y, en consecuencia, para agotar su abstracción habrá que concretarlos casuísticamente.<sup>32</sup>

En definitiva, será clave para el éxito de una acción de responsabilidad por daño ambiental fijar el sentido y alcance de lo que se debe entender por daño significativo en el libelo de la demanda, puesto que, como ya hemos señalado, el daño es el corazón de la responsabilidad y será el primer elemento que el Tribunal procederá a examinar.

### **2.1. Análisis de la significancia del daño ambiental como criterio de procedencia de la acción de reparación.**

---

<sup>31</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “Fundamentos de Derecho Ambiental”. Editorial Universitarias de Valparaíso. 2da. Edición. (2014). Pág. 401.

<sup>32</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Derecho Administrativo. Parte General”, 4º edición, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 92. *Visto en Femenías S. Jorge. Op. Cit. Pág. 217.*

Antes que todo, la opción de limitar la responsabilidad al daño de carácter significativo es perfectamente lógica y eficaz, por cuanto si se admitiera que cualquier daño, por leve que sea, engendrara responsabilidad ambiental, se llegaría a la inoperatividad de la institución, en el entendido de que toda actividad humana importa un daño o menoscabo al medio ambiente. En este sentido, estamos en pleno acuerdo con el profesor BERMÚDEZ, quien sostiene que hoy en día no es posible hablar de contaminación “cero”, sino de niveles aceptables de contaminación y consecuentemente niveles aceptables de daño al medio ambiente. Decir que sólo genera responsabilidad el daño significativo importa aceptar que existe una zona gris de actividades dañosas que no llegan a ser de tal trascendencia como para generar responsabilidad.<sup>33</sup>

### 2.1.1. Alcances de la voz “*significante*”.

#### 2.1.1.1. Doctrina nacional.

En un primer momento se acudió al diccionario de la RAE, así, autores nacionales como el profesor FERNÁNDEZ, señalan “[d]esde luego, como leemos en la definición, no es cualquier menoscabo, detrimento, disminución o pérdida ocasionada al medio ambiente lo que puede catalogarse como daño, sino que éste, para que sea tal, debe ser significativo, es decir, importante, trascendente, como lo expresa el Diccionario de la Lengua Española: que tiene importancia por representar o significar algún valor.”<sup>34</sup>

Sin embargo, -y, en este sentido, estamos de acuerdo con la crítica del profesor FEMENÍAS<sup>35</sup>- se explica el concepto recurriendo a una tautología, así, se dice que es significativo el daño ambiental cuando es importante o relevante, esto es, cuando no es insignificante. Esto trae aparejado omitir bajo qué criterios un daño será “importante” o “relevante”. En definitiva, se explica un concepto jurídico abierto por medio de otros conceptos jurídicos indeterminados.

---

<sup>33</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Op. Cit.* Pág. 402. También Véase: BANFI DEL RÍO, Cristián. *Op. Cit.* Pág. 14-27.

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. “Manual de derecho ambiental chileno”. Ed. jurídica de Chile. Santiago. Pág. 160.

<sup>35</sup> FEMENÍAS S, Jorge. *Op. Cit.* Pág. 219. Para ver en profundidad la crítica realizada del autor.

A su vez, otros autores *ius ambientalistas* como RAFAEL VALENZUELA, han dicho acertadamente que “[d]ebido, por otra parte, a que la ley no contiene parámetros que permitan una calibración objetiva de la significación de los daños infringidos al medio ambiente, esta determinación queda entregada en definitiva a lo que resuelvan al respecto los jueces de fondo, con el margen de subjetivismo y de imprevisibilidad que ello conlleva.”<sup>36</sup>

En esta misma senda y en socorro de la delicada tarea que tienen los jueces de la instancia, encontramos la posición de DELGADO SCHNEIDER, quien expresa que “Si bien se suele señalar por nuestra doctrina y tribunales que no existe ningún parámetro para que el juez chileno califique un daño de significativo – a diferencia de la reglamentación detallada de la Unión Europea- en realidad en Chile sí existen [parámetros para que el juez califique un daño de significativo] pero en la regulación del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). En efecto, para evaluar si un proyecto debe ingresar mediante un EIA, varias causales deben analizarse según produzca o no el proyecto alteraciones significativas en base a criterios absolutamente transportables a sede judicial.”<sup>37</sup>

A su turno, confirmando la dificultad que plantea la Ley, encontramos la posición del destacado profesor BERMÚDEZ SOTO, quien toma de ejemplo a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, para explicarnos los deslindes de la significancia del daño ambiental. V.gr. “[e]l umbral de significancia o importancia del daño tendrá que ser fijado en cada caso particular por el juez. Así, en la causa caratulada Vukasovic Tomasovic y otros con Sociedad Agrícola Sacor, la Corte de Santiago rechazó la existencia de daño ambiental, ante la imposibilidad de acreditar un daño significativo a algún sistema global.” A juicio del autor, el razonamiento refleja hasta qué punto los conceptos legales pueden impedir la procedencia de la reparación, en este caso exigiendo una significancia extensiva del daño (al exigir un daño a un “sistema global” y no a un elemento del medio ambiente, como lo define la LBGMA).<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael. “El Derecho Ambiental. Presente y pasado”. Ed. Jurídica de Chile, Santiago. 2010. Pág. 179.

<sup>37</sup> DELGADO SCHNEIDER, Verónica. *Op. Cit.* Pág. 53-54.

<sup>38</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Op. Cit.* Pág. 402.

En este sentido, basándose en el derecho alemán, formuló los siguientes criterios para determinar la significancia del daño en Chile: (i) forma, dimensión y duración del daño; (ii) apreciación respecto de un ciudadano promedio; (iii) la naturaleza del lugar; (iv) el consentimiento y tolerancia; y (v) las desventajas de la contaminación.<sup>39</sup>

Por su parte, GUZMÁN ROSEN piensa que los parámetros indirectos que proporciona el artículo 40 de la LO-SMA, a propósito de las infracciones ambientales, pueden servir también para otorgarle contenido al concepto, y, además, añade “Lo significativo del daño ambiental –no definido en la Ley- es una cuestión de hecho que en su momento tendrá que apreciar el tribunal. Aunque esta cualidad carece de conceptualización en la legislación, útil es mencionar algunos parámetros generales que, individual o conjuntamente, ayudan a discernir la adjetivación del daño ambiental. Así, puede considerarse su magnitud geográfica; la cantidad de personas afectadas por el mismo (...), el grado en que, dado el caso, se haya infringido una determinada normativa general o especial”.<sup>40</sup>

Finalmente, destacamos la postura del profesor FEMENÍAS, quien nos recuerda que la exigencia de la condición de significativo es relevante para distinguir de otros fenómenos que, si bien ocasionan efectos lesivos en el medio ambiente, no corresponden a daños ecológicos puros propiamente tales. En este sentido, la mentada exigencia permite diferenciar a los daños ambientales de otros acaecimientos de incidencia ambiental como lo son la contaminación y los impactos ambientales.<sup>41</sup>

#### **2.1.1.2. Derecho comparado.**

El criterio de significancia del daño no constituye una novedad en el Derecho Ambiental Comparado. Así, ya se encontraba contemplado en el instrumento legislativo “Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo” en su artículo 2.1 sobre las “Definiciones”, se entenderá por daño ambiental: “[l]os daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de

---

<sup>39</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Op. Cit.* Pág. 403-404.

<sup>40</sup> GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. “Derecho Ambiental.” Ed. Planeta sostenible. 2da Reimpresión. 2016. Pág. 179.

<sup>41</sup> FEMENÍAS S. Jorge. *Op. Cit.* Pág. 218.

*conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I.*<sup>42</sup>

A su vez, la Ley federal alemana de protección contra las inmisiones, establece lo que debe ser entendido como efectos ambientales negativos, disponiéndose que presentan tal carácter aquellas inmisiones que por su forma, dimensión y duración son adecuadas para producir peligros o desventajas considerables o molestias considerables para la generalidad de las personas o para la comunidad (vecindad).<sup>43</sup>

Por su parte, la nueva legislación española establece en su Ley de Responsabilidad Ambiental (LRM)<sup>44</sup> en sus artículos 17 y 18 que alcanzado un cierto umbral de toxicidad este se asocia a un cierto nivel de intensidad y, en segundo lugar, cuando este criterio no pueda ser utilizado en el caso de daños al suelo y a las aguas, se determinará analizando la afección que el daño haya ocasionado al servicio de acogida o de hábitat que tales recursos prestan a las especies silvestres.<sup>45</sup>

En contra, existe cierta doctrina española que ha llegado a preguntarse si la gravedad del daño es un requisito que debe exigirse o, en cambio, es una decisión que se dibuja puramente subjetiva o arbitraria. Opinión que se apoyaba en la tradicional falta de exigencia por parte del Derecho Español (artículo 1.902 del C.C.) de una gravedad particular en el daño.<sup>46</sup>

Ahora bien, en el ámbito regional, encontramos a Brasil que, al momento de legislar sobre la instauración de un sistema de evaluación de impacto ambiental, incluyó en su Constitución Política el artículo 225-1, que dispone: “[i]ncumbe al Poder Público exigir en la forma de la ley, para

---

<sup>42</sup> DIRECTIVA 2004/35/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. de 21 de abril de 2004. sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Versión electrónica <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:es:PDF>

<sup>43</sup> *Ibid. Idem.*

<sup>44</sup> Ley española de Responsabilidad Medio Ambiental N° 26/2007 de fecha 23 de octubre de 2007.

<sup>45</sup> PEDRAZA LAYNEZ, Julia. “La responsabilidad por daños ambientales.” Thomson Reuters. 1era Ed. 2016. Pág. 75.

<sup>46</sup> RUDA GONZÁLES, Albert, El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro al Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, 2008, Navarra: Thomson Aranzadi” pág. 100 y 101. *Visto en* PEDRAZA LAYNEZ, Julia. *Op. Cit.* Pág. 75.

la instalación de obras o actividades potencialmente causantes de degradación *significativa* del medio ambiente, un estudio previo del impacto ambiental, al que se le dará publicidad”.<sup>47</sup>

A su vez, En Cuba, la Ley N°. 81 del medio ambiente de 1977 define al daño ambiental como “Toda pérdida, disminución, deterioro o menoscabo *significativo*, inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica” (art. 8°).<sup>48</sup>

Finalmente, compartimos la idea asentada por la mayoría de los autores citados, en cuanto a que la determinación de lo *significante* solamente se puede materializar por medio de la judicatura ambiental, pues serán los jueces, quienes, aplicando el derecho al caso concreto, deberán desentrañar el verdadero sentido y alcance de la relevancia del daño ambiental por medio de criterios que fundamenten sus sentencias. Por lo tanto, nuestra propuesta se basa en el análisis de estos baremos que se han ido construyendo jurisprudencialmente.

## **2.1.2. Criterios acuñados por la judicatura para la determinación de la significancia del daño.**

### **2.1.2.1. La irreversibilidad del componente ambiental dañado.**

Que la judicatura nacional haya considerado la irreversibilidad del daño como un estándar de significancia resulta del todo acertado, ya que, cuando se produce un daño irreparable, no es sino un reflejo de que toda la institucionalidad ambiental falló en la prevención, preservación y protección del medio ambiente. En este sentido, la imposibilidad de reparar el daño ambiental es una demostración palmaria de las limitaciones que presenta la responsabilidad como herramienta para la prevención de las lesiones al medio ambiente.

---

<sup>47</sup> BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. “El derecho para el desarrollo sostenible en la América Latina de nuestros días.” Revista de Derecho Ambiental. México. 2003. Pág. 26.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. *Op. Cit.* Pág. 28.

A partir de la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema es posible constatar la aplicación de este parámetro, por ejemplo, en el recurso de casación del caso Arzobispado de La Serena, en el que, por medio del voto disidente, los ministros señalaron:

“9º) Pero también es posible extraer de la doctrina y jurisprudencia algunos elementos o factores de evaluación que ayudan a establecer pautas para determinar cuándo un daño ambiental es significativo, tales como:

-La magnitud y cantidad del daño, considerando por ejemplo **que sea irreversible o afecte elementos irremplazables**. También, la capacidad y el plazo de la regeneración del recurso.”<sup>49</sup> (énfasis agregado).

A su vez, este mismo criterio se invoca a en el recurso de casación del caso Puerto Beagle:

“Décimo séptimo: (...) En este contexto, debe recordarse que según se expone en la doctrina y de la jurisprudencia entre los elementos o factores de evaluación que ayudan a establecer pautas para determinar cuándo un daño ambiental es significativo, está la magnitud y cantidad del daño, considerando por ejemplo **que sea irreversible o afecte elementos irremplazables**. También, la capacidad y el plazo de la regeneración del recurso, cuestión que en la especie no ha podido determinarse.”<sup>50</sup> (énfasis agregado).

Nuevamente, en el caso Parcela El Cerro se plasma el mismo criterio por los sentenciadores:

“Quinto: Que, atendidos los hechos claramente establecidos en la causa, fluye de modo nítido que en la sentencia atacada se ha dado correcta aplicación a la normativa que rige el caso. En efecto, (...) Si bien la ley no ha conceptualizado el carácter de significativo del daño ambiental, es posible reconocer razonablemente de la propia normativa ambiental una serie de criterios que permiten dilucidar esa interrogante, tales como: a) la duración del daño; b) la magnitud del mismo; **c) la cantidad de recursos afectados y si ellos son reemplazables**; d) la calidad o valor de los recursos dañados; e) el efecto que acarrearán los actos causantes en el ecosistema y la vulnerabilidad de este último; y f) **la capacidad y tiempo de regeneración**.

---

<sup>49</sup> Excm. Corte Suprema, causa rol N° 21.327-2014, sentencia de fecha 20-11-2014, caratulada “Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena (Considerando 9 voto disidente).

<sup>50</sup> Excm. Corte Suprema, causa rol N° 32.144-2015, sentencia de fecha 23-06-2016, caratulada “Fisco de Chile con Behncke Concha Rolf Hernan, Behncke Izquierdo Isabel, Behncke Concha Claudio.” (Considerando 17).

*En las condiciones recién descritas aparece que el tribunal ha calificado correctamente el daño de que trata esta causa como significativo, en función del valor y entidad de los recursos afectados y el efecto que el mismo ha producido en el ecosistema del sector.”*<sup>51</sup> (énfasis agregado).

En mayor profundidad, la Suprema Corte, en el caso del Embalse Pitama sostuvo que, siendo efectivo que la irreversibilidad del daño es un elemento que determina la significancia del mismo, es necesario entonces que se actúe antes de la producción de tal efecto lesivo, así:

*“Trigésimo: Cabe agregar, que para evaluar la significancia del daño ambiental no sólo deben considerarse parámetros técnicos que justiprecien el grado de contaminación específica en un momento dado de un determinado recurso natural, sino que debe analizarse cómo la conducta acreditada generará con certeza un daño que pueda ser calificado de significativo. Tal criterio se basa en que **no resulta razonable esperar un mayor, grave e irreparable resultado lesivo para hacer lugar a una acción medioambiental** que busca mitigar y reparar los efectos perjudiciales de una conducta si afecta al medio ambiente de manera relevante y, por lo mismo significativa, cuando **el propósito del legislador es precisamente la prevención de su acaecimiento.**”*<sup>52</sup> (énfasis agregado).

En este último fallo, la Corte Suprema fue un paso más allá pues analizó la irreparabilidad proyectando las consecuencias futuras del hecho dañino, es decir, consideró la situación desde un punto de vista anticipativo o preventivo buscando atribuir responsabilidad a un sujeto que cometió una lesión al medio ambiente que eventualmente pudiere llegar a ser irreversible. En este sentido, resultará de toda trascendencia la continua aplicación que el Tribunal Supremo le dé a este criterio, pues esta interpretación dotaría a la RDA de un fin preventivo nunca antes visto, dándole por cierto una mayor eficacia, aunque en desmedro de una leve desnaturalización.

Por otro lado, tenemos la jurisprudencia emanada de la Ittma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt que, confirmando la sentencia pronunciada por el 2º Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt, dispone:

---

<sup>51</sup> Excma. Corte Suprema, causa rol N° 25.720-2014, sentencia de fecha 10-12-2015. Caratulada “Fisco de Chile con de la Moi Sierralta Alejandro, Wosniuk Moroz Benjamin, Budge Blanco Alejandro” (Considerando 5º).

<sup>52</sup> Excma. Corte Suprema, causa rol N° 396-2009, sentencia de fecha 20-04-2011, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/3422/2011.

*“El concepto de daño significativo, a juicio de este juez, no dice relación sólo con su aspecto físico o material, sino como resulta en el caso de autos, **la alteración de elementos irremplazables** y de contexto arqueológico o científico que posibilitan el estudio y análisis de dichos sitios arqueológicos...”*<sup>53</sup> (énfasis agregado).

Finalmente, tenemos las sentencias emanadas del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, judicatura que ha repetido majaderamente, en al menos tres fallos sobre reparación de daño ambiental, que este parámetro es fundamental para la determinación de la significancia del daño; a saber:

*“En cuanto a los criterios para determinar la significancia, y citando derecho extranjero se han señalado, entre otros, los siguientes:*

- i) **la irreversibilidad del daño, o que este pueda repararse transcurrido un largo tiempo;***<sup>54 55 56</sup> (énfasis agregado).

Creemos que es razonable la analogía que realiza el Tribunal entre aquel daño irreversible y el que sólo se puede reparar una vez transcurrido un largo periodo de tiempo. Así, por ejemplo, la tala de árboles milenarios, malamente se podrá reparar con la plantación de unos nuevos ejemplares, que demorarán cientos de años en tener la misma capacidad ecológica que los removidos. En este sentido, el daño ocasionado que, si bien no es irreversible, sólo podrá ser realmente reparado cuando las nuevas especies alcancen un tamaño adulto, lo que requiere de un lapso prolongadísimo de tiempo.

#### **2.1.2.2. La afectación a la salud de las personas.**

---

<sup>53</sup> Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, causa rol N° 11.652-2003, sentencia de fecha 02-04-2004, caratulada “Fisco de Chile con Cía. Industrial Puerto Montt S.A.”

<sup>54</sup> Segundo Tribunal Ambiental, causa rol D-14-2014, sentencia de fecha 24-08-2016, caratulada “Inversiones J&B con SCM tambillos y Sernageomin”. (Considerando 32°).

<sup>55</sup> Segundo Tribunal Ambiental, causa rol D-17-2015, sentencia de fecha 07-07-2017, caratulada “Junta de Vecinos Villa Disputada de Las Condes con Ilte. Municipalidad de Los Nogales. (Considerando 27°).

<sup>56</sup> Segundo Tribunal Ambiental, causa rol D-28-2016, sentencia de fecha 31-07-2017, caratulada “Inversiones Las Ágatas SpA con Malhue Gross María Paz”. (Considerando 20°).

Como ya hemos adelantado, es muy probable que en los hechos una misma actuación lesiva produzca un daño ambiental y un daño civil, v.gr. una central termoeléctrica que emite desechos tóxicos gaseosos, empeora la calidad del aire y, a la vez, genera un detrimento en la salud respiratoria de las personas que lo inhalan. O también el caso de una planta criadora de cerdos que, producto de un manejo negligente, vierte sus residuos industriales en aguas que son utilizadas para riego de agricultores, generando un menoscabo en las siembras.

En ambos casos se aprecia claramente los dos tipos de daños: uno ambiental (contaminación del aire y las aguas) y otro civil (la afectación de la salud y propiedad de las personas), emanando ambos del mismo acto ilícito: emisión de químicos tóxicos gaseosos; verter aguas contaminadas.

En este sentido, pensamos que un criterio fundamental para determinar si el daño ambiental es significativo es que el mismo hecho contribuya o genere un daño que se traduzca en una lesión o amenaza a la salud e integridad de las personas ya que, como hemos clarificado, la mayoría de las veces convergirán ambas lesiones.

Recordemos que el concepto de medio ambiente dado por la LBGMA reconoce expresamente que es un sistema global “*que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones*”. Por lo tanto, es lógico que si un daño produce alteraciones en la salud de las personas sea consecuencia del algún detrimento ocasionado sobre un componente del medioambiente, como lo serían, por ejemplo, las aguas o el aire.

En esta senda, la Excma. Corte Suprema ha reconocido este criterio palmariamente, a saber:

*“7.- (...) [e]l daño al elemento agua, de una vertiente y de Esteros, el Estero Patagual, el Quetra y el Pilco, se vincula directamente con la salud de las personas, las que empleaban esa agua para el consumo; y al respecto conviene tener presente que en la historia de la ley 19.300 queda de*

*manifiesto que esta circunstancia siempre se consideró destacadamente relevante dentro del conjunto de daños ambientales.”*<sup>57</sup> (énfasis agregado).

A su vez, encontramos otro fallo de la Excma. Corte Suprema, donde en el voto de disidencia de los ministros PIERRY y SANDOVAL, mencionan expresamente que la afectación a la salud de las personas, es un criterio que dota de sustancia al concepto *significativo*, v.gr.:

*“9º) Pero también es posible extraer de la doctrina y jurisprudencia algunos elementos o factores de evaluación que ayudan a establecer pautas para determinar cuándo un daño ambiental es significativo, tales como:*

***-Los daños a los recursos que importen la posibilidad de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o a las especies y hábitats naturales, en términos que se impida su conservación (...)***<sup>58</sup> (énfasis agregado).

Por su parte, en el marco de una acción de protección contra el proyecto Bocamina II, el Supremo Tribunal consideró -indirectamente- el mentado criterio, haciendo suyo el considerando cuarto de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción y agregando al respecto:

*“Cuarto: (...) En este mismo orden de ideas, se debe consignar que conforme al artículo 48 de la ley antes referida (LO-SMA) una vez iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de **evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas**, podrá solicitar al Superintendente la adopción de alguna de las medidas provisionales señaladas en la norma, estableciéndose distintos requisitos dependiendo de la intensidad de la medida que se pretenda decretar.”*

*“22). Que, en consecuencia, por aparecer del mérito de los antecedentes analizados, que en lo que concierne al problema planteado respecto del sistema de refrigeración ligado al proceso de succión de agua de mar, una vez puesto en práctica el proyecto de "Optimización de la Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", con la utilización de los caudales ya precisados, y habiendo quedado en evidencia que con posterioridad al fallo dictado por esta Corte en los autos rol N° 9852-2013 de fecha 9 de enero de 2014, se constató la insuficiencia de las nuevas medidas*

---

<sup>57</sup> Excma. Corte Suprema, causa rol N° 10.884-2011, sentencia de fecha 4-12-2012, caratulada “Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes.”

<sup>58</sup> Excma. Corte Suprema, causa rol N° 21.327-2014, sentencia de fecha 20-11-2014, caratulada “Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena.” (Considerando 9º y 10º voto disidente).

*propuestas e implementadas por Endesa S.A. para evitar el ingreso de biomasa, no cabe sino concluir que persisten, en este aspecto, las amenazas graves a la garantía prevista por el artículo 19 N.º 8 de la Constitución Política de la República que afectan a los recurrentes y en general a los ciudadanos que habitan y laboran en la zona de influencia de la Central Termoeléctrica tantas veces mencionada, vulnerando su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.”*<sup>59</sup>

Por su parte, este criterio también es invocado por la judicatura especializada. Así, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago ha sostenido que:

*“La significancia del daño deberá ser determinada caso a caso. Sin embargo, en ciertas hipótesis, los daños ambientales pueden acreditarse por la sola entidad de la conducta dañosa, o bien por aquello en que recaen. Así, por ejemplo, tratándose de ecosistemas especialmente sensibles, los daños podrían acreditarse por la sola ejecución de una actividad dañosa no autorizada. Del mismo modo, en lo que respecta al objeto de afectación, el derecho comparado sostiene, en general, que tratándose de daños ambientales que puedan afectar la salud de las personas, cualquier riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana, se consideran por este solo hecho significativo.”*<sup>60</sup> (énfasis agregado).

A nuestro juicio, este es uno de los criterios más determinantes a la hora de desentrañar si el daño ambiental es o no significativo, por ello la relevancia de su reconocimiento a nivel jurisprudencial.

### **2.1.2.3. Las condiciones especiales del medio ambiente o del componente ambiental dañado.**

Este criterio apunta hacia aquellos casos en que se dañan componentes del medio ambiente que tienen la calidad de autóctonos, únicos, escasos o representativos y se amenace su permanencia o capacidad de regeneración.

---

<sup>59</sup> Excm. Corte Suprema, causa rol N° 15.737-2014, sentencia de fecha 06-11-2014, caratulada “Sindicatos Independientes de Trabajadoras Pescadoras y recolectoras de algas y Actividades Conexas de la Caleta lo Rojas y Otros Contra Empresa Endesa S.A.”

<sup>60</sup> Segundo Tribunal Ambiental, causa rol D-6-2013, sentencia de fecha 29-11-14, caratulada “Estado de Chile con Servicios Generales Larenas Ltda.” (Considerando 42°).

Esta clase de parámetros son plenamente aptos y necesarios para la conservación de la flora y fauna única de nuestro país, a su vez, permite explicitar el principio de conservación de la biodiversidad de nuestras áreas protegidas, pero más aún, permite valorar y proteger nuestro patrimonio histórico cultural.

En tal sentido la Excma. Corte Suprema se ha pronunciado señalando que:

*“3.- Que, conforme a la RAE “significativo” quiere decir: “Que da a entender o conocer con propiedad una cosa; que tiene importancia por representar o significar algún valor”. En esta acepción la exigencia no está dirigida a la envergadura o magnitud del daño; se refiere más bien a un daño representativo, es decir, exponente de una categoría o género de daños, aunque por sí no tenga una magnitud descollante. Siguiendo este sentido, es concebible un daño de gran envergadura y, simultáneamente significativo; más aún, generalmente – aunque no necesariamente- un daño de gran magnitud será al mismo tiempo significativo; asimismo, un daño puede ser significativo sin tener gran magnitud...”*

*“4.-... incluso, en algunos componentes del medio dañado puede ser considerado significativo no sólo en magnitud sino también **en cuanto representativo del género al que pertenece el componente afectado...**”<sup>61</sup> (énfasis agregado).*

De este modo, resulta elocuente la interpretación de que la significancia del daño se aprecie como una característica *cuantitativa*, y no sólo desde una perspectiva *cuantitativa*, pues hay daños que, sin ser de una extensión inmensa, pueden ocasionar igualmente un perjuicio gravísimo, en la medida que ese detrimento se haya infringido a componentes representativos que sean escasos o especiales de acuerdo a su estándar de protección.

En esta misma línea, la Suprema Corte ya había sostenido este criterio en el caso Acuífero Pampa del Tamarugal:

*“Tratándose entonces de **un ecosistema de especial fragilidad**, la pérdida de agua por una extracción no autorizada por los organismos técnicos que velan precisamente por su racional explotación ocasionará un menoscabo a dicho entorno. En este escenario no resultaba relevante, como pretende exigirlo el fallo cuestionado,*

---

<sup>61</sup> Excma. Corte Suprema, causa rol N° 10.884-2011, sentencia de fecha 04-12-2012, caratulada “Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes”.

conocer el cálculo exacto del volumen de las aguas extraídas por la demandada para verificar si se estaba provocando un daño ambiental. **La afectación de la cuenca hidrogeológica afectada, atendida sus especiales características de vulnerabilidad, surge con evidencia si se constata la extracción de aguas subterráneas sin las debidas autorizaciones técnicas...**<sup>62</sup> (énfasis agregado).

A mayor abundamiento, en el caso del Sitio Prioritario para la conservación de la biodiversidad de la R.M., denominado “Contrafuerte Cordillerano”, el voto disidente consideró expresamente esta circunstancia especial, v.gr.:

*“7) Que lo hasta ahora expuesto es suficiente para establecer que el demandado Rolf Behncke ocasionó en el predio sub lite un daño que **no puede sino ser calificado como significativo, toda vez que intervino un área protegida en atención a la biodiversidad y los valores naturales que ella alberga** -con la generación del peligro de que se hará mención en el motivo siguiente- razón por la que la ley expresamente ha establecido que previo a la ejecución de cualquier proyecto, debe realizarse un Estudio de Impacto Ambiental, lo que evidencia que el legislador presume que cualquiera intervención en aquella área genera efectos capaces de producir daño al medio ambiente, por lo que se deben determinar, en ese estudio, las medidas de mitigación.”*<sup>63</sup> (énfasis agregado).

Similar fundamento encontramos en la sentencia de casación del caso Cerro Isla, debido al depósito de relleno realizado sin la previa autorización sanitaria respectiva, a saber:

*“SEXTO: que los elementos de prueba aportados por la demandante y analizados a la luz de las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados que integran la sana crítica, son suficientes para asentar la existencia de un daño significativo, **por cuanto con el depósito o relleno se afectó el sector del Cerro del Medio, el que por tener la característica de Cerro Isla, forma parte del Sistema de Áreas Verdes de la Región Metropolitana y por tanto en su uso no podía alterar su carácter de área verde, su valor paisajístico o su equilibrio ecológico, en circunstancias que con el relleno se***

---

<sup>62</sup> Excm. Corte Suprema, causa rol N° 5826-2009, sentencia de fecha 28-10-2011, caratulada “Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad.” (Considerando 7° de la sentencia de casación).

<sup>63</sup> Excm. Corte Suprema, causa rol N° 32.144-2015, sentencia de fecha 23-06-2016, caratulada “Fisco de Chile con Behncke Concha Rolf Hernan, Behncke Izquierdo Isabel, Behncke Concha Claudio” (considerandos 7°, 8° y 9°)

*intervino el suelo, vegetación y fauna existente en el lugar, afectando el hábitat y la biodiversidad del lugar.”*<sup>64</sup> (énfasis agregado).

En este mismo sentido, nuestra judicatura ambiental no se queda atrás. Así, en el caso de extracción de áridos del Río Duqueco, el Segundo Tribunal Ambiental señala que la significancia del daño se puede corroborar por la naturaleza de la especie o bien sobre el que recae.

*“Cuadragésimo segundo: (...) Sin embargo, **en ciertas hipótesis, los daños ambientales pueden acreditarse por la sola identidad de la conducta dañosa, o bien por aquello en que recaen.** Así, por ejemplo, tratándose de **ecosistemas especialmente sensibles**, los daños podrían acreditarse por la sola ejecución de una actividad dañosa no autorizada.”*<sup>65</sup> (énfasis agregado).

En este sentido, los sentenciadores dejan en claro que la significancia del daño no está condicionada a la extensión o duración del mismo, sino que la entidad del perjuicio deberá determinarse caso a caso, siendo el carácter significativo del daño un elemento *cuantitativo*, y no *cuantitativo*.

El fallo continúa haciendo suyo un considerando de la Excma. Corte Suprema que consagra el mismo criterio ya asentado:

*“Cuadragésimo tercero: Que así también lo ha estimado la jurisprudencia nacional, por ejemplo, en un caso de reparación del daño ambiental en contra de una empresa forestal por el corte y posterior quema de más de cien hectáreas de bosque nativo en un predio de propiedad del Banco de Chile. En dicho caso, la Corte Suprema consideró: “que se ha producido un daño significativo al medio ambiente con motivo de las cortas ilegales, quema de hualo y otras especies (...) Adicionalmente **se ha afectado la biodiversidad, toda vez que las especies hualo, queule y pitao no tienen posibilidades de recuperación**, quedando el suelo descubierto desencadenando procesos erosivos.”*<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Excma. Corte Suprema, causa rol N° 3003-2015, sentencia de 28-10-2015. caratulada “Consejo de Defensa del Estado con Congregación Religiosa los Legionarios de Cristo” (considerando 6°).

<sup>65</sup> Segundo Tribunal Ambiental. Causa Rol D-06-2013. Sentencia de 29 de noviembre de 2014. caratulada “Estado de Chile con Servicios Generales Larenas Ltda.”

<sup>66</sup> Excma. Corte Suprema, causa rol N°8593-2012, sentencia de 05 de septiembre de 2013, considerando vigésimo octavo.

Finalmente, en un reciente fallo del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia se reconoce esta condición especial o de representatividad a un edificio patrimonial. A nuestro juicio, es importante destacar la construcción lógica que hace la judicatura para otorgarle protección a un inmueble, en base a su calidad *especial* que le otorgó el legislador.

*“Vigésimo noveno. Que, de lo anterior, fluye que el Edificio O’Higgins, al encontrarse reconocido por el Plan Regulador como un recurso de valor patrimonial, es también un elemento o componente del medio ambiente, cuya pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido a aquel, en tanto forma parte del concepto legal de medio ambiente, es constitutivo de daño ambiental, siempre que la pérdida o menoscabo sean significativos.”* (énfasis agregado).

*“Trigésimo. Que, para determinar si se está ante la significancia exigida por la ley, y siguiendo a la Excm. Corte Suprema (C.S., Rol N° 10.884-2011), se ha de entender "significativo" como: "Que da a entender o conocer con propiedad una cosa; que tiene importancia por representar o significar algún valor", por lo que, en concepto del máximo Tribunal de la República, al determinar qué se entiende por significativo se debe tener presente estas dos apreciaciones: aquella en que "significativo" expresa el grado en el que los perjuicios propinados al ambiente estimados en conjunto resultan intolerables y aquella en que "significativo" expresa que **los perjuicios propinados al ambiente estimados en conjunto, hacen que el componente dañado pierda su representatividad o valor.**”* (énfasis agregado).

*“Trigésimo segundo. Que, la ejecución del diseño proyectado por la Demandada, que dio lugar a la destrucción del interior del edificio y de parte de su fachada, **afectó el valor arquitectónico del edificio, el que fue definido por sus elementos estilísticos, de representatividad, singularidad y morfología** tenidos en cuenta por la propia Municipalidad para su inclusión entre los inmuebles de conservación histórica singularizados en el Plan Regulador Comunal. Ello, toda vez que dichos elementos han sido eliminados mediante la destrucción del interior del edificio y de parte de su fachada, por lo que este **Tribunal estima que ello constituye un daño ambiental al alcanzar los niveles de significancia exigidos, tanto por la Ordenanza Municipal como por la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.**”*<sup>67</sup> (énfasis agregado).

---

<sup>67</sup> Tercer Tribunal Ambiental. Causa rol N° D-24-2017, sentencia de fecha 30-11-2017, caratulado “Comité de Defensa Patrimonial de los Ángeles (CODEPALA) con I. Municipalidad de Los Ángeles” (Considerandos 29° a 31°).

Por de pronto, y luego de haber analizado estos múltiples fallos dictados por nuestra Excma. Corte Suprema y Tribunales Ambientales, creemos que hay una consolidación de al menos tres criterios, nos referimos a: (i) la irreversibilidad del daño, (ii) el peligro en la salud de las personas y (iii) la condición especial del bien o servicio ecosistémico. A nuestro modo de ver, estos tres parámetros son de la mayor trascendencia, ya que en sí mismos pueden agrupar a otros criterios que aún no sean invocados de manera directa, v.gr., la intensidad o magnitud del daño, la prevención de un daño futuro o la acumulación de efectos sinérgicos, los que pueden ser reconducidos a daños irreparables o que eventualmente se vuelvan irreparables.

### **3. Formas de reparar el daño ambiental ocasionado.**

El presente acápite tiene por objeto analizar una serie de dudas que surgen al momento de hablar de reparación ambiental. En este punto, se plantean interrogantes tales como ¿Cómo se repara? ¿Qué hacer si es imposible reparar? ¿Existe algún límite en la condena de reparación? y, finalmente, ¿Cómo se valora el daño ambiental?

Lo anterior se hará a partir del supuesto esencial que los daños civiles emanados del mismo hecho que causa daño ambiental se encuentran regulados exclusivamente por el Derecho Civil, y que la Ley N° 19.300 sólo se encarga de los daños ecológicos puros, cuestión que ya hemos asentado.

#### **3.1. Marco normativo.**

El artículo 2° letra e) de la Ley N° 19.300 señala que daño ambiental es “(...) *toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.*”.

Por su parte, el literal s) del mismo artículo expresa que se entiende por reparación del medio ambiente o de uno o más de sus componentes dañados “(...) *la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas.*”.

### **3.2. La reposición del medio ambiente dañado o de uno o más de sus componentes a una calidad similar.**

La Ley N° 19.300 indica que la reparación consiste en un hacer, es decir que, tratándose de los daños ambientales, ésta debe llevarse a cabo siempre mediante una acción<sup>68</sup>. A mayor abundamiento, algunos autores hablan directamente de una obligación de hacer<sup>69</sup>, en contraposición a un de dar (indemnización) propia del ámbito de la responsabilidad civil.

Inclusive, hay quienes plantean que la obligación de reparación es de aquellas denominadas *in natura*<sup>70</sup> o de *restitutio in integrum*, debido a que es necesario realizar una acción que restablezca el medio ambiente dañado. Sin embargo, si se considera que el legislador expresamente establece que la finalidad de la norma se cumple con el hecho que la reparación permita que el medio ambiente dañado alcance una calidad similar, no es posible sostener que sea una reparación *in natura*, por cuanto ella exige una misma identidad en el objeto reparado (v. gr. la corta de un bosque de árboles nativos milenarios no se repara idénticamente con plantar nuevos árboles que aún les faltará muchos años para ser adultos).

En consecuencia, la reparación a una calidad similar solamente pretende restablecer los servicios ambientales que prestaba el medio o elemento ambiental dañado<sup>71</sup>.

#### **3.2.1. ¿Qué quiere decir reparar a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al daño causado?**

En primer lugar, se debe tener presente que la acción de reparación supone que el demandado instale un bien ecológico nuevo (de reemplazo), pero de una calidad similar.

---

<sup>68</sup> FEMENÍAS, Jorge. *Op. Cit.* p. 267.

<sup>69</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Op. Cit.* p. 539.

<sup>70</sup> FEMENÍAS, Jorge. *Op. Cit.* p. 267.

<sup>71</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Op. Cit.* p. 409.

Lo dicho no significa que el bien ecológico sea idéntico al dañado, sino que posea propiedades similares a las que poseía con anterioridad al evento lesivo. Para algunos autores esto supone el uso de un criterio de realidad<sup>72</sup> (que le otorga mayor goce de eficacia a la norma), por cuanto se hace cargo de la imposibilidad que, en casi todas las ocasiones, supone restituir el medio ambiente dañado a una condición idéntica a la que tenía con anterioridad<sup>73</sup>.

La opción del Legislador por una calidad similar se debe a que el estado anterior a la producción del daño puede ser incierto, puesto que los ecosistemas son dinámicos, pudiendo evolucionar de forma cíclica. Además, difícilmente se dispondrá en cada momento de datos sobre todas las especies existentes en cada uno de ellos, sus relaciones y las relaciones con las de otros ecosistemas.

El criterio presentado tiene asidero en la doctrina española, señalándose que “[l]a reparación en especie no significa que el nuevo recurso deba ser idéntico al anterior. Lo importante no es tanto el carácter único de un recurso natural, sino que se alcance un estado natural cualitativamente igual... de calidad similar..., lo más parecido posible... de la condición más parecida... Así pues, basta que el recurso dañado se repare de manera aproximada, con tal de que tenga un valor ecológico equivalente y que permita que se reconstruya el ecosistema en su conjunto.”<sup>74</sup>.

En segundo término, con el objeto que la reparación sea eficaz, se deben tomar aquellas medidas pertinentes para eliminar la causa de dicho daño, de lo contrario se seguirían produciendo los efectos dañinos al medio ambiente, por lo cual la reparación efectuada sería completamente ineficaz. Esto es una imposición natural de la máxima que indica que “un recurso contaminado es un recurso contaminante”<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, El derecho ambiental: presente y pasado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, pág. 326.

<sup>73</sup> FEMENÍAS, Jorge. *Op. Cit.* p. 268.

<sup>74</sup> RUDA GONZÁLES, Albert, *Op. Cit.* pág. 466.

<sup>75</sup> En tal sentido, véase FEMENÍAS. *Op. Cit.* p. 318, quien sostiene que “[l]a predilección por este tipo de reparación en materia ambiental conlleva asumir que se trata de una reparación que además de consistir en la restauración del medio o componente ambiental dañado, impone la obligación de eliminar también la causa del daño (*restitutio in pristinum*)”.

También, DI GIOVANNI explica que “la forma más eficaz de tutela frente al ilícito ambiental es la cesación de la actividad lesiva”. En DI GIOVANNI, Francesco (1982): *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, Padova, Cedam, p. 121.

Finalmente, y un sentido similar, GOMIS CATALÁ manifiesta que “la adopción de medidas tendientes a evitar la repetición de daños en el futuro debe considerarse como una máxima ineludible: de lo contrario se estaría admitiendo el «derecho a dañar indemnizando». En consecuencia, la reparación del daño objetivo fundamental de todo sistema de responsabilidad, comprende un concepto más amplio que la mera reparación in natura o indemnización y abarca también, aunque sea de manera implícita, la adopción de medidas preventivas: así, por ejemplo, ¿de qué le sirve al ordenamiento norteamericano establecer un sistema tan sui generis de responsabilidad si cuando por fin consigue la reparación del daño no toma -u obliga a tomar- las

Finalmente, el legislador señaló expresamente que la calidad similar es aquella que tenía el bien jurídico antes de ser lesionado. En consecuencia, no contempló que la reparación involucrase los bienes y/o servicios ecosistémicos que se hubieren dejado de obtener en el periodo en que el daño se produjo. Lo señalado permite concluir que la Ley N° 19.300 sólo busca la reparación del daño emergente ambiental, no regulando la reparación del “lucro cesante ecológico”<sup>76</sup>, categoría identificada por la doctrina *ius ambientalista*.

Por tanto, la reparación solamente debe encargarse de restablecer los servicios ambientales que prestaba el medio o componente ambiental al momento de verificarse el daño, de tal manera que, si se logra un restablecimiento de dichos servicios ambientales, aunque no sea en forma inmediata, se podrá afirmar que la reparación fue efectuada correctamente<sup>77</sup>.

### **3.3. Si la reposición del medio ambiente dañado no es posible, se deben restablecer sus propiedades básicas.**

De no ser posible reparar el medio ambiente dañado a una calidad similar a la que éste poseía antes de la producción del hecho dañoso, se deberán restablecer sus propiedades básicas.

Aquella es la fórmula que el legislador, subsidiariamente, ha establecido para aquellos casos en que no sea posible la reparación a una calidad a lo menos similar del mismo.

Sin perjuicio de lo dicho, esta opción tiene a lo menos dos dificultades importantes<sup>78</sup>, las cuales, en definitiva, deberán ser resueltas por los jueces competentes.

---

medidas necesarias que garantizan su permanencia y evitan que se repitan? La reparación del daño a los *natural resources* implica el establecimiento de tales medidas”. En GOMIS CATALÁ, Lucia (1998): *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Navarra: Aranzadi, p. 254.

<sup>76</sup> LOPERENA ROTA, Demetrio, “Administración pública y restauración ambiental”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* N°634. 2004. p.1-7.

<sup>77</sup> BERMÚDEZ SOTO, JORGE. *Op. Cit.* p. 409.

<sup>78</sup> BERMÚDEZ SOTO, JORGE. *Op. Cit.* p. 411.

### 3.3.1. ¿En qué forma se puede restablecer dichas propiedades básicas?

Algunos autores plantean que se debe seguir el mismo camino que en la reparación a una calidad similar. En efecto, tratándose de la restauración de las propiedades básicas, las medidas, acciones o actividades deben procurar restablecer aquellos elementos que permitían al recurso dañado prestar los servicios ambientales más importantes<sup>79</sup>.

Con todo, en ambas situaciones -reparación a una calidad similar o de las condiciones básicas- deberán usarse las “mejores técnicas disponibles”<sup>80</sup>, para lo cual deben emplearse las actividades más eficaces en reparar lo dañado, usando las técnicas más avanzadas que se conozcan, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 2º letra m bis) de la Ley N° 19.300, referido al daño por contaminación<sup>81</sup>.

### 3.4. ¿Qué sucede cuando ni siquiera es posible restablecer las propiedades básicas del medio ambiente?

Este es uno de los casos más complejos de resolver, v.gr. supongamos que una especie de flora o fauna se extingue debido al efecto dañino en el medio ambiente y, en consecuencia, no es posible siquiera restablecerlo a una calidad básica.

Para el profesor BERMÚDEZ, la solución pasa por explorar la posibilidad de incorporar la “compensación ambiental” como forma de restablecer las propiedades básicas del medio ambiente o elementos ambientales dañados. En ese sentido, para el autor citado, la Ley N° 19.300 no ha definido la compensación y ésta sólo es permitida con ocasión de los EIA, de modo que las medidas de compensación “*[t]ienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar. Dichas medidas incluirán, entre otras, la sustitución de los*

---

<sup>79</sup> FEMENÍAS, JORGE. *Op. Cit.* p. 314.

<sup>80</sup> En este sentido, a lo que nos referimos con “mejores técnicas disponibles” es al uso de herramientas y métodos técnicos de tecnología de punta que se encuentren disponibles para la reparación del daño ambiental. Por lo tanto, no se está haciendo una alusión a las mejores técnicas disponibles aludidas en el art. 40 de la Ley N° 19.300 sobre el establecimiento de valores o parámetros exigibles en las normas de emisión.

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. *Op. Cit.* p. 168.

*recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función” (artículo 100 del RSEIA).*

Por ello, a juicio del autor recién referido, el Tribunal Ambiental puede interpretar, de manera amplia, el concepto de restablecimiento a sus “propiedades básicas”, incorporando las posibilidades de compensación en un lugar distinto a aquél en que se produjo el daño.

A lo anterior, se agrega un criterio de realidad, dado que en la práctica las empresas ofrecen compensar el daño o el impacto en un lugar distinto, lo que puede resultar idóneo para el restablecimiento de las propiedades básicas, pero no necesariamente suficiente para reparar todo el daño ambiental.

Con todo, la posibilidad de compensación ambiental en un lugar distinto presenta una dificultad práctica de difícil solución. En efecto, para que opere la compensación ambiental deberá ser el propio demandado el que la ofrezca, debiendo ser aceptada como suficiente por parte del Tribunal Ambiental. Sin embargo, en el contexto procesal de una demanda por daño ambiental, los términos de la *litis* están determinados por la demanda en que se solicite la reparación, la que podría exigir o no la compensación ambiental en un lugar distinto a aquél en que se produjo el daño. En consecuencia, sólo sería posible la compensación en un lugar diferente al que se efectuó el daño siempre y cuando la demanda así lo pidiese o que el Tribunal Ambiental lograra una conciliación en tales términos<sup>82</sup>.

### **3.5. Límites de la acción de reparación del daño ecológico causado el medio ambiente.**

#### **3.5.1. Casos en que la reparación es técnicamente posible, pero no es razonable en términos económicos.**

Se hace necesario reconocer que la reparación del daño causado en algunos casos puede atañer importantes desembolsos de dinero, los cuales deben ser comparados con los beneficios ambientales que hipotéticamente se derivarán de ella. En consecuencia, se busca evaluar si exigir

---

<sup>82</sup> BERMÚDEZ SOTO, JORGE. *op. cit.* pág. 412.

este tipo de reparación podría generar, en el largo plazo, costos mayores a los beneficios ambientales que proporciona<sup>83</sup>.

En este sentido, se ha planteado que, si existe una vía de reparación menos dispendiosa para el sujeto pasivo de ella, ésta debe preferirse como un medio alternativo de reparación del daño ambiental, por cuanto lo relevante no es que se repare a una calidad idéntica a la anterior (*Restituto in natura*), sino a una calidad similar (*Restituto in pristinum*)<sup>84</sup>.

En ese orden de ideas, GOMIS CATALÁ ha señalado que “[l]a reparación adecuada del daño al medio ambiente en la práctica sólo tendrá lugar si es técnicamente posible y económicamente razonable. El principio de proporcionalidad limita, por lo tanto, el alcance de las medidas de reparación a aquellas medidas óptimas fruto de la comparación entre el coste de las mismas y el resultado ventajoso obtenido.”<sup>85</sup>

En el mismo sentido, CONDE ANTEQUERA señala que “[l]os límites a ese deber de restaurar vienen dados, principalmente, por el principio de proporcionalidad, de modo que únicamente procedería la restauración ambiental cuando los gastos empleados en ella sean proporcionales al beneficio ecológico que se pretende. En caso contrario, nos encontraríamos ante un daño ambiental irreversible e irreparable. Esa imposibilidad de restauración puede existir entonces por motivos técnicos, cuando el estado de la ciencia y de la técnica en ese momento se muestra insuficiente para la rehabilitación del medio, o por motivos económicos razonables desde el punto de vista económico. La rehabilitación del medio no sería procedente efectivamente cuando los gastos sean más elevados que el beneficio real para el medio ambiente, siempre que haya medidas alternativas a una concreta rehabilitación que suponga idéntica efectividad y tenga un coste menor. Es decir, cuando el coste de restauración exceda desproporcionadamente del beneficio que se obtendría con dicha restauración no será procedente ésta”<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> FEMENÍAS, Jorge. *op. cit.* p. 279. El autor nos aclara que este tipo de análisis es plenamente conocido en el Common Law, donde, en materia de descontaminación de suelos, incluso influye el tipo de medidas que se podrán o deberán llevar a cabo. Citando para estos efectos a Rodger Jr., William, *Environmental Law*, 2° edition, West, St. Paul, 1994, p. 731.

<sup>84</sup> FEMENÍAS, Jorge. *Ibid. Ídem.*

<sup>85</sup> GOMIS CATALÁ, Lucía, *op. cit.*, pág. 260.

<sup>86</sup> CONDE ANTEQUERA, Jesús. *El deber jurídico de restauración ambiental*, Granada, Comares, 2016, p. 97 – 98.

En idéntico sentido, DE MIGUEL enfatiza que en materia medioambiental se debe ser mucho más riguroso al momento de aceptar esta situación. En efecto, afirma el autor que “[e]n primer lugar, puede decirse que generalmente se considera que cuando la reparación in natura es muy costosa, estamos ante un supuesto de imposibilidad de tal reparación, lo que deja la vía

Por otra parte, se tiene que en el contexto del derecho europeo ya procede la limitación señalada. En efecto, el profesor SANZ RUBIALES explica que “[l]a reparación in natura, entendida como la restitución exacta del bien dañado a su estado original, previo a la producción del daño, es prácticamente imposible; siempre será una reparación relativa, parcial: por una parte, la íntegra reparación tiene importantes límites técnicos y científicos; pero además, como señala Gomis Catalá, a la reparación *in integrum* se opone necesariamente un elemento de racionalidad plasmado en el principio de proporcionalidad, que limita el alcance de las medidas a adoptar, tras la ponderación entre el coste de éstas y las ventajas a obtener como consecuencia de la limpieza. En efecto, como hemos visto, el objetivo primordial del legislador comunitario es lograr, en la medida de lo posible, la reparación primaria. Pero, consciente de la dificultad para lograr restituir completamente el bien dañado a su situación originaria, prevé la aplicación del principio de proporcionalidad (fundamentalmente basado en criterios económicos) para determinar las medidas aplicables. Ahora bien, como se puede apreciar, esta interpretación del principio de proporcionalidad es claramente laxa: admite directamente la adopción de medidas compensatorias si pueden lograr lo mismo con menos coste en otro lugar: esto equivale a la canonización de la reparación primaria incompleta”<sup>87</sup>.

Finalmente, CABANILLAS SÁNCHEZ presenta una posición más extrema aún, señalando que el daño sería irreparable puramente por razones económicas. En efecto, explica que “[e]n aquellos casos en que el coste de reparación in natura exceda desproporcionadamente del propio beneficio obtenido con la reparación, procederá el resarcimiento pecuniario”<sup>88</sup>.

Lo hasta aquí planteado debe ser conjugado con el principio de proporcionalidad, el cual presenta dificultades en relación a su delimitación en torno a la reparación ambiental. En efecto, por una parte, trae a colación la ardua determinación de la cuantificación económica del daño y, por otra, la valoración del beneficio obtenido desde el punto de vista ecológico<sup>89</sup>.

---

libre a la indemnización. En el caso de daños al medio ambiente, en cambio, esta idea, si no desaparecer (sic), si deberá reducirse sustancialmente, y aplicarse con un criterio más restrictivo, sólo para aquellos casos en que el coste de reparación in natura exceda desproporcionadamente del propio beneficio obtenido con la reparación”. En DE MIGUEL PERALES, Carlos (1997): *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente* (Madrid: Civitas Editores): 226.

<sup>87</sup> SANZ RUBIALES, Iñigo. “Aspectos jurídicos de la remediación: El modelo europeo” (En prensa), 2017, pág. 26. Visto en FEMENÍAS J. *Op. Cit.* Pág.

<sup>88</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La reparación de los daños al medio ambiente*, Navarra, Aranzadi, 1996, pág. 269.

<sup>89</sup> RUDA GONZÁLES, Albert, *Op. Cit.* pág. 216-262.

En ese contexto, la aplicación del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico pasa por aceptar que un daño ambiental pueda ser calificado como irreversible sobre la base de un criterio económico, esto es cuando el costo de la reparación *in natura* (*se refiere a calidad similar*) exceda manifiestamente el beneficio ambiental que proporcionará el componente ambiental restaurado. En tal sentido, se debe recordar que el medio ambiente, según lo regulado por la Ley N° 19.300, es un sistema global, es decir, un módulo ordenado de elementos que se encuentran interrelacionados y que interactúan entre sí, por lo tanto, lo que se debe restablecer es, precisamente, el sistema dañado<sup>90</sup>.

En consecuencia, si se hace necesario restaurar un componente ambiental determinado, aquello se debe al hecho que aquel presta una función ambiental específica, la cual hace que el resto del sistema funcione correctamente y preste unos servicios ambientales precisos, a los cuales deberá apuntar recuperar la reparación en cuestión.

Finalmente, respecto al cuestionamiento de qué hacer cuando el daño ambiental se vuelva irreversible, debido al altísimo y desproporcionado costo económico que importaría en relación con el beneficio ambiental que reportará la recuperación del sistema, FEMENÍAS explica que la posibilidad de limitar la reparación *in natura*, debe estar circunscrita a una compensación ambiental, lo que denomina también una reparación del medio ambiente dañado a través de “más medio ambiente”, o lo que es lo mismo a una reparación por equivalencia pero en “moneda verde”<sup>91</sup>.

### **3.5.2. Casos en que la reparación no es técnicamente posible.**

Como se puede desprender de lo expuesto hasta este punto, los casos en que la reparación es técnicamente imposible son los más complejos de analizar, debido a que suponen que el daño efectuado al medio ambiente es imposible de ser reparado. Ante esa situación, máxime que no existe una solución clara y específica en la ley, existen autores que plantean la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios como una alternativa a la irreparabilidad del medio ambiente; en contrario, nuestra visión, es que es mejor hablar de una compensación ambiental.

---

<sup>90</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Op. cit.* pág. 64.

<sup>91</sup> FEMENÍAS, Jorge. *Op. cit.* pág. 327.

### 3.5.2.1. Mutación de la obligación de reparación a una de indemnización.

En el sentido mencionado, VIDAL OLIVARES<sup>92</sup> sostiene que la obligación de reparar puede perfectamente mutar en una de indemnizar, sobre la base de los siguientes argumentos:

El artículo 3° de la Ley N° 19.300 emplea la conjunción copulativa “e”, infiriéndose que una reparación material y una indemnización son perfectamente compatibles, pudiendo acumularse. Si la primera no fuese posible del todo, procedería en forma exclusiva la indemnización del daño ambiental como una reparación en equivalencia.

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

Una de las razones para negar lugar a la indemnización es la imposibilidad de valorar el daño ambiental, lo cual impediría que la indemnización cumpliera la función compensatoria que le es propia. En ese contexto, el daño ambiental podría ser asimilado al daño moral, asignándosele a su indemnización una función de satisfacción, más que una compensatoria, en términos de considerar a la indemnización como un valor de reemplazo que permita desatender al daño ambiental irreparable, siendo asignado a un fin de preservación o de conservación medioambiental.

Quienes adhieren a la tesis reseñada precedentemente señalan que ella fue acogida por la Corte Suprema<sup>93</sup>. Sin perjuicio de ello, es preciso puntualizar dos cuestiones de capital importancia. En efecto, en el caso resuelto por la Corte Suprema deben tenerse presente que el demandante era el Fisco, por lo cual la indemnización no corría el riesgo de no destinarse a un uso medio ambiental. Seguidamente, y luego de analizar la sentencia de forma detenida, se aprecia que, en definitiva, se da lugar a la indemnización de perjuicios ordinaria a favor del Estado, no en cuanto daño al medio

---

<sup>92</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007): “Las acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de responsabilidad aplicable”, en PIZARRO WILSON, Carlos (director): *Cuadernos de Análisis Jurídicos 4* (Santiago: Ediciones Universitarias Diego Portales). Ediciones Universitarias Diego Portales. Santiago. 2007. pág. 207-209.

<sup>93</sup> *Fisco de Chile con Forestal Candelaria de Río Puelo S.A. y otros* (2010): Corte Suprema. Rol N° 5.027-2008.

ambiente, sino en cuanto se consideró a aquel como “afectado” por la tala de una especie declarada monumento nacional, no exigiéndose que sea propietario de la misma. En consecuencia, se indemnizó al Estado por un perjuicio patrimonial, más que por uno de carácter ambiental.

Del mismo modo, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al confirmar una sentencia de primera instancia, ha señalado que *“si la reparación descrita no es posible, surge en forma subsidiaria la obligación de indemnizar el daño producido, situación que, si bien no se señala expresamente en la ley 19.300, se deduce por aplicación supletoria de las normas civiles de responsabilidad extracontractual, en especial el art. 2314 del Código Civil”*<sup>94</sup>.

### **3.5.2.2. Mutación de la obligación de reparación a una de compensación.**

Sin perjuicio de lo señalado, el profesor Jorge BERMÚDEZ explica que lo resuelto por los tribunales citados no es posible. En efecto, para este tipo de casos de alta complejidad, la solución no estará en una indemnización de perjuicios con destino incierto, sino en la incorporación del concepto de compensación ambiental dentro del restablecimiento de las propiedades básicas. Sólo así la reparación tendrá siempre una afectación ambiental, es decir, una reparación moneda verde<sup>95</sup>. Este criterio es seguido por un amplio número de catedráticos en la materia<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> *Fisco de Chile con compañía Industrial Puerto Montt S.A.* (2004): Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Rol N° 11.652-2003.

<sup>95</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Op. cit.* pág. 414.

<sup>96</sup> FEMENÍAS, Jorge. *Op. Cit.* pág. 345.

Además, DELGADO expresa “que el espíritu y la historia de la LBGMA sólo consideraba la reparación material y que, en consecuencia, en los casos en que la reparación no sea posible, se debiera «compensar» el daño -como ya se ha sugerido- pero en los términos técnicos definidos por la LBGMA y su reglamento, es decir, condenar a hacer algo «que tenga por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado» (art. 60 del Reglamento [hoy artículo 100]) y que -como agrega el artículo 61 [hoy artículo 101]- se haga «en el mismo lugar o área» del daño que se trata de compensar. Si los daños irreparables se «compensan» en el SEIA, lo ideal sería aplicar esta regla también aquí”. En DELGADO SCHNEIDER, Verónica, *ob. cit.*, pág. 62.

En el mismo sentido, POKLEPOVIC sostiene que “[t]anto en Chile como en la legislación comparada en general, la opción primaria en materia ambiental es la «recomposición» del medio ambiente dañado (reparación in natura) en la medida que ello sea posible, y sólo se producirá en equivalente en la medida que el daño específico sea irreversible (es decir, que no puedan siquiera restablecerse las propiedades básicas del componente afectado). La ley N° 19.300 se orienta preferentemente a que la equivalencia se traduzca en bienes y servicios ambientales (pago en «moneda ambiental») y no en una reparación en dinero. El objetivo en materia ambiental de ser siempre la recomposición del medio ambiente dañado, aunque las pérdidas provisionales deberían compensarse pecuniariamente”. En POKLEPOVIC MEERSOHN, Iván, (2005): “Evaluación económica del daño ambiental: Experiencia del Consejo de Defensa del Estado”, en SILVA ABRANETTO, Ximena (directora): *Cumplimiento de la Legislación Ambiental y Reparación de Daños al Medio Ambiente* (Santiago: Consejo de Defensa del Estado): 16.

Profundizando lo antes señalado, Bermúdez arriba a la conclusión ya referida sobre la base de los siguientes argumentos<sup>97</sup>:

- i. El artículo 53 de la Ley N° 19.300, al momento de regular la legitimación activa, distingue entre la acción ambiental y la acción indemnizatoria ordinaria, estableciendo expresamente que la legitimación es sólo para obtener la reparación del medio ambiente dañado;
- ii. El artículo 33 de la Ley N° 20.600 dispone que la petición de la demanda de reparación “*sólo se podrá pedir la declaración de haberse producido un daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de éste a repararlo materialmente*”.
- iii. El artículo 44 de la Ley N° 20.600 establece que la acción de reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación del daño ambiental causado, imposibilitando, a juicio del autor citado, la indemnización, ya que siempre deberá haber medidas de reparación (obligación de hacer y no de dar).
- iv. Se podría configurar un enriquecimiento injusto, pues si ya la ley permite interponer en conjunto la acción de reparación y la acción civil, si en la primera se solicitase una indemnización, la acción civil carecería de causa.
- v. El destino u afectación del monto de indemnización es incierto, pues no hay manera de asegurar que se utilizará en la reparación del medio ambiente, siendo su destino final el erario público.

En consecuencia, “[e]l modo de reparación analizado equivale a una especie de permuta en la que el bien dañado se sustituye por otro equivalente desde el punto de vista ecológico, a modo de intercambio o permuta *lato sensu* de recursos naturales (*nature swaps*). Como podrá apreciarse, la

---

<sup>97</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Op. cit. pág. 412-413.

compensación no es monetaria, sino física y ecológica. En definitiva, se trata de permitir que, por ejemplo, en caso de destrucción de una especie en una determinada región o área, se pueda introducir otra de características similares, la cual deberá cumplir, en lo posible, todas las funciones de la anterior, o que, en caso de destrucción de un biotipo, pueda crearse otro equivalente en un lugar distinto”<sup>98</sup>.

Finalmente, y en relación a las ventajas que presenta este tipo de reparación, se tiene, sin lugar a dudas, una de los mayores beneficios está dado por el hecho que se está compensando el medio ambiente con “más” medio ambiente. A mayor abundamiento, con la realización de este tipo de reparación se estarían evitando (no del todo) los problemas de valoración de los daños ambientales que se presentarían al aceptar la tesis de la indemnización sustitutoria. Lo anterior basado en el criterio de que “[l]a especificidad del daño ecológico puro parece apoyar que se acoja un criterio favorable a la compensación ecológica mediante sustitución por un recurso equivalente”<sup>99</sup>. Por todas estas consideraciones, es que creemos, modestamente, que ésta es la correcta solución en aquellos casos donde reparar es imposible, ya sea por incapacidad técnica como económica.

#### **3.5.2.2.1. Algunas propuestas de reparación en “moneda verde”.**

Ya se ha dicho que la mutación de la obligación reparatoria en una de carácter compensatoria con miras al mejoramiento o aumento del “medio ambiente” es la solución que, a nuestro parecer, es la más idónea si consideramos el fin último del sistema de reparación por daño ambiental. En esta línea, algunos autores han propuesto el pago en “moneda verde”, esto es, pagando con más medio ambiente.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece insuficiente el contenido de la condena en estos términos si es que ella no trae aparejado un compromiso posterior de conservación del mismo medio ambiente que ha de ser aportado por parte del condenado. No existe en la legislación una figura de autoridad encargada de la supervisión constante de la ejecución de las condenas, ni aun existiendo sería suficiente si tomamos en cuenta lo antes dicho.

---

<sup>98</sup> RUDA GONZÁLES, Albert, *Op. Cit.* pág. 476 – 477.

<sup>99</sup> FEMENÍAS, Jorge. *Op. Cit.* pág. 347.

Frente a este escenario, hemos considerado como alternativa para sortear esta dificultad el uso de una novedosa herramienta que nos es ofrecida desde el derecho común; nos referimos al derecho real de conservación.

La Ley N° 20.930, en su artículo 2°, define al derecho real de conservación como “[u]n derecho real que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste.” En el mismo precepto se hace hincapié en que este derecho “[s]e constituye en forma libre y voluntaria por el propietario del predio en beneficio de una persona natural o jurídica determinada.” Este derecho no ha de ser entendido como una servidumbre, ya que “[e]l derecho real de conservación, aun cuando limita el dominio de un bien raíz, no favorece a otro inmueble determinado, como la servidumbre predial, sino a la comunidad en su conjunto: se puede afirmar entonces que se beneficia, directa o indirectamente, a todos los miembros de la sociedad, protegiendo el ecosistema para las generaciones actuales y venideras, y, en definitiva, contribuyendo al cuidado de la biósfera.”<sup>100</sup>

Si bien su aplicación podría verse limitada en tanto este derecho se constituye de forma voluntaria entre el dueño del predio y el interesado –o condenado- en conservar el medio ambiente afecto a la propiedad privada del predio, podría ser una herramienta útil, por ejemplo, cuando el dueño del predio es el mismo quien ha sido condenado a la reparación o compensación del daño ambiental o se trate de un bien público.

Así también, hemos de considerar que, en la constitución del derecho real de conservación, el titular o sujeto activo del mismo también puede adquirir obligaciones, las cuales perfectamente podrían ser de carácter pecuniario. Pensemos, por ejemplo, que el condenado a la compensación podría estar obligado a constituir un derecho real de conservación, gravándose un inmueble ajeno a cambio del pago de una suma dineraria, sea esta total o periódica, al dueño del predio afectado (como incentivo por soportar el gravamen sobre su propiedad).

Debemos destacar que la iniciativa de la creación de este derecho real fue inspirada en la experiencia estadounidense, donde existen los *conservation easements* –o servidumbres de

---

<sup>100</sup> Historia de la ley 20.930. moción parlamentaria de fecha 17 de abril de 2008, boletín N° 5823-07. Versión digital: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5077/>. Consultado el 20 de noviembre de 2017.

conservación-. No obstante, nuestra experiencia está lejos de acercarse seriamente a la experiencia comparada, en términos de apoyo público en el uso de este derecho; en EE.UU. existe un mayor refuerzo por parte del Estado, tanto en cuanto el sujeto pasivo de la servidumbre, y dueño del predio afectado, obtiene beneficios tributarios por el soporte de dicho gravamen.

No obstante, lo anteriormente dicho, somos plenamente conscientes de lo limitada que puede ser en la práctica el uso de esta herramienta, teniendo en cuenta lo azaroso de quién ha de ser el dueño del predio que ha de afectarse al derecho real de conservación. Sobre todo, si consideramos que sigue tratándose de una herramienta que emana del derecho privado y que como característica destacada de este derecho real se ha establecido su constitución voluntaria por parte del dueño del predio.

Desde una arista *ius publicista*, encontramos muy limitado el rango de acciones que hoy el ordenamiento entrega al Estado para hacerse cargo de las labores preventivas y conservativas en los términos que en los últimos párrafos hemos planteado. Una alternativa sería el nombramiento de áreas protegidas, como parques nacionales, reservas nacionales o santuarios de la naturaleza.<sup>101</sup> De este modo, se incluirían los espacios aportados por el condenado a un régimen un poco más limitado en cuanto a su uso y explotación. De todas formas, es insuficiente este método en tanto no existe un mecanismo asentado y uniforme de administración de estas áreas y no existen incentivos y/o beneficios de consideración ni para las comunidades ni para los particulares potenciales dueños de los predios objeto de reparación.

En este sentido, urge a nuestro ordenamiento el crear nuevas herramientas, tanto legislativas como de ejecución de las condenas, para la fiscalización del cumplimiento de las mismas, por un lado, la imposición de obligaciones de conservar el medio ambiente aportado por el condenado, por otro, y, por último, para la creación de incentivos que promuevan la actuación conjunta y seria, tanto desde el mundo público como el privado, con el cumplimiento de las tareas preventivas y conservativas del medio ambiente. Estimamos que todos estos puntos son materia de políticas

---

<sup>101</sup> Es la misma LBGMA la que propende a este tipo de acciones estatales: “Artículo 34. El Estado administrará un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, que incluirá los parques y reservas marinas, con objeto de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental. Artículo 35. Con el mismo propósito señalado en el artículo precedente, el Estado fomentará e incentivará la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, las que estarán afectas a igual tratamiento tributario, derechos, obligaciones y cargas que las pertenecientes al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado.”

públicas orientadas a la protección y conservación ambiental, que son de relevancia primordial para el buen vivir de ésta y de nuestras futuras generaciones.

### 3.6. La valoración del daño ambiental.

En general, existe consenso en que resulta muy difícil establecer cuál es el valor de un elemento o componente del medio ambiente dañado, y, por consiguiente, la única fórmula será la estimación por aproximación, utilizando estudios de expertos en ciencias técnicas y económicas, es decir, el daño terminara calculándose en la medida de lo que razonablemente se puede dar como conocido.<sup>102</sup>

Si bien, en principio, es válido sostener que el daño ambiental suele calcularse en función de la depreciación económica del bien o del coste real de la reparación del daño, esta aseveración tiene al menos dos grandes piedras de tope.

- a. No todos los bienes y servicios ambientales tienen asignado un valor de mercado.

Existen muchísimos bienes y servicios ecológicos que no son tranzados en el mercado, por lo tanto, no tiene un precio previo que sirva de orientación, esto repercute en que no pueden indemnizarse directamente como una pérdida de un activo económico.

Por otro lado, si valoráramos sólo desde esta perspectiva -valor de mercado del recurso natural- es problemático, ya que, desde el punto de vista de conservación o del valor ecosistémico que aporta el recurso natural, podría ser un bien extremadamente valioso, por ejemplo, la extinción de una especie, la pérdida de un

---

<sup>102</sup> “Un ejemplo: Actualmente se conocen un total aproximado de 6.000.000 de sustancias químicas, de las que unas 600.000 son utilizadas cotidianamente; pues bien, de tan sólo 8.000 de ellas se conocen con más o menos certeza sus efectos (en el humo de un cigarrillo hay 5.000 agentes químicos). Piensen en la intoxicación que, posiblemente, se produjo por las anilinas adicionadas al conocido como aceite tóxico. Hoy, tras el trabajo de distintas comisiones internacionales de científicos, no se conoce aún el concreto proceso de la enfermedad ni, con certeza, su agente desencadenante” REAL FERRER, Gabriel. Cobertura de riesgos ambientales. En: <http://www.ua.es/dda/cobertura>. pág. 6. viene de GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. La Responsabilidad por daño ambiental en América latina. PNU. México. 2003. pág. 74.

paisaje valioso, o la extinción de un bosque cuyas consecuencias pueden ser graves en función del incremento del efecto invernadero.<sup>103</sup>

- b. Los daños ambientales, generalmente, son de tal magnitud que se vuelven complejos de valorar, desde una mirada procesal -por la cantidad de prueba- y desde el punto de vista económico -monto excesivamente oneroso e imposible de ser desembolsado-.

Esto último, tiene plena concordancia con los límites a la reparación del daño ambiental que abordamos en el acápite anterior, de modo tal que, cuando sea excesivamente oneroso puede llevar a la insolvencia del condenado., lo que directamente mermará la posibilidad de reparación. Así, v.gr. según CHURCH y NAKAMURA, la limpieza rigurosa de todos los sitios contaminados por residuos peligrosos en el territorio de los Estados Unidos de América tendría un costo aproximado de 1.7 trillones de dólares.<sup>104</sup>

Frente a este panorama -la extrema dificultad de valorar el daño- corresponderá que se elabore un trabajo en conjunto desde las ciencias económicas y jurídicas, siendo labor de las primeras, determinar mecanismos idóneos para la valoración del daño, y las últimas establecer normativamente cuales de estos mecanismos de deben aplicar. Así, la doctrina *ius ambientalista*<sup>105</sup> plantea alternativas, por ejemplo, que el valor de la indemnización sea igual al costo de la reparación; que el legislador establezca parámetros indemnizatorios; que se pueda negociar el monto; o, que el juez o la administración determinen soberanamente la cuantía.<sup>106</sup> (cuestión que pareciere ser la planteada en Chile) y que no pareciere ser apropiada, considerando que el daño ambiental no corresponde a un daño moral, sino a un daño emergente.

---

<sup>103</sup> GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. *Op. Cit.* Pág. 75.

<sup>104</sup> CHURCH, Thomas y NAKAMURA, Robert. *Cleaning up the mess. Implementation strategies in superfund.* Washington, The Brookings Institution, 1993.P. 3. Viene de GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. *Op. Cit.* Pág. 76.

<sup>105</sup> CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel. *Valoración del Daño Ambiental.* PNUMA. Oficina regional para América Latina y el Caribe. 2006. Pág. 57.

<sup>106</sup> GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. *Op. Cit.* Pág. 77.

Finalmente, y para muestra de que la cuantificación de los daños ambientales es un tema donde las distintas disciplinas de las ciencias económicas y sociales deben actuar coordinada y creativamente, cabe reconocer la asombrosa metodología empleada en el derecho comparado denominada “*willingness to pay*” en español la “*disposición a pagar*” de la población<sup>107</sup>. En breves términos, esta forma de valoración atiende a la cantidad a la que estarían dispuestos a desembolsar la población en general para la protección, preservación o conservación de un determinado bien o servicio ecosistémico. Por ejemplo, aplicando este método en el ámbito nacional el CDE podría, al momento de entablar una demanda por daño ambiental, acompañar un estudio socioeconómico - con una metodología sólida- que demuestre cuanto estarían dispuesto a pagar los habitantes de Chile por la conservación de un monumento natural nacional, v.gr. un Glaciar, y en base a aquello cuantificar una demanda de reparación.

---

<sup>107</sup> Véase en profundidad en RICHARD L. REVESZ y MICHAEL A. LIVERMORE. “Retaking Rationality: How cost-benefit analysis can better protect the environment and our health” Oxford University press. 2008.” The existence-value study conducted after the Exxon-Valdez oil spill interviewed one thousand individuals randomly drawn from the US population. During the interviews, participants were shown photographs of the Prince William Sound área, and given a description of the spill, its consequences, and the cleanup effort. Participants were then given the option of voting for several programs to protect Prince William Sound from future oil spills. The costs of these programs were expressed as a one-time tax on individual tax households. The value of the tax ranged from \$10 to \$250, depending on the level of protection afforded. Analysis of those votes generated estimates of the interviewees willingness to pay”. P. 124-125



## CAPÍTULO II

### ANÁLISIS DEL FACTOR DE IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL.

#### 1. Generalidades sobre la incidencia de la culpa y dolo en los regímenes de responsabilidad.

##### 1.1. Sistemas de responsabilidad por culpa o dolo.

Bajo un régimen de responsabilidad por culpa, la atribución de responsabilidad se funda en que el daño ha sido causado por un hecho negligente, esto es, realizado con infracción a un deber de cuidado. En este régimen de responsabilidad, la culpa no sólo sirve de fundamento, sino también de límite de la responsabilidad, porque la obligación reparatoria sólo nace de la condición de que se haya incurrido en infracción a un deber de cuidado.<sup>108</sup>

Así se ha dicho que la culpabilidad como criterio de imputación, “[p]ersigue la constatación de que el sujeto se ha comportado de forma jurídicamente reprobable. De tal suerte que una sucinta, pero elocuente definición, expresaría que la culpa es la omisión, sin ánimo de dañar, de la diligencia exigible.”<sup>109</sup>

Esta es la idea base que subyace en todos los códigos civiles europeos decimonónicos. Y la relevancia que esta tesis adquiere en el campo jurídico debe sus razones al contexto social en el cual se desarrolló la codificación moderna, esto es, inserta en una filosofía liberal antropocéntrica, que

---

<sup>108</sup> BARROS BOURIE, Enrique. *Op. Cit.* Pág. 28.

<sup>109</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando L., "Los sistemas de responsabilidad civil", en L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Busto Lago (coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, tomo I, 5a edición, Thomson Reuters - Aranzadi, 2014, pág. 266

vería con repugnancia la posibilidad de que un individuo sea considerado responsable de un daño que no fue fruto de su libre actuación.<sup>110</sup>

## **1.2. Sistemas de responsabilidad estrictos u objetivos.**

La responsabilidad estricta se diferencia técnicamente de la responsabilidad por culpa en que no exige negligencia del autor del daño. En su versión más pura, la responsabilidad estricta queda configurada por la mera relación causal entre el hecho del demandado y el daño sufrido por el demandante.<sup>111</sup>

Como consecuencia, esto genera que desde el punto de vista del análisis económico del derecho, los titulares de actividades riesgosas, es decir, aquellas donde hay una alta probabilidad de ocurrencia de un hecho dañino, internalicen los costos y/o externalidades negativas del desarrollo de sus producciones, transformándose en un incentivo a la prevención, debido al cotejo natural que harán las empresas entre sus costos de reparación v/s los costos de prevención, teniendo presente además, que estas -las empresas- se encuentran en una posición favorable, pues tienen el conocimiento técnico o *Know How* de la actividad que realizan, lo que sugiere se encuentran en mejores condiciones para evitar y prevenir los daños a terceros.

## **2. Nuestro sistema de responsabilidad ambiental se basa en la culpa o dolo como factor de imputabilidad.**

Desde el punto de vista normativo, el artículo 3 de la LBGMA dispone que: “*Todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizar en conformidad a esta ley*” y, luego, el artículo 51 que dice “*Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley*”. Estos dos artículos son las piedras angulares del sistema general de responsabilidad por daño ambiental consagrado en Chile.

---

<sup>110</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Tratado de responsabilidad civil, Civitas, 3° Ed., Madrid, 1993. pág. 296.

<sup>111</sup> BARROS BOURIE, Enrique. *Op. Cit.* Pág. 29.

En este sentido, la LBGMA sigue la regla general de los llamados sistemas de responsabilidad *subjetivos*<sup>112</sup> o por culpa. Sin embargo, se le reconoce un carácter “especial” pues, por una parte, se han mitigado los efectos de dicho sistema al incorporar la presunción de culpabilidad del autor, y por la otra, al declarar expresamente la prevalencia de este sistema por culpa respecto de todas las otras normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales que adoptan la forma de regímenes estrictos u objetivos de responsabilidad.<sup>113</sup>

En cuanto a esta prevalencia, basta mirar el inciso final del artículo 51 de la LBGMA, en cuanto se establece una suerte de prelación normativa de fuentes, en virtud de la cual, para obtener la reparación del medio ambiente dañado, deberá escudriñar la existencia de leyes especiales - sectoriales- que rigen su restauración, para posteriormente, y sólo en la medida que no existan tales normas especiales, dar paso a la aplicación del régimen ordinario de responsabilidad que ha sido creado y establecido en ella. Finalmente, y con el objeto de integrar eventuales lagunas en la materia, la LBGMA dispone el reenvío a las normas de RCE reguladas en el código civil.<sup>114</sup>

Cabe destacar que este sistema de responsabilidad por negligencia tiene plena consonancia con nuestra tradición jurídica<sup>115</sup>, por cuanto las reglas de responsabilidad civil extracontractual

---

<sup>112</sup> Cuando hablamos del sistema de RDA chileno como de corte “subjetivo”, debe entenderse en contraposición a uno de carácter objetivo (donde se prescinde de la culpa como factor de atribución), sin embargo, no es del todo correcto ni feliz esta denominación, pues como lo ha señalado la doctrina más respetada cuando se habla de sistemas de responsabilidad subjetivos se incurre en un error, ya que nunca se hace un reproche de la conducta a niveles personal del autor, sino desde un punto de vista normativo, desde el “deber ser”. Así, el profesor ENRIQUE BARROS señala que: “*Se acostumbra decir que la responsabilidad por culpa es subjetiva, en oposición a la responsabilidad estricta u objetiva. Lo cierto, sin embargo, es que desde el derecho romano el juicio acerca de la culpa civil es objetivo, en el sentido de que no atiende a las peculiares circunstancias personales del autor del daño, sino a la conducta que de éste puede esperarse según las circunstancias en que se encontraba.*” Op. Cit. pág. 28.

<sup>113</sup> FIGUEROA, Eugenio; ASENJO, Rafael; VALDÉS, Sebastián; PRAUSS, Sergio. “La responsabilidad civil ambiental, el daño al medio ambiente y su valor: una aproximación legal y económica”. Revista de Derecho Ambiental. p. 69.

<sup>114</sup> FEMENÍAS, J. A. Op. Cit. p. 54.

<sup>115</sup> Se deja constancia de aquello en la Historia Fidedigna de la Ley N° 19.300, ya que, en un primer momento, el proyecto presentado tenía características de un sistema de responsabilidad objetivo, sin embargo, posteriormente fue sustituido por uno subjetivo, siendo el finalmente aprobado. Véase “Se modificó su redacción incorporando el principio de responsabilidad subjetiva que rige en nuestro derecho, teniéndose en cuenta las modificaciones que se incorporan al Título III del proyecto.” HFDL. p. 70; “Por otra parte, el proyecto mantiene la regla general de responsabilidad subjetiva existente en nuestra legislación, por lo cual se exige la concurrencia de dolo o culpa en el autor del daño, sin perjuicio de los demás requisitos generales en esta materia.” HFDL. p. 207; v.gr. “Atendido el hecho de estar fuertemente arraigado en nuestra realidad en nuestra cultura jurídica el elemento subjetivo -dolo o culpa-, se estimó en el Senado que un avance gradual hacia un sistema general de responsabilidad sin culpa u objetiva aconsejaba, en una primera fase, seguir con el modelo tradicional, pero acercándose en sus efectos al modelo objetivo a través del mecanismo de las presunciones.” HFDL. p. 328.

contenidas en el código civil<sup>116</sup> exigen, también, que la acción u omisión se haya cometido con culpa o dolo, siendo esta una de las semejanzas de ambos regímenes que ya hemos estudiado.

Finalmente, en términos procesales, todo lo anterior quiere decir que el legitimado activo deberá acreditar, dentro del proceso, todos los elementos de la responsabilidad, siendo la culpa el elemento preponderante, luego del daño. Esto resulta particularmente relevante para algunos autores<sup>117</sup>, considerando que los perjuicios ambientales están aparejados a procesos complejos, que requieren de conocimientos especializados y de información que, en muchos casos, pueden estar fuera del alcance de los demandantes. Así, hay autores que han derechamente criticado tal situación, y han postulado modelos de atribución ambiental que prescindan del elemento subjetivo.<sup>118 119</sup>

### **3. Análisis de la presunción de responsabilidad consagrada en el art. 52 de la LBGMA.**

#### **3.1. Antecedentes de su establecimiento en la LBGMA.**

Tal como ya lo hemos expresado, el sistema de responsabilidad por daño ambiental chileno se basa en la culpa como factor de atribución. Sin embargo, para aliviar esta dificultosa carga al demandante, el legislador estableció una presunción denominada de *-responsabilidad-* cuestión que desde ya controvertimos, pues en verdad se trata, solamente, de una presunción de culpabilidad.

En efecto, el artículo 52 de la LBGMA señala: “*Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.*”

---

<sup>116</sup> Artículo 2314 del Código Civil dispone: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

<sup>117</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Op. Cit.* 396.

<sup>118</sup> FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. *Op. Cit.* pp.113-114.

<sup>119</sup> ELORRIETA ROJAS, Pablo. “Análisis de la culpa en Responsabilidad Ambiental ¿es necesario establecer un régimen de responsabilidad objetiva ambiental?” Memoria de prueba. Facultad de derecho U. de Chile. 2015.

*Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”.*

En este sentido, han existido múltiples autores que han criticado la redacción desafortunada del artículo 52 al señalar que lo presumido será la responsabilidad del agente.<sup>120</sup> Por otro lado, hoy genera debate si la misma podría alcanzar a la causalidad tratándose de daño ecológico puro, lo que analizaremos en profundidad al estudiar el alcance de la presunción.

Sin embargo, hay que tener presente que desde un principio el legislador pensó que la mentada presunción no abarcaba todos los elementos de la responsabilidad. Así, de una revisión a la historia fidedigna de Ley N° 19.300 se puede constatar “(...). [e]l art. 55, establece que se presume legalmente la responsabilidad del autor si el daño ambiental se produce por infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación. O sea, **se consagran determinadas presunciones, y éstas presumen, precisamente, la negligencia y la culpa...**”<sup>121</sup>

### 3.2. Naturaleza jurídica de la presunción.

Como es sabido las presunciones pueden ser de carácter legal o judicial, las primeras son aquellas que se encuentran consagradas en la ley, mientras que las segundas son aquellas que el juez establece<sup>122</sup>. A su vez, las presunciones legales pueden ser propiamente legales o presunciones de derecho, según admitan o no prueba en contrario. Finalmente, las presunciones constituyen, dentro del Derecho, algo excepcional. De ahí que sean de interpretación estricta: no pueden aplicarse por extensión ni analogía más allá de los casos expresamente previstos por el legislador.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> Véase BARROS BOURIE, Enrique. *Op. Cit.* Pág. 807; FEMENIAS S., J. *Op. Cit.* Pág. 386; VERGARA FISHER, Javier. “La Responsabilidad en la Ley de Bases del Medio ambiente”. BERMÚDEZ SOTO, J. *Op. Cit.* Pág. 396; JANA, Andrés, SCHWENCKE, Juan P., VARAS, Juan Andrés. “La Responsabilidad Civil en el proyecto de ley de bases del medio ambiente: una mirada crítica.” pág. 185.

<sup>121</sup> Historia de la Ley General de Bases del Medio Ambiente. P. 702, Discusión en Sala.

<sup>122</sup> ALESSANDRI R., Arturo. SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. “Tratado de Derecho Civil” Parte preliminar y general. Tomo II. Editorial jurídica de Chile. Séptima Edición. 2011.pág. 485

<sup>123</sup> ALESSANDRI R., Arturo. SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Op. Cit.* Pág. 488.

Así las cosas y al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley N° 19.300, se advierte por la sola redacción, que la presunción contenida es una de carácter simplemente legal, por lo tanto, es perfectamente dable que el demandado desvirtúe el hecho conocido -que hace operar tal presunción- en uso de cualquiera de los medios de prueba establecidos en conformidad a la ley.

Esto pues, como ha sido señalado desde antaño y por múltiples autores “[l]as presunciones legales, tanto absolutas como relativas, no constituyen un medio de prueba, sino una exención o dispensa de la misma; lo único que la ley hace, dice PLANIOL, es transportar la carga de la prueba del favorecido con la suposición de la ley al perjudicado.”<sup>124</sup>

### **3.3. Interpretaciones sobre el alcance de la presunción en los elementos de la RDA.**

#### **3.3.1. La presunción del art. 52 LBGMA es de todos los elementos de la responsabilidad.**

Esta fue la primera interpretación que surgió, producto de la redacción del encabezado de la norma: “*Artículo 52: Se presume legalmente la **responsabilidad** del autor del daño ambiental*”. Sin embargo, la doctrina ha sido enfática en criticar esta desafortunada redacción. A su vez, la historia fidedigna de la LBGMA señala expresamente que la presunción sólo tiene por objeto la presunción de la culpa.

En este mismo sentido, PINO REYES y PIZARRO TORREALBA, afirman “[n]o nos detendremos en la crítica que nos merece el enunciado del artículo respecto a su alusión a presumir la responsabilidad, cuestión que ya estimamos superada por cuanto como se expresó, en este caso sólo se presume la culpa del agente y no todos los elementos que configuran la obligación de reparar el daño causado.”<sup>125</sup>

#### **3.3.2. La presunción del art. 52 LBGMA sólo incide sobre la culpa.**

---

<sup>124</sup> ALESSANDRI R., Arturo. SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Op. Cit.* Pág. 490.

<sup>125</sup> PINO REYES, Octavio y PIZARRO TORREALBA, Eduardo. *Responsabilidad Civil Extracontractual por Daño Ambiental*, Ed. jurídica Cono sur, Santiago, 2001, pág. 105.

La doctrina, mayoritariamente, ha manifestado que la presunción sólo se extiende sobre el factor de imputación, en este sentido BERMÚDEZ “La presunción sólo exime de la prueba del elemento subjetivo (dolo o culpa), con lo que será necesario acreditar tanto el daño al medio ambiente, como la relación causal de aquél con la infracción”.<sup>126</sup>

A su vez, BASTIÁN PASTÉN y GONZALO PAROT “[s]i bien el modelo mantiene un régimen general de responsabilidad por culpa que exige verificar la infracción a un deber abstracto de conducta, la Ley 19.300, en su artículo 52, establece una presunción legal de culpa para aquellos casos en que el autor del daño ha cometido una infracción a la normativa ambiental. Con todo, sigue siendo perentorio demostrar un vínculo causal entre la acción del demandado y el daño ambiental.”<sup>127</sup>

Empero, estando de acuerdo en que lo presumido es la culpa, no deja de ser curioso que el profesor BERMÚDEZ diga que la presunción cubre también al dolo, en circunstancias que el dolo nunca ha de presumirse, puesto que, lo presumido -por regla generalísima- es la buena fe, un principio general del derecho, y, por lo tanto, la única forma de soslayar tal axioma es que el legislador lo señale expresamente.

### **3.3.3. La presunción del art. 52 LBGMA se extiende sobre la culpa y causalidad**

Contrariamente a lo sostenido por la doctrina mayoritaria, el profesor FEMENÍAS ha desarrollado una tesis -no exenta de críticas- que reinterpreta la presunción del art. 52 LBGMA, haciéndola extensiva al elemento causal. A su vez, DELGADO SCHNEIDER le secunda, señalando que “Es importante advertir que por el tenor literal de la norma (que presume responsabilidad) podría considerarse una presunción de causalidad, aunque la mayoría de los fallos que se refieren al tema la estiman de culpabilidad.”<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> BERMÚDEZ SOTO, J. *Op. cit.* pág. 397.

<sup>127</sup> PASTÉN D., Bastián, PAROT H. Gonzalo. “Diversificación de la Reparación del Daño Ambiental en Chile: perspectivas para los Planes de Reparación”. *Revista de Justicia Ambiental*, Año IV, diciembre 2012, pp. 172.

<sup>128</sup> DELGADO SCHNEIDER, Verónica, *Op. Cit.* pág. 68

Los principales argumentos -sintéticamente- que plantea el citado autor para defender su postura son los siguientes<sup>129</sup>:

- i. El tenor literal del art. 52 LBGMA, puesto que el inciso final menciona que “Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización en <<este evento>> si se acreditare relación de causa a efecto” a su juicio, e interpretando a contrario sensu, para obtener la reparación del daño ecológico puro en aquellos casos en que su autor incurre en una conducta de las tipificadas en el inciso 1º, (que es el <<otro evento>> del que habla la norma), no se deberá acreditar la relación de causalidad, pues de lo contrario el inciso segundo carecería de justificación y explicación.
- ii. El autor invoca que esta ha sido la solución dada en el derecho comparado, así cita la Directiva 2004/35/CE, la ley de Responsabilidad Medioambiental Española, y la Ley Ambiental para el desarrollo sostenible del Estado de Colima en México. Así, en estos tres cuerpos normativos se indica que el demandado -quien creó el riesgo- debe soportar los costos y esfuerzos en acreditar que su actuar no está vinculado causalmente al daño alegado.
- iii. Tratándose de daños ecológicos puros se debería considerar que: (i) si alguien desarrolla una actividad es de suponer que lo hace del modo menos daño, y es él quien está en mejores condiciones de demostrarlo; (ii) existe una variedad de fuentes de contaminación cuyos efectos no son bien conocidos; (iii) los demandados tienen mejor acceso a la información y mayores recursos para invertir en la prueba relativa a la causalidad.
- iv. La naturaleza jurídica del bien tutelado por el Derecho Ambiental insta a la búsqueda de soluciones que superen las ataduras de la responsabilidad civil extracontractual y de las instituciones y principios que lo rigen.

Por otro lado, la judicatura especializada ha tenido la posibilidad de pronunciarse al respecto en los siguientes términos:

#### A. Postura del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

---

<sup>129</sup> FEMENÍAS, J. *Op. Cit.* pág. 349-356.

Tengamos presente que, sólo se han dictado un total de nueve sentencias en procedimientos de reparación por daño ambiental<sup>130</sup>, y en tres casos la decisión ha sido condenar a la reparación, por lo tanto, el análisis queda circunscrito a estas sentencias:

- i. En el caso de extracción de áridos del Río Duqueco, el Tribunal señaló expresamente que:

*“Es razonable suponer que si se infringe una disposición cuya finalidad es proteger, preservar o conservar el medio ambiente, y se producen los efectos que dicha normativa ha querido justamente evitar, **se presume legalmente que el infractor es el causante de ese daño. Una interpretación en contrario, limitándola solo a la culpa, sin reparar en la finalidad de la norma, no sería coherente con las particularidades que presenta la responsabilidad en materia de daño ambiental, especialmente en cuanto a las dificultades para la determinación de la causalidad. En este sentido, para que la presunción cubra el nexo causal, se requiere que el daño quede comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida.**”*<sup>131</sup> (énfasis agregado).

Y, continúa, *“La extensión de la presunción contenida en el art. 52 al nexo causal, encuentra respaldo también en lo señalado en el inc. 2 de dicho precepto, pues ello lo hace para diferenciarse en aquellos casos en que se presume el nexo causal, como el de la acción reparatoria.”*<sup>132</sup> (énfasis agregado).

- ii. En el caso tranque de relave las Palmas, nuevamente el Tribunal invocó el criterio ya asentado, a saber,

*“es razonable sostener que si se infringe una disposición cuya finalidad es proteger, preservar o conservar el medio ambiente, y se producen los efectos que dicha normativa ha querido evitar, se presume legalmente que el infractor es el causante del daño. [...]*

---

<sup>130</sup> A la fecha 27 de noviembre de 2017 sólo se han dictado 9 sentencias en procedimientos de reparación de daño ambiental. Véase directamente en la plataforma digital del Segundo Tribunal ambiental. <http://www.tribunalambiental.cl/demandas-por-reparacion-de-dano-ambiental/>

<sup>131</sup> Sentencia de 29 de noviembre de 2014. Segundo Tribunal Ambiental. Causa rol N°D-6-2013. Considerando 25.

<sup>132</sup> Sentencia de 29 de noviembre de 2014. Segundo Tribunal Ambiental. Causa rol N° D-6-2013. Considerando 26.

*En este sentido, para que la presunción cubra el nexo causal, se requiere que el daño quede comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida*<sup>133</sup> (énfasis agregado).

- iii. En el caso Quebrada de la Plata, si bien se repite la interpretación ya apuntada, presenta la novedad que los sentenciadores se basan en el derecho comparado como fundamento para la aplicación extensiva de la presunción del art. 52 LBGMA:

*“Corresponde a continuación determinar si el daño se puede imputar causalmente a la acción u omisión culposa ya establecida por este Tribunal precedentemente. A este respecto, tal como resolvió este Tribunal en causa Rol D-14-2014, **la presunción del artículo 52 de la Ley 19.300 se extiende también a la causalidad.** En concepto del Tribunal todas las infracciones que dan origen a la presunción lo son respecto de normativa que busca proteger, preservar o conservar el medio ambiente, es decir, tienen una finalidad específica. **No se trata de cualquier disposición, sino de aquellas cuyo objetivo es evitar que se produzca un daño, no cualquiera, sino ambiental.** Por lo tanto, desde el punto de vista del infractor, éste no incurre en un incumplimiento a una obligación de cuidado ordinaria, sino que infringe un deber específico que se le exige para un fin determinado, esto es, evitar un daño ambiental.”*<sup>134</sup> (énfasis agregado).

*“En este sentido, **para que la presunción cubra el nexo causal, se requiere que el daño quede comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida.**”*<sup>135</sup> (énfasis agregado).

*“Un fundamento similar al señalado, es el que explica en derecho comparado los casos de **presunción legal del nexo causal, en virtud de lo que se ha denominado "idoneidad del daño causado"**.*<sup>136</sup> (énfasis agregado)

De lo anterior, se colige una clara postura del Segundo Tribunal Ambiental, consistente en que una vez acreditada la infracción de alguna norma de protección, preservación o conservación

---

<sup>133</sup> Sentencia de 24 de agosto de 2016. Segundo Tribunal Ambiental. causa rol N° D-14-2014. Considerando 150.

<sup>134</sup> Sentencia de 06 de enero de 2017. Segundo Tribunal Ambiental. Causa rol D-15-2015 (acumulada la D-18-2016) Considerando 55°.

<sup>135</sup> Sentencia de 06 de enero de 2017. Segundo Tribunal Ambiental. Causa rol D-15-2015 (acumulada la D-18-2016) Considerando 56°.

<sup>136</sup> Sentencia de 06 de enero de 2017. Segundo Tribunal Ambiental. Causa rol D-15-2015 (acumulada la D-18-2016) Considerando 57°.

ambiental, la presunción se extenderá al nexo causal, con la sola salvedad de que el daño quede comprendido en el ámbito de protección de la norma.

#### B. Postura del Tercer Tribunal Ambiental.

Por su parte, ha dictado cuatro sentencias en procedimientos de reparación por daño ambiental.<sup>137</sup> y sólo ha condenado en dos ocasiones a la reparación, siendo en ambos casos más restrictivo -que el Segundo Tribunal Ambiental- a la hora de considerar si una norma es o no de protección, preservación o conservación ambiental, dando como resultado que no ha aplicado la presunción del art. 52 LBGMA, y ha procedido con las reglas generales de la RDA, buscando acreditar todos los elementos de la responsabilidad en base a la prueba aportada en el proceso. En consecuencia, aún no se ha pronunciado sobre la posibilidad de extender la presunción a la causalidad.

Con todo, ha dado algunas luces interesantes sobre lo que podría esperarse de una futura aplicación del art. 52, por cuanto, los ministros han estimado que la Ley N° 19.300 estructuró la RDA, primeramente, en base a un sistema de RCE por culpa, pero que si el actor invoca y prueba que se ha infringido una norma de protección, preservación o conservación ambiental, operará una RDA de corte infraccional.

Así, en el considerado cuadragésimo séptimo del caso desborde del río Chifín, el tribunal menciona que “[c]on relación a la culpa, la LBGMA, establece dos posibilidades para su evaluación. La primera de ellas, se encuentra consagrada en el art. 51 LBGMA por la que se hace responsable a todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental. En forma supletoria, la misma disposición se remite al régimen general de culpa o dolo de la responsabilidad extracontractual, contenida en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, en todo lo no previsto por la LBGMA o por leyes especiales. En tanto, **la segunda posibilidad corresponde a la culpa infraccional** (art. 52 LBGMA), por la que se presume legalmente la responsabilidad ambiental del autor del daño ambiental, ante la infracción de ciertas normas.”<sup>138</sup> (énfasis agregado).

---

<sup>137</sup> Consultado en <http://www.tercertribunalambiental.cl/demandas-de-reparacion-por-dano-ambiental/> a la fecha 24 de noviembre de 2017.

<sup>138</sup> Sentencia de 21 de junio de 2016. Tercer Tribunal Ambiental. Rol D-03-2014. Considerando 47°.

Esto será determinante en la tesis y conclusiones que esbozaremos en los siguientes párrafos, por lo que en breve lo retomaremos.

### 3.3.3.1. Problemas que genera extender la presunción sobre la causalidad.

Antes que todo, es claro que esta aplicación extensiva que ha desarrollado el Segundo Tribunal Ambiental tiene un objetivo bien intencionado, así, lo que se pretende es ayudar o facilitar al demandante con la *-siempre-* dificultosa tarea de acreditar en juicio el nexo causal entre el hecho (acción u omisión) y el daño ambiental.

Sin embargo, no podemos dejar de recordar y sostener que las buenas intenciones no van ligadas *per se*, con una correcta aplicación del derecho. Específicamente, creemos que la interpretación sostenida por la judicatura ambiental de Santiago posee yerros, a nuestro juicio insoslayables, los cuales pasaremos a detallar.

- i. La interpretación efectuada por el STA no considera la historia fidedigna de la Ley N° 19.300, pues como ya señalamos, el establecimiento de la presunción del art. 52 tenía por objeto aliviar al demandante de la carga probatoria del elemento subjetivo, vale decir, la culpa, y, nunca se consideró incluir al nexo causal en la inversión del *onus probandi*;
- ii. En este sentido, la Ley N° 19.300 -en un análisis de *lege lata-*, se estructuró de acuerdo a un sistema de responsabilidad por culpa<sup>139</sup>, lo que demuestra la opción que tomó el legislador de considerar inapropiado el uso de un sistema objetivo de responsabilidad en materia ambiental. Con todo, el legislador consideró lógico consagrar una presunción de culpa en favor del actor para alivianar la prueba. Sin embargo, la interpretación extensiva de la presunción del art. 52 LBGMA supone exceder sus límites e imponer, de facto, un sistema de responsabilidad más gravoso que uno objetivo -aquello que el Legislador de manera expresa prefirió evitar-. ¿Por

---

<sup>139</sup> Efectivamente el primigenio proyecto de ley de bases del medio ambiente intentó consagrar un sistema de naturaleza objetiva, empero, finalmente se descartó, debido a -entre otros- nuestra tradición jurídica del derecho común, donde la negligencia ocupa un sitial esencial.

qué sostenemos que esta interpretación sería más gravosa que un régimen objetivo? primero, porque que de un mismo hecho base, se presumirán dos circunstancias desconocidas (el factor de imputabilidad y la causalidad), en segundo lugar, porque en un sistema estricto, es el actor quien debe probar el nexo causal, pero, en este sistema de doble presunción, la prueba recae en el demandado, y, en tercer lugar, el hecho a probar por el demandado sería uno negativo, es decir, que “él no causó el daño”, lo que va en contra de los principios procesales generales sobre la prueba, además de ser evidentemente más complejo que acreditar un hecho positivo;

- iii. A mayor abundamiento, hay que recordar que las presunciones son una institución de derecho estricto, lo que quiere decir que se deben de interpretar de manera restringida, es decir, a los casos que expresamente señale el legislador, sin quedar permitida una aplicación por extensión ni analogía. Claramente, con esta interpretación aquello no se verifica;
- iv. En esta senda, podemos ver el ejemplo de España, que al momento de legislar distinguió entre un régimen de responsabilidad aplicable a las actividades de potenciales mayores riesgos, de aquellas que no tienen estas características, consagrando expresamente una presunción legal de causalidad sobre las primeras. ESTEVE PARDO nos ilustra “Respecto a las actividades del anexo III la solución es rotunda y novedosa en nuestro ordenamiento (...) consiste en establecer una presunción de causalidad en la actividad de ciertos operadores cuyas actividades generan mayor riesgo ambiental. Tiene ello como consecuencia fundamental la inversión de la carga de la prueba”<sup>140</sup>. Otro ejemplo, es el caso de Alemania, con su Ley de Responsabilidad Medioambiental, la que establece una presunción en contra de las instalaciones industriales.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> ESTEVE PARDO, José. “Derecho del Medio Ambiente” 3era Ed. Ed. Jurídicas y Sociales S.A. 2014, pág. 100 (art. 3.1. párrafo segundo de la LRM española)

<sup>141</sup> En este sentido, ESTEVE aclara que las organizaciones industriales alemanas se manifestaron abiertamente en contra de tal presunción, argumentando que se dejaba a la industria en una situación de permanente sospecha. Estas objeciones fueron tomadas en consideración por el legislador alemán, quien recogió en la LRM una cláusula en virtud de la cual esa presunción negativa no operaba si la instalación había venido acreditando, a través de los pertinentes controles y fiscalizaciones, el cumplimiento de la normativa ambiental. ESTEVE PARDO. *Op. Cit.* pág. 101. A nuestro juicio, esta sería una excelente innovación legislativa para nuestro país, en el caso de incluir una presunción de causalidad.

- v. Así las cosas, no resulta descabellado plantear, que, a pesar de lo bien intencionado del uso extensivo de la presunción, habría un manifiesto vicio de casación en el fondo en estas sentencias de condena, por cuanto se estaría dando una falsa interpretación y aplicación de la ley a un caso concreto, circunstancia que el legislador no pensó con la mentada presunción.
- vi. Finalmente, y en base a todos los argumentos expuestos, pensamos que la forma en que ha sido construida esta doble presunción no es armónica con el sistema de RDA consagrado en la Ley N° 19.300, y, que la manera, más perfecta, de soslayar esta deficiencia, sería por medio de una reforma de *lege ferenda*.

Ahora bien, y ante la dificultad que presenta tal hecho -reforma de *lege ferenda*-, permítasenos plantear dos opciones que también buscan aliviar al demandante de la carga de probar la causalidad, sin caer en los yerros mencionados.

### **3.3.3.2. Planteamiento de posibles soluciones ante la imposibilidad de aplicar extensivamente la presunción del art. 52 LBGMA al nexo causal.**

- a. **En Chile la RDA opera como un sistema por culpa presumida e “infracional”.**

Como ya hemos dicho la Ley N° 19.300 consagró un sistema de RDA basado en la negligencia, luego, y sin perjuicio de ello, el legislador consideró oportuno y armónico instaurar una presunción de culpa, alivianando la dificultosa tarea probatoria del demandante. Hasta el momento nada nuevo. Sin embargo, ¿Qué quiere decir que un régimen de responsabilidad sea infracional?

Desde un punto de vista teórico la responsabilidad infracional o también llamada “culpa contra la legalidad” supone, en términos simples, que el estándar o deber de cuidado viene dado por el legislador, así la norma jurídica que se imputa infringida es la misma que fija un nivel de diligencia.

En igual sentido, se ha dicho que es un “[c]riterio de atribución de responsabilidad civil extracontractual o categoría especial de culpabilidad, que consiste en imputar la contravención de una norma jurídica específica del ordenamiento que establece un deber de cuidado”<sup>142</sup>.

Pero, ¿Qué relación tiene con la RDA? el vínculo está en que cuando se infringe una norma ambiental de protección, preservación o conservación ambiental, (que son aquellas que hacen operativa la presunción de culpa) se está pasando por sobre un estándar legal de cuidado, por lo tanto, la regla general en materia de RDA será que al momento de infringirse el derecho ambiental, no sólo se presume la culpa, sino también se le imponga inmediato un estándar de prueba al demandado, ya que como acabamos de explicar, en materia ambiental la responsabilidad está estructurada como un sistema de cumplimiento de estándares.

Esto ha sido reconocido por la Excma. Corte Suprema que ha señalado “[e]l criterio de culpa infraccional está expresamente recogido por la Ley de Bases del Medio Ambiente, en cuya virtud se presume responsabilidad”<sup>143</sup>

Ahora bien, ¿Qué efectos prácticos puede tener tal reconocimiento? Primero, hay que señalar que no es pacífico en la doctrina nacional cual es el efecto que se le atribuye a la responsabilidad infraccional, así para algunos será el de presumir la responsabilidad<sup>144</sup> y, para otros, presunción del factor de imputabilidad, o sea, la culpa<sup>145</sup>, y en este último caso ¿Cuál sería la

---

<sup>142</sup> BASSI DÍAZ, Francisco Giuseppe. *Visión crítica de la culpa infraccional como criterio de atribución de responsabilidad extracontractual*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho U. de Chile. Santiago. 2015. pág. 57.

<sup>143</sup> Excma. Corte Suprema Causa Rol N° 4033-2013. 03.10.2013. L.P. N° 66343. En el mismo sentido: CS. Causa Rol N° 21327-2014. 20.11.2014. L.P. N° 80185; CS. Causa Rol N° 466-2014. 17.11.2014. L.P. N° 79848; CS. Causa Rol N° 396-2009. 20.04.2011. L.P. N° 48603. *Visto* en GIUSEPPE, Francisco. *Op cit.* pág. 87.

<sup>144</sup> Postura del jurista PABLO RODRÍGUEZ GREZ: sostiene que, ante la infracción de un mandato legal, basta la acreditación de la conducta desplegada para generar responsabilidad en el agente, sin necesidad de recurrir al juicio de culpabilidad. Su fundamento radica en la consideración de la contravención de cualquier norma del sistema como la expresión de un déficit de seguimiento al deber general de todo ciudadano de respetar el ordenamiento jurídico, de lo cual se derivaría como consecuencia una especie de sanción civil que se traduciría en el surgimiento de la obligación reparatoria que impondrá al infractor la obligación de indemnizar el mal causado. RODRÍGUEZ, Pablo, “Responsabilidad Contractual”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012. p. 143-144. viene de Francisco Giuseppe. *Op cit.* pág. 85. También, Amunátegui Perello, quien, en el contexto de la teoría de las inmisiones, señala: “Este es un típico caso de culpa infraccional o culpa contra la legalidad, toda vez que el quebrantamiento de la norma gatilla la responsabilidad del autor” AMUNÁTEGUI, Carlos. “Acción de responsabilidad y teoría de las inmisiones”. En XI Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2013), p. 61.

<sup>145</sup> De este modo, el profesor BARROS: “Técnicamente la culpa infraccional es una presunción de culpabilidad, porque admite las excusas que se analizaron en su momento” BARROS, Enrique, *Op. cit.* (n. 2) p. 143. En igual sentido, Carlos Pizarro sostiene, en el contexto del análisis de los daños en la actividad de la construcción, que: “(...) estaríamos en presencia de una culpa infraccional, teoría que entiende que se presume la culpa desde el momento que se infringe una norma que establece un

diferencia con un sistema por negligencia presumida?, creemos que es una sutileza, básicamente que el deber de cuidado viene construido por el legislador, por lo tanto, el demandado deberá acreditar si cumplió o no con el mandato legal (se objetiviza la culpa), por el contrario, si no hay culpa infraccional y solamente una presunción de negligencia, el demandado deberá, además de acreditar que actuó diligentemente, construir el estándar de cuidado esperable en la situación específica (alude a la previsibilidad). En conclusión, lo que se verá modificado será la forma de descargar la presunción que pesará sobre el demandado.

Como ya lo habíamos adelantado, creemos que el Tercer Tribunal Ambiental está encausando su interpretación del art. 52 LBGMA en esta línea, pues ha sostenido que:

*“La LBGMA, establece dos posibilidades. La primera de ellas, se encuentra consagrada en el art. 51 LBGMA por la que se hace responsable a todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental. En forma supletoria, la misma disposición se remite al régimen general de culpa o dolo de la responsabilidad extracontractual, contenida en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, en todo lo no previsto por la LBGMA o por leyes especiales. En tanto, **la segunda posibilidad corresponde a la culpa infraccional** (art. 52 LBGMA), por la que se presume legalmente la responsabilidad ambiental del autor del daño ambiental, ante la infracción de ciertas<sup>146</sup>. Empero, aún no ha tenido ocasión de aplicar tal interpretación, pues dentro de las dos sentencias sobre reparación ambiental, no ha estimado procedente la presunción, y, en consecuencia, el demandante ha tenido que acreditar cada uno de los elementos de la responsabilidad.*

Por el contrario, el Segundo Tribunal Ambiental no ha realizado tal construcción jurídica, sino que, extiende directamente la presunción del art. 52 al nexo causal, acuñando como fundamento que *“para que la presunción cubra el nexo causal, se requiere que el daño quede comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida”*<sup>147</sup>

---

comportamiento debido”. PIZARRO, Carlos. “Daños en la construcción, fuerza mayor y terremotos”. En: XXXIV Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2010), pp. 171-172, n. 21°

<sup>146</sup> Tercer Tribunal Ambiental. Sentencia de 21 de junio de 2016. Rol D-03-2014. Considerando 47°.

<sup>147</sup> Segundo Tribunal Ambiental. Sentencia de 06 de enero de 2017. Causa rol D-15-2015 (acumulada la D-18-2016) Considerando 56°.

De un análisis exhaustivo, pareciera ser que indirectamente -no lo dicen expresamente los sentenciadores-, el Segundo Tribunal Ambiental estaría proponiendo un régimen infraccional ambiental, ya que al hablar de que el daño quede comprendido en el ámbito de protección de la norma es similar a señalar que la misma establezca un estándar mínimo de cuidado.

En definitiva, esta podría ser una fórmula jurídica para evitar que el actor tenga la carga de probar el nexo causal, aunque, como ya dijimos, no es pacífico en la doctrina ni jurisprudencia que la responsabilidad infraccional tenga como efecto presumir la responsabilidad, por el contrario, la mayoría de autores considera que sólo atañe al elemento subjetivo o culpa.

**b. El uso de las presunciones judiciales para dar por acreditado el vínculo causal.**

El art. 35 de la Ley N° 20.600 consagra la libertad probatoria en el procedimiento de reparación por daño ambiental, agregando que la prueba se valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

*“Artículo 35.- De la prueba. El Tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la desestime. **En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.** Serán admisibles todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos y que sean aptos para producir fe.”* (énfasis agregado).

A su vez, el art. 47 de la Ley N° 20.600 establece un régimen de supletoriedad normativa a los procedimientos regulados, reenviando a los libros I y II del Código de Procedimiento Civil (CPC).

*“Artículo 47.- Normas supletorias. A los procedimientos establecidos en esta ley se les aplicarán supletoriamente las disposiciones contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.”*

Por lo tanto, considerando que la Ley N° 20.600 no regula las presunciones judiciales como medios de prueba, sino que se remite a las normas del CPC, sería plenamente aplicable el art. 426 del referido código, que señala:

*“Art. 426 Las presunciones como medios probatorios, se regirán por las disposiciones del artículo 1712 del Código Civil. Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.”*

Así las cosas, se ha sostenido que las presunciones judiciales, también llamadas simples o del hombre, son las que establece el juez fundado en las circunstancias o antecedentes concomitantes o subsiguientes al hecho principal que se examina<sup>148</sup>. En este sentido, una sola presunción puede ser plena prueba (aplicando las reglas de un sistema de prueba legal o tasada, como lo es el procedimiento civil ordinario, con mayor razón se podrá en un sistema de valoración con sana crítica que no posee otros límites que la lógica, el conocimiento científico afianzado y las máximas de la experiencia).

Sin embargo, para que sea procedente se debe cumplir con los criterios de gravedad y precisión suficientes, lo que además tiene plena vinculación con el art. 35 de la Ley N° 20.600 que señala que “[e]n general, tomará en especial consideración la **multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice**, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.” (énfasis agregado).

En este sentido, lo que planteamos es la posibilidad que tienen los jueces ambientales para que, en uso de la herramienta de las presunciones judiciales, den pie a presumir el vínculo causal. Esto no es algo inédito, así en el derecho comparado, por ejemplo España, ya lo han dicho algunos autores, no sin algunos resquemores v.gr. “[i]nevitablemente se hace entrar en juego la subjetividad de los juzgadores, al obligarles a realizar una operación mental de enlace entre un hecho base y un hecho consecuencia, lo que deben hacer de un modo coherente y racional; se ha de llevar a cabo una verdadera prueba indiciaria, es decir, un proceso mental que conecta, partiendo de la certeza de

---

<sup>148</sup> ALESSANDRI R., Arturo. SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Op. Cit.* Pág. 485.

determinados hechos a dar otros por ciertos llegando a la conclusión de que efectivamente han existido tales hechos cuestionados...”<sup>149</sup>

Incluso, en nuestro país encontramos autores que han dicho que “[a] falta de antecedentes para asumir una presunción legal, los jueces pueden construir una presunción judicial en concreto sobre la base del juicio de expertos”<sup>150</sup>. Por lo tanto, si se piensa -como lo creemos- que en nuestro régimen de RDA no existe una presunción legal de causalidad, esta circunstancia no es óbice para que, en un proceso de reparación ambiental, los sentenciadores tengan por acreditado el nexo causal a partir de la herramienta de las presunciones judiciales.<sup>151</sup>

A mayor abundamiento, nuestra Excma. Corte Suprema ha resuelto que en materia ambiental determinados hechos permiten inferir el daño y la relación de causalidad, así en el caso de daño a la cuenca de la Pampa del Tamarugal:

*“Quinto: Que el contenido de las reseñadas evidencias probatorias permite inferir que la conducta dolosa de la demandada ha causado un menoscabo a la cuenca Pampa del Tamarugal, ubicada en pleno desierto de Atacama, por la explotación no autorizada de aguas subterráneas cuya disponibilidad escasa, es indispensable para la preservación de dicho ecosistema. Con lo anterior queda demostrada la relación de causalidad entre la conducta imputada a la demandada y la intensificación del agotamiento hídrico que sufre la zona. Por estas razones debe calificarse que la actuación de la demandada ha causado un daño ambiental significativo y que, concurriendo relación de causalidad entre ambos, debe ser reparado.”*<sup>152</sup> (énfasis agregado).

Finalmente, la facultad de los jueces -en estos casos los Tribunales Ambientales- para utilizar presunciones judiciales ha sido plenamente respaldada por la nutrida jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema<sup>153</sup>, por cuanto, en reiteradas ocasiones ha señalado que es una facultad de los

---

<sup>149</sup> MORENO TRUJILLO, Eulalia María. La protección jurídico-privada del medio ambiente responsabilidad por su deterioro, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, [inédita] Universidad de Granada España. 1990. Pág. 389. Viene de Femenías S., J. *Op. Cit.* pág. 357

<sup>150</sup> BARROS BOURIE, Enrique. *Op. Cit.* pág. 808.

<sup>151</sup> FEMENÍAS. S, J. *Op. Cit.* pág. 357.

<sup>152</sup> Sentencia de fecha 28.11.2011. Excma. Corte Suprema. causa rol ingreso 5826-2009.

<sup>153</sup> La calificación de gravedad, precisión y concordancia de las presunciones constituyen un proceso racional de los sentenciadores en el cual son soberanos. Sentencia de fecha 13.10.2004. Excma. Corte Suprema, causa rol ingreso 2434-2004; Sentencia de fecha 24.06.2004. Excma. Corte Suprema, causa rol 1262-2004; “No son susceptibles de ser revisadas por la vía

sentenciadores del fondo del asunto, quienes poseen plena libertad para la construcción y determinación de la fuerza probatoria de las presunciones, sin ser susceptibles de impugnación por medio del recurso de casación en el fondo.

### **3.3.3.3. Eventuales ventajas de estas dos soluciones.**

- i. La primera ventaja es que no es necesario realizar ninguna reforma de *lege ferenda*, por consiguiente, estas interpretaciones, son plenamente aplicables por los Tribunales Ambientales sin mayor dilación en los procesos que actualmente se ventilen.
- ii. En esa misma senda, ambos mecanismos buscan ayudar al demandante de la siempre difícil prueba del nexo causal en juicio, que se acentúa en materia ambiental donde es aún más complejo, debido a las sensibles interrelaciones de los servicios ecosistémicos y sus elementos, ya que un daño en un componente ambiental, v.gr. al elemento suelo, puede repercutir directa e indirectamente en las aguas, en el aire, en la salud de las personas y/o en el desarrollo de especies de flora y fauna, incluso luego de muchos años, como consecuencia de la acumulación de daños con efectos sinérgicos.
- iii. Ambas interpretaciones sostenidas anteriormente, son plenamente armónicas con la estructura de la RDA en nuestro ordenamiento jurídico, pues respetan a cabalidad el sistema de responsabilidad por culpa consagrado, dándole una interpretación restrictiva a la presunción de culpa y facultando a los jueces del fondo para construir presunciones judiciales (siempre que sean graves, precisas y concordantes).
- iv. Finalmente, es importante destacar que estas interpretaciones -sobre todo las presunciones judiciales- se encuentran protegidas de una eventual impugnación por vía de casación en el fondo, ya que, por un lado, no se le está dando una falsa aplicación/extensión al art. 52 LBGMA, y, por otro, la Excma. Corte Suprema ya ha dicho que las presunciones son una

---

de la casación las decisiones de los sentenciadores basadas en disposiciones que le otorgan libertad en la justipreciación de los diversos elementos probatorios.” Sentencia de fecha 11.11.2008. Excma. Corte Suprema, causa rol ingreso 2434-2007; Sentencia de fecha 21.05.2011. Excma. Corte Suprema, causa rol ingreso 4267-2011; Sentencia de fecha 09.07.2012. Excma. Corte Suprema, causa rol ingreso 2555-2012.

facultad de los jueces del fondo que no es susceptible de ser impugnada por un recurso de derecho estricto.

### **3.4. ¿Cuándo entra en funcionamiento la presunción de culpa del artículo 52 LBGMA?**

De acuerdo al tenor literal, del inciso primero del artículo 52, la presunción opera cuando concurre una infracción a las normas enunciadas, a saber:

*“Artículo 52.- Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a:*

*(i) las normas de calidad ambiental; (ii) a las normas de emisiones, (iii) a los planes de prevención o de descontaminación, (iv) a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o (v) a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.”*

De este modo, el objeto de este acápite es realizar un análisis sobre las normas, cuya infracción, hacen operativa la presunción. Sin embargo, nuestros mayores esfuerzos se orientarán en desentrañar las normas de la parte final de la presunción, es decir, aquellas reglas sobre protección, preservación o conservación ambiental, puesto que, a nuestro juicio lo que a primera vista parecía ser una enumeración taxativa, con la introducción de estas últimas, se convierte en una presunción genérica de culpa.

#### **3.4.1. Infracción a normas de calidad ambiental y normas de emisión.**

En cuanto a la inclusión de estas normas en el catálogo que establece el art. 52, la doctrina ha señalado que “[p]areciera ser un “yerro” legislativo, esto pues, en la práctica y atendido el concepto y forma en que operan las normas primarias y secundarias de calidad ambiental, será imposible que el titular de una actividad o proyecto, o el ejecutor de una acción u omisión que daña el medio ambiente vulnere una norma de calidad ambiental. Ellas, como se dijo, fijan niveles tolerables de contaminación de un medio ambiente determinado, nivel al que contribuye una multiplicidad de agentes y de emisiones (incluso provenientes de la naturaleza). Por lo que, salvo un

caso de laboratorio, será muy poco probable que la actuación de una sola persona vulnere la norma. A ello se agrega que el destinatario de las normas de calidad ambiental no es el ciudadano común, sino el Estado”<sup>154</sup>

### **3.4.2. Infracción a los planes de prevención o descontaminación.**

Estos instrumentos se encuentran definidos en el Reglamento que fija el procedimiento y etapas para establecer planes de prevención y de descontaminación, así el art. 2, sobre el plan de descontaminación: “Es un instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad recuperar los niveles señalados en las normas primarias y/o secundarias de calidad ambiental de una zona saturada” y, el plan de prevención: “Es un instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad evitar la superación de una o más normas de calidad ambiental primaria o secundaria, en una zona latente”.

Por lo tanto, la presunción operará como una suerte de culpa infraccional, pues el deber de cuidado estará construido por el mandato de la norma, así una vez verificado el hecho que supera el estándar permitido por la norma, surgirá la responsabilidad para el regulado que la infringió.

### **3.4.3. Infracción a regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental.**

La inclusión de estas normas corresponde a otro error legislativo, pues estas normas se encontraban consagradas en el antiguo artículo 49 del Proyecto de Ley aprobado por el Congreso. Como lo señala el profesor FEMENÍAS “[c]onforme consta en la historia fidedigna del establecimiento de la LBGMA, “[t]anto el artículo 49 del Proyecto de Ley aprobado por el Congreso, como el epígrafe que le precede («De las situaciones de Emergencia Ambiental») fueron eliminados luego del control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal constitucional, por sentencia de 28 de febrero de 1994. Junto a esto, el Tribunal eliminó otras menciones -pero no todas, inexplicablemente- que en el texto se hacían a dichas situaciones de emergencia ambiental.”<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> BERMÚDEZ SOTO, J. *Op. Cit.* pág. 397.

<sup>155</sup> FEMENÍAS, S, J. *Op. Cit.* pág. 393.

#### **3.4.4. Infracción de normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.**

Sin dudas, esta parte final del inciso primero rompe con la aparente taxatividad de la presunción del art. 52, ya que, de un somero análisis pareciera que en realidad lo que dice esta última frase es, en palabras del profesor BERMÚDEZ, que se “[p]resume la responsabilidad cuando se vulnera el Derecho Ambiental, luego no existe norma alguna que sea parte del ordenamiento jurídico ambiental, y que no tenga por objeto la protección, preservación o conservación del medio ambiente. Tal vez sólo podrían excluirse las normas sobre organización administrativa que se incluyen en la LBGMA como preceptos que quedan fuera de dicho grupo los que por los demás no podría vulnerar un ciudadano o administrado.”<sup>156</sup>

En este mismo sentido, el profesor FERNÁNDEZ BITTERLICH ha dicho que “[e]n estos casos la presunción legal de la responsabilidad del autor del daño es bastante amplia, ya que no sólo incluye normas para prevenir la contaminación, sea ésta de suelo, aire, agua o acústica, sino la infracción de normas relativas a la protección, preservación y conservación de la naturaleza existentes, no sólo en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, sino además en otras leyes especiales, todas las cuales se encuentran vigentes por especial disposición del artículo 1 de la Ley N°19.300.”<sup>157</sup>

Con todo, a pesar de estar de acuerdo con los autores en que la enumeración final rompe la taxatividad y dota de una gran amplitud a la presunción, no nos parece correcta la aseveración de que toda norma que pertenezca al ordenamiento jurídico ambiental tenga por objeto la protección, preservación y conservación del medio ambiente. En este sentido, el mismo autor (Bermúdez) aclara que podrían excluirse normas administrativas que están en la LBGMA.

A nuestro juicio, hay más disposiciones que podrían excluirse, por ejemplo, las normas contenidas en la Ley N° 20.600, que pese a estar contenidas dentro del ordenamiento jurídico ambiental, no tienen como objeto la protección, preservación o conservación del medio ambiente,

---

<sup>156</sup> BERMÚDEZ SOTO., J. *Op. cit.* pág. 398

<sup>157</sup> FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. *Op. Cit.* p. 163.

puesto que son normas de carácter procesal.<sup>158</sup> A su vez, tampoco es correcto señalar que la vulneración del derecho ambiental hace operativa la presunción, por cuanto eso significaría que una vulneración a un principio -no codificado- de derecho ambiental, también daría aplicabilidad al art. 52, en circunstancias que el tenor del texto es claro:

*“[n]ormas sobre protección, preservación o conservación ambientales, **establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.**” (énfasis agregado).*

#### **3.4.4.1. ¿Es posible generar un daño ambiental sin infringir normas sobre protección, preservación o conservación ambiental?**

Creemos que es dable ocasionar un daño ambiental sin vulnerar normas sobre protección, preservación o conservación ambiental. En esta misma senda, el profesor BERMÚDEZ menciona que la presunción de culpa no operará sólo frente a dos situaciones:

- (i) En casos en que el autor del daño esté cumplimiento con la normativa ambiental y no obstante ocasione un daño ambiental. Caso en el cual rige el art. 55 LBGMA, dejando subsistente sólo la acción civil indemnizatoria;
- (ii) Casos en que no exista norma ambiental alguna que haya sido vulnerada. Caso que considera el autor como deficiencia del sistema jurídico ambiental, siendo responsabilidad del Estado.

A su vez, MARÍA ISABEL MALLEA plantea que “[n]o debe pasarse por alto este punto, ya que por lo general el hecho que causa el daño ambiental también estará vulnerando la normativa en la materia. **Y aunque no es lógicamente imposible que se produzca un daño sin violación de una norma ambiental, caso en el cual no operará la presunción de responsabilidad** y deberá probarse el dolo o culpa del hecho dañoso, lo más probable será que infracción y daño constituyan las dos caras de una misma moneda”<sup>159</sup> (énfasis agregado).

---

<sup>158</sup> Cfr. con nota al pie N° 21 respecto del objeto del Derecho Ambiental.

<sup>159</sup> MALLEA, María Isabel. “Las acciones derivadas del daño ambiental y el proceso ambiental en Chile”. Pág. 12, versión digital: [http://www.achidam.cl/achidam\\_publicaciones.html](http://www.achidam.cl/achidam_publicaciones.html) visto con fecha 28 de noviembre de 2017.

En este sentido, la doctrina está conteste en que desde un punto de vista teórico es posible, pero improbable, que se produzca un daño ambiental sin mediar vulneración a normas sobre protección, preservación o conservación del medio ambiente. Esto se puede explicar por dos fenómenos, primero, el caso en que la legislación tolere que alguien produzca un daño ambiental (art. 55 LBGMA), y en segundo, cuando la regulación ambiental sea inexistente o insuficiente, así, en el primer caso, estaríamos en presencia de una laguna normativa ambiental, por ejemplo, un hecho dañoso provoca la extinción de una especie de flora que no había sido catalogada como protegida, y/o, en segundo lugar, si la normativa infringida es ambigua y genera dudas sobre si su bien jurídico protegido es la protección, preservación o conservación ambiental, caso en el cual se deberá desentrañar su objeto de protección, lo que será un cuestión casuística dejada a los jueces del grado.

#### **3.4.4.2. ¿Cuáles son las normas de protección, preservación o conservación ambiental?**

Habiendo dicho que la parte final del inciso primero del art. 52 LBGMA, convierte a la disposición en una presunción taxativamente genérica, cabe preguntarse, entonces, sobre la amplitud que ostenta, así, ¿Cuáles son las normas sobre protección, preservación o conservación ambiental?

En este sentido, una primera aproximación la encontramos en el art. 2 de la LBGMA, que reza:

*“q) **Protección del Medio Ambiente:** el conjunto de políticas, planes, programas, **normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro;***

*p) **Preservación de la Naturaleza:** el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a **asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país;***

*“b) Conservación del Patrimonio Ambiental: el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”*; (lo destacada es nuestro).

Por su parte, la doctrina ha dicho que “[e]l legislador no delimita, en términos precisos, las normas o instrumentos cuya vulneración genera la presunción de responsabilidad. Consagra, en cambio, una enumeración genéricamente taxativa (...) desde una perspectiva formal, las disposiciones contempladas por el legislador se extienden a otras leyes y a disposiciones de naturaleza reglamentaria. Sin embargo, **desde una perspectiva material, resulta difícil determinar cuáles son, en concreto, las normas sobre protección, preservación o conservación ambiental.** En la práctica, ella ha llevado a que regulaciones de naturaleza diversa - v.gr. urbanísticas- hayan sido consideradas pertenecientes a este universo de disposiciones y, por ende, merecedoras de la presunción de responsabilidad en estudio”<sup>160</sup> (énfasis agregado).

Pensamos que lo dispuesto por la LBGMA servirá en la medida en que estemos en presencia de los llamados casos simples, esto es, cuando el bien jurídico protegido (la finalidad de protección, preservación o conservación del medio ambiente) este indicado en términos explícitos en la disposición. Sin embargo, en la práctica existirán casos complejos con normas oscuras, debido a que, en el vasto universo de reglas del ordenamiento jurídico concurren un sinnúmero de normas que no explicitan, en términos formales, los bienes jurídicos que tutelan, y, a su vez, es posible constatar que una disposición puede tener más de un bien protegido en atención a la interpretación que a esta se le dé, de este modo, la verificación de que una norma es de protección, preservación o conservación ambiental, será una cuestión casuística privativa de los jueces del fondo, y que debe ser acreditada por el actor en el juicio de reparación.

Permítasenos plantear un ejemplo de un caso complejo, recordemos los incendios forestales ocurridos en la zona sur de nuestro país en la temporada estival del año 2017, en estos casos se han deducido sendas demandas de reparación ambiental ante el Segundo Tribunal Ambiental<sup>161</sup>, las

---

<sup>160</sup> BERMÚDEZ SOTO, J. *Op. Cit.* Pág. 398-399.

<sup>161</sup> Véase las causas roles D-33-2017 y D-34-207 del Segundo Tribunal Ambiental, en estos casos las Municipalidades de Marchigüe y Paredones han demandado la reparación del daño ambiental causado por los incendios estivales (2017) en sus respectivas comunas.

imputaciones se han dirigido -entre otras- hacia la aplicación del art. 52 de la LBGMA, pues las actoras consideran que se ha incumplido la Ley General de Servicio Eléctrico (LGSE) la que a su juicio es vulnerar una norma de protección, preservación o conservación ambiental.

En estos casos, será el Segundo Tribunal Ambiental quien deberá zanjar la discusión, señalando si considera o no como ambiental aquella normativa. Sin embargo, creemos oportuno levantar insumos para la discusión, pues a nuestro juicio, considerar si una norma es o no de carácter ambiental, supone una labor de hermenéutica, donde el actor es quien deberá acreditar que la norma que señala infringida tiene por objeto la protección, preservación o conservación ambiental, y, finalmente, será el tribunal quien debe interpretar la norma y considerar si concurre el hecho base que hace operar la presunción.

Bajo estas circunstancias, es decir, en los casos difíciles, será necesario recurrir al uso de la hermenéutica legal para desentrañar si la norma que se imputa infringida tiene por objeto la protección, prevención o conservación del medio ambiente. En este sentido, nuestra legislación común consagra una serie de reglas de interpretación, y a nuestro juicio, las más útiles para esta tarea son:

- a. Elemento Histórico: La revisión de la historia fidedigna de la creación de la norma permite develar el objeto que tutela de la misma o el pensamiento del legislador;
- b. Elemento Sistemático: El análisis de la norma en función de otras leyes que regulan el mismo asunto. En este sentido puede resultar útil tener en cuenta el trabajo realizado por el Ministerio del Medio Ambiente en conjunto con el Servicio de Evaluación Ambiental, consistente en la elaboración de un compendio de normas catalogadas como “Normativa Sectorial Relevante” siendo un listado total de 794 normas, clasificadas en distintos criterios, tales como, normas sobre agua, aire, biodiversidad, contaminación lumínica, pueblos indígenas, residuos, y otros temas, siendo, en efecto, una ayuda al momento de desentrañar si la norma que se señale infringida tiene por objeto la protección, preservación o conservación del medio ambiente.<sup>162</sup>

---

<sup>162</sup>  
2017.

Versión digital: [https://www.leychile.cl/Consulta/listado\\_n\\_sel?agr=1020](https://www.leychile.cl/Consulta/listado_n_sel?agr=1020) consultado con fecha 21 de noviembre de

- c. Elemento casuístico: Existe valiosa jurisprudencial emanada de los Tribunal Superiores que han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre en qué casos consideran que una norma es de protección, preservación o conservación ambiental. A continuación, algunos casos:
- i. Excm. Corte Suprema: La infracción a las normas del Sistema Metropolitano de Áreas Verdes y de Áreas de Preservación Ecológica, establecidas en el Plan Regulador Metropolitano de Santiago<sup>163</sup>; La normativa que regula la responsabilidad infraccional por la corta no autorizada establecida en la Ley de Bosques y el D.L. 701/74<sup>164</sup>;
  - ii. ICA de Valdivia: Las disposiciones que regulan la infracción por la corta no autorizada del Alerce, declarado Monumento Nacional por el D.S. N° 490/76<sup>165</sup>;
  - iii. ICA de la Serena: El artículo 30 N° 1 de la Ley N°17.288 sobre Monumentos Naturales que establece la autorización del Consejo de Monumentos para construir en una Zona Típica<sup>166</sup>;
  - iv. 4° Juzgado Civil de Santiago: Ciertas normas de carácter urbanísticas: Así han resuelto los tribunales que “[d]e esta manera, y atendida la infracción a la normativa vigente sobre división de predios rústicos, expuesta en el considerando décimo séptimo precedente, se presume legalmente, el actuar culposo de las demandas”<sup>167</sup>.

Las disposiciones referidas, en los fallos citados, tienen en común establecer una regulación específica que tutela de manera inmediata y directa un componente del medio ambiente (v.gr. el bosque nativo, patrimonio arqueológico, patrimonio histórico, etc.).

---

<sup>163</sup> Considerando Sexto Sentencia de casación, Excm. Corte Suprema, causa Rol 3003-2015; y Considerandos Noveno, Décimo y Duodécimo, Excm. Corte Suprema, causa Rol 3022-2015.

<sup>164</sup> Considerandos Quinto, Sexto y Séptimo, Excm. Corte Suprema Rol 5.027-2008; y Considerandos Vigésimo Séptimo, Excm. Corte Suprema, causa Rol 8593-2012;

<sup>165</sup> Considerando Décimo Sexto, Ilte. Corte de Apelaciones de Valdivia, causa Rol 657-2011;

<sup>166</sup> Considerando Noveno, Ilte. Corte de Apelaciones de La Serena, causa Rol 26.922-2012

<sup>167</sup> 4° Juzgado Civil de Santiago, causa caratulada “Fisco con Inmobiliaria Piedra de Molino” C-7055-2004, sentencia de 21 de agosto de 2008.

Por su parte, los Tribunales Ambientales, también, han tenido oportunidad para pronunciarse, a saber:

A. Postura del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago:

i. En el caso extracción de áridos del Río Duqueco, a propósito de si el Código de Aguas se podría considerar una norma ambiental.

*“Que, de la lectura del artículo 52 como así de la interpretación armónica de la propia normativa ambiental, suponen la posibilidad de contar normas de protección, preservación o conservación ambientales no sólo en la Ley N°19300 o en las leyes consideradas específicamente como de alcance ambiental, sino también en las leyes cuyo objetivo general no es propiamente ambiental o cuyo contenido inmediato no es la protección del medio ambiente como tal, y que son conocidos como legislación de relevancia ambiental deliberada. Uno de estos casos es el del Código de Aguas, considerado específicamente como legislación de relevancia ambiental con un enfoque patrimonialista pues regula particularmente la prevención de conflictos de interés entre diferentes usuarios del mismo componente (...).”<sup>168</sup> (lo destacado es nuestro).*

ii. En el caso tranque de relave Las Palmas, a propósito de las disposiciones del D.S. 148/2003, reglamento sanitario de manejo de residuos peligrosos, específicamente aquellas relativas a la disposición final de residuos peligrosos.

*“...todas las infracciones que dan origen a la presunción lo son respecto de normativa que busca proteger, preservar o conservar el medio ambiente, es decir, tienen una finalidad específica. No se trata de cualquier disposición, sino de aquellas cuyo objetivo es evitar que se produzca un daño, no cualquiera, sino ambiental. Por lo tanto, desde el punto de vista del infractor, éste no incurre en un incumplimiento a una obligación de cuidado ordinaria, sino que **infringe un deber específico que se le exige para un fin determinado, evitar un daño ambiental.**” (Lo destacado es nuestro).<sup>169</sup>*

---

<sup>168</sup> Sentencia de 29 de noviembre de 2014. Segundo Tribunal Ambiental. Causa rol N°D-6-2013. Considerando 16.

<sup>169</sup> Sentencia de 24 de agosto de 2016. Segundo Tribunal Ambiental. causa Rol D-14-2014. Considerando 149.

iii. En el caso quebrada de la Plata, a propósito de las normas sobre protección del bosque nativo.

*“Es razonable suponer que si se infringe una disposición cuya finalidad es proteger, preservar o conservar el medio ambiente, y se producen los efectos que dicha normativa ha querido evitar, se presume legalmente que el infractor es el causante de ese daño.”*<sup>170</sup> (Lo destacado es nuestro)

B. Postura del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia:

i. En el caso desborde del río Chifín, a propósito de la elusión de las normas de entrada al SEIA.

*“La elusión o no al SEIA es irrelevante en el análisis de la culpa en este caso, puesto que no se adecúa a ninguna de las hipótesis que hacen presumir legalmente la responsabilidad del autor de daño ambiental, conforme lo dispone el art. 52 inciso primero LBGMA. Por esta razón, estos sentenciadores desecharán la existencia de culpa infraccional.”*<sup>171</sup> (lo destacado es nuestro).

ii. En el caso vertedero municipal Puerto Varas. Rol D-13-2015. A propósito de las normas que regulan las funciones municipales relativas a la operación de un vertedero.

*“[d]e las normas citadas por los Demandantes y, particularmente, las que guardan relación con las funciones de la Municipalidad y, aquellas relativas a la operación del Vertedero Municipal, regulado por el DS N° 189/2005, a juicio de estos sentenciadores, no se posiciona en el supuesto de normas para que proceda la presunción de culpa del art. 52 LBMA. Lo anterior, dado que dicha regla requiere de la infracción «a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación» o «las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales,*

---

<sup>170</sup> Sentencia de 6 de enero de 2017. Segundo Tribunal Ambiental. causa rol D-15-2015. Considerando 56.

<sup>171</sup> Sentencia de 21 de junio de 2016. Tercer Tribunal Ambiental. Rol D-03-2014. Considerando 49.

*establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias. Por lo que la imputación a la Municipalidad debe analizarse en el contexto de la culpa probada”.*<sup>172</sup> (lo destacado es nuestro).

Por de pronto no está del todo claro ante la judicatura, cuáles son las normas sobre protección, preservación o conservación ambiental. Inclusive, hay contradicción entre ambos Tribunales Ambientales, ya que, por un lado, al Segundo Tribunal Ambiental, considera como tal, a un reglamento sanitario sobre manejo de residuos peligrosos (DS 148/2003), y, en contrario, el Tercer Tribunal Ambiental, no discurrió del mismo modo sobre el reglamento de relleno sanitario municipal (DS 189/2005). Inclusive, la judicatura de Valdivia consideró que eludir las normas de entrada al SEIA no significa vulnerar las normas de protección, preservación o conservación ambiental.

A nuestro juicio, esta interpretación es errada y problemática, primero porque genera falta de unicidad en los criterios sobre las normas que hacen operativa la presunción, y, segundo, porque desde el punto de vista de la justicia ambiental, genera una asimetría para el demandante, ya que se está justipreciando con una vara distinta dependiendo de la región donde se solicita la reparación del daño ambiental.

#### **3.4.5. ¿Opera la presunción de culpa si se infringe la Resolución de Calificación Ambiental (RCA)?**

A priori, hay problemas para considerar que opere la presunción del art. 52 cuando se transgrede una RCA. Esto se debe a dos circunstancias, primero, que el catálogo de normas que hacen operativa la presunción, efectivamente, no incluye la RCA, y, segundo, que la parte final del inciso primero que rompe la taxatividad, supone infringir normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias. En este sentido, ciertamente, la RCA no es una norma legal ni reglamentaria, pues su naturaleza es la de un acto administrativo.

---

<sup>172</sup> Sentencia de 8 de julio de 2016. Tercer Tribunal Ambiental. causa rol D-13-2015. Considerando 74.

Ciertamente esto no es nuevo, así algunos autores han dicho v.gr. SCHNEIDER “Si bien el régimen es subjetivo, en el artículo 52 existe una presunción de culpa contra la legalidad que, siendo amplia, lamentablemente no consideró la infracción a las RCA, desconociendo la operatividad del sistema, pues justamente en este acto terminal del SEIA se impondrán al titular del proyecto una serie de exigencias en materias que no están normadas. Su infracción, en consecuencia, no cambiará el *onus probandi*.”<sup>173</sup>

No obstante, a nuestro parecer, es completamente lógico considerar que la infracción de la RCA es reconducible al catálogo del art. 52 LBGMA, compartiendo en este sentido la tesis sostenida por el profesor FEMENIAS<sup>174</sup>, quien en base a una triada de artículos (de la LBGMA y LO-SMA), llega a esta conclusión.

En lo medular la tesis se basa en el artículo 24 de la LBGMA que dispone “***El titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva***” (énfasis agregado).

Luego, es dable sostener que ésta (el art. 24) es una norma destinada a la protección, preservación o conservación ambiental, establecida desde luego, en la propia LBGMA; pues ordena que el titular de la actividad o proyecto ajuste su comportamiento, tanto en la fase de construcción cuanto en la fase de ejecución del mismo, a los estrictos términos de su RCA.

En consecuencia, la contravención a la RCA implica una vulneración al artículo 24 inciso final de la LBGMA, en tanto entraña un apartamiento del contenido y términos estrictos de la misma. Dicha contravención se ajusta perfecta y rigurosamente al tipo normativo establecido en el artículo 52, razón por la cual, se da origen a la presunción de culpa en contra del titular del proyecto o actividad que no se somete estrictamente o vulnera los términos de su RCA.

Por otro lado, la contravención de la RCA involucra, a su turno, una infracción a la norma contenida en el artículo 35 letra a) de la LOSMA que dispone: “*constituye una infracción administrativa sancionable por la potestad sancionadora del Superintendente del medio ambiente: **el incumplimiento de las***

---

<sup>173</sup> DELGADO SCHNEIDER, Verónica. *Op. Cit.* pág. 68.

<sup>174</sup> Para ver en extenso la tesis del profesor, Femenías S., J. *Op. Cit.* pág. 370

***condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental***".

Razón por la cual, a partir de dicha infracción, también se configuraría una hipótesis que hace nacer la presunción de culpa en contra del infractor que ocasionó el daño ambiental.

A nuestro parecer, el considerar la infracción de la RCA como motivo para que opere la presunción, es un imperativo de justicia y aplicación de un principio de realidad, por cuanto una de las principales defensas de los detractores de esta postura es que es una cuestión de *lege ferenda*, - interpretación en el extremo legalista y exegética-, Sin embargo, no hay dudas de que al vulnerar la RCA se genera una responsabilidad administrativa sancionadora, ya que se transgrede a la LO-SMA, *mutatis mutandi*, esto es fundamento para sostener que se ha transgredido el derecho ambiental, operando la presunción que regula la Ley N° 19.300.

#### **4. ¿Es posible aplicar supletoriamente la presunción del art. 2329 del Código Civil en materia de responsabilidad ambiental?**

El caso de estudio que proponemos es aquel que se produce cuando no siendo operativa la presunción del art. 52 LBGMA, o en la circunstancia de que el demandante solicite en su libelo directamente o de forma subsidiaria a la aplicación del art. 52 LBGMA, la aplicación del art. 2329 del C.C., conocida en el ámbito del derecho civil como la presunción de responsabilidad por el hecho propio en actividades peligrosas. Entonces ¿Es posible invocar esta norma en materia de reparación de daños ecológicos puros?

Desde ya, y a nuestro modo de ver, no es posible su aplicación, por lo argumentos que a continuación exponremos:

Lo primero que resultará pertinente para saber si es dable la aplicación de este artículo en materia ambiental, es contextualizar la norma. Así, debemos recordar que nos encontramos en el contexto de un proceso de "reparación de daño ambiental". Por tanto, es en dichas fronteras que se debe circunscribir nuestro análisis sobre la pregunta formulada;

Con este propósito y habiendo estudiado las diversas disposiciones de la Ley N° 19.300, podemos afirmar que la única puerta de entrada para que las disposiciones del Derecho Civil tengan

aplicación en materia ambiental será en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley N° 19.300, que sostiene:

*Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental **responderá del mismo en conformidad a la presente ley.** No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley. Sin perjuicio de lo anterior, **en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.*** (Lo destacado es nuestro).

De esta manera, la disposición transcrita contiene un orden de prelación normativo con arreglo al cual se deben configurar los elementos de la acción por daño ambiental, a saber:

- i. Si existen normas de responsabilidad ambiental en leyes especiales, ellas se aplicarán preferentemente;
- ii. A falta de las primeras, en carácter de régimen general se aplicarán las normas de la Ley N° 19.300;
- iii. Finalmente, en lo “no previsto por las dos anteriores”, se aplicarán las normas del título XXXV sobre “De los delitos y cuasidelitos” del Código Civil.

En este sentido, la norma es extremadamente clara, por lo que podemos afirmar con seguridad, que para que fuese operativo el art. 2329 del C.C. tratándose de una acción de reparación por daño ambiental regida por la Ley N° 19.300, se requeriría que la materia -en este caso, la presunción de culpa- no se encontrase regulada por ley especial y que lo propio ocurra tratándose de la LBGMA;

Así las cosas, analizada la concurrencia de estos requisitos, para dar operatividad en materia de daños ecológicos puros al art. 2329 del C.C., y ya analizado el sentido y alcance del art. 52 LBGMA, podemos concluir que ambas disposiciones se encuentran regulando -cada una en sus esferas de competencia- las hipótesis de presunción de culpa contempladas y aplicables en la especie;

De este modo, con base al sentido y alcance que detenta el artículo 52, resulta difícil sostener que en la Ley N° 19.300 las hipótesis de presunción de culpa por hechos propios se encuentran en

la condición de “no previsto” por ella, y por esta vía dar aplicación a las normas del Código Civil. Por el contrario, efectivamente la Ley N° 19.300, en su art. 52, provee de un catálogo de hechos que hacen operativa una presunción de culpa por hechos propios;

De igual manera, no se podría invocar supletoriedad alguna en materia de presunciones, en este sentido, la jurisprudencia ha tenido ocasión de precisar el significado de “supletorio”, señalando al efecto que “[s]upletorio es lo que remedia una carencia, lo que integra el faltante de algo, lo que llena un vacío, lo que reemplaza una merma. Suple el que se pone en el lugar de lo que se echa de menos; el que hace sus veces; el derecho al que se recurre en defecto del aplicable”<sup>175</sup>. Así, es claro que no estamos en presencia de una carencia que remediar, pues como ya dijimos, la LBGMA sí considera una presunción legal de culpa por hechos propios, por tanto, no hay nada que suplir;

Por otra parte, debemos recordar que las presunciones legales son una herramienta de derecho estricto, lo que implica que las presunciones de culpa contempladas (en materia ambiental: art. 52 LBGMA y en materia civil: art. 2329 C.C.) corresponden a situaciones de excepción, toda vez que la regla general será la necesidad de acreditar todos los elementos de la responsabilidad, por esto la interpretación que se haga de ellas debe ser restrictiva.

Complementando esto, la historia fidedigna de la Ley N° 19.300 acuña que en relación al mentado art. 52 “[s]e consagran determinadas presunciones, y éstas presumen, precisamente, la negligencia y la culpa. Y si hay una norma de presunción de culpabilidad, no cabe la menor duda de que está haciendo una excepción a la norma de carácter general”<sup>176</sup>

Finalmente, algunos podrían sostener que acá no estamos en presencia de una laguna que llenar por medio de normas supletorias, sino que, por el contrario, hay dos normas que regulan la misma materia (presunciones de culpa por hechos propios), y que así, aplicaría la norma del C.C. (por un tema de solución de conflictos de normas). En este sentido, estamos en contra, pues como ya dijimos en un comienzo, la RDA no es un mero sistema de RCE, sino que es un régimen de responsabilidad autónomo o *sui generis*, que tiene elementos tanto del derecho público como

---

<sup>175</sup> Considerando 18°, sentencia de 7 de diciembre de 2016, rol N° 20.902-2015, Excelentísima Corte Suprema.

<sup>176</sup> Historia de la Ley N.º 19.300 Bases del Medio Ambiente, 9 de marzo, 1994, Versión digital: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/6910/> consultado con fecha 21 de noviembre de 2017.

privado, donde hay un bien jurídico colectivo tutelado (medio ambiente), y que no buscar la reparación de los daños patrimoniales o personales, por lo tanto, no es efectivo que habría un conflicto de normas que tengan la misma competencia o fines, y, aunque lo hubiere, debe entonces regir tanto el principio de especialidad (*lex specialis*) como el de temporalidad, que dan preferencia al artículo 52 de la Ley N°19.300, dejando, en consecuencia, sin aplicación al artículo 2329 del Código Civil en materia de daños ambientales.

## CAPÍTULO III

### CONCLUSIONES FINALES

#### 1. Conclusiones acerca del daño.

##### 1.1. Acerca de la naturaleza del daño ambiental y su posterior valoración.

Según lo expuesto latamente en el presente trabajo, podemos concluir que, la naturaleza del daño ambiental o daño ecológico puro, no puede ser encasillado en las clasificaciones de daño que tradicionalmente han sido realizadas por la doctrina civil. En este sentido, entendemos que el daño de tipo ambiental está revestido de una naturaleza *sui generis*, en plena concordancia con la naturaleza misma del derecho ambiental.

Algunos autores han querido asimilar el daño ambiental a la categoría de daño moral, en el entendido de que ambos tipos de daño comparten una característica común, esto es: el hecho de que ambos son de difícil cuantificación. Concluimos que esta proposición es errada, toda vez que el problema de la cuantificación del daño es un tema que incumbe a la valoración del mismo, y no a su naturaleza. Así, el problema de valoración del daño se cristalizará en el momento en que los jueces del fondo requieran determinar la cuantía del daño para establecer una condena.

Ante la dificultad de la valoración del daño, ya sea porque (i) no todos los bienes que componen el medio ambiente son transados o transables en el mercado –que en la práctica es la herramienta primordial a la hora de determinar la cuantía-, ya sea porque (ii) dicha labor requiere del despliegue de un gran trabajo desde una arista procesal –gran cantidad y difícil prueba-, algunos autores han propuesto el uso de las herramientas que nos ofrece hoy la legislación ambiental en aras de profesionalizar la determinación de la cuantía del daño, a través del nombramiento de peritos por parte de los jueces de instancia (artículo 42, inciso 2° de la Ley 20.600).

##### 1.2. Sobre la *significancia* del daño como criterio limitativo del mismo.

Ha quedado establecido que, para el legislador ambiental, no todo daño es reparable. Para trazar el límite de aquellos daños que son considerados por la ley para la persecución de su reparación, el legislador decidió exigir como requisito para ello la significancia del daño.

¿Qué puede ser considerado como daño de significancia en los anteriores términos? El concepto que se nos ofrece es amplio e indeterminado. Ante esta dificultad, la doctrina ha buscado su determinación, cayendo casi siempre en un serpenteo tautológico. A lo largo del desarrollo y aplicación del derecho ambiental, y sus instituciones reparatorias, es que se ha concluido que el concepto de significancia ha de construirse de manera casuística, acorde al contexto político, económico y social imperante en una época determinada.

Ante estas circunstancias, ha sido la jurisprudencia, especialmente la Corte Suprema –sin perjuicio de la judicatura ambiental-, la que ha ido dotando de contenido al concepto analizado. Habiendo hecho un estudio de la jurisprudencia más relevante en la materia, se ha podido construir una suerte de catálogo compuesto por algunos criterios, como lo son: (i) la irreversibilidad del daño –de carácter innovativo, por sobre el carácter reactivo-; (ii) los efectos ocasionados a la salud humana; y (iii) la especial condición de los elementos del medio ambiente que ha sufrido el daño. Se han identificado otros criterios distintos a los anteriores, pero subsumibles en ellos, como lo serían la intensidad del daño, su magnitud, entre otros.

### **1.3. En cuanto a la reparación del daño ambiental.**

Conforme a lo expuesto, podemos decir que en materia de reparación el legislador ha sido claro al establecer una especie de orden de prelación en cuanto a las acciones que han de exigirse para la obtención de la misma. Esto se vislumbra en que el objetivo primordial de la responsabilidad por daño ambiental es la obtención de la reparación de lo que imprecisamente se ha denominado por la doctrina como “reparación *in natura*” del daño ambiental, esto es, el devolver al medio ambiente dañado, a lo menos, a una calidad similar a la que tenía antes del acaecimiento del hecho dañoso y la manifestación de sus consecuencias. Ante la imposibilidad de esta primera exigencia, el legislador otorga, subsidiariamente, la alternativa de poder restaurar al medio ambiente, al menos, en sus propiedades básicas.

Hasta aquí, nada nuevo bajo el sol. Los cuestionamientos comienzan cuando, en los hechos, no puede llevarse a cabo ninguna de las dos alternativas que nos ofrece el legislador. Algunos autores postulan la posibilidad de mutación de la obligación que nace de la determinación de responsabilidad por daño ambiental: (i) hay quienes postulan su transformación en una obligación indemnizatoria, de carácter dineraria –como en el derecho común–; (ii) y, para otros, esta transformación nunca ha de ser dineraria, sino que la mutación debe ser desde una obligación reparatoria a una de carácter compensatorio.

La primera postura ha sido objeto de variadas críticas, sobre todo por los especialistas en materia *ius ambientalista*. Entre algunas de ellas encontramos: (i) el hecho de que se estaría realizando una falsa aplicación de la ley, ya que ésta en ningún caso faculta para la determinación de la obligación de reparación como una de carácter dineraria; (ii) que es difuso y peligroso hacerlo, entendiendo que no existiría un sujeto determinado como acreedor de dicha obligación; (iii) que se estaría desnaturalizando no sólo el sistema de la RDA, que tiene por principal objeto la reparación a una calidad similar, sino que a toda la orgánica que conforma el derecho ambiental, que responde más a un fin social que a uno particular; (iv) que se estaría realizando una interpretación errónea, sino antojadiza, de lo establecido por el legislador, toda vez que cuando éste ha hecho mención a la indemnización, lo ha hecho para diferenciar el sistema de la RDA del sistema de responsabilidad extracontractual del derecho común, dejando salvas las acciones civiles que puedan emanar del mismo hecho que originó el daño ambiental.

Quienes postulan, acertadamente a nuestro juicio, la mutación de la obligación reparatoria en una compensatoria, proponen el pago de la misma “en moneda verde”, esto es, con el hecho de responder con más medio ambiente, y no con un instrumento de cambio común y ordinario como lo es el dinero. En tal entendido, esta obligación siempre será de hacer. En esta línea, hemos propuesto el uso de herramientas que hoy son novedosas en nuestro ordenamiento, como lo es el derecho real de conservación, que hasta hoy han tenido escasa aplicación práctica en materia ambiental. Habrá que ver si su uso responde a los altos parámetros que persigue el sistema de responsabilidad por daño ambiental.

## **2. Conclusiones acerca del factor de imputabilidad.**

### **2.1. Sobre el régimen general de RDA en Chile.**

Producto de la investigación realizada, se ha dejado en claro que nuestro sistema general de responsabilidad por daño ambiental es de naturaleza subjetiva o por culpa. Esta aseveración se explica no sólo desde un punto de vista normativo y exegético (artículo 3 y 51 de la Ley N° 19.300), sino también de la lectura de los diversos pasajes de la historia fidedigna de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. En vista de aquello, se explica por qué el legislador consideró necesario instaurar una presunción de culpa que morigerase los efectos probatorios adversos para el actor en el juicio de reparación.

### **2.2. Con respecto a la presunción de culpa establecida en el art. 52 de la LBGMA.**

#### **2.2.1. Extensión de la presunción sobre los elementos de la responsabilidad.**

Según lo expuesto, el tenor literal del artículo ha dado pie a que surjan diferentes interpretaciones. Así, en un primer momento, se habló de que lo presumido era la responsabilidad del agente. Sin embargo, hoy se encuentra superada esta postura por la mayoría de la doctrina nacional, estando contestes en que lo único presumido es el elemento subjetivo de la responsabilidad. Cabe destacar que, en este último tiempo, una parte minoritaria de la doctrina ha desarrollado una interpretación diversa en base a un análisis exegético del artículo 52 LBGMA; señalan, en lo medular, que lo presumido no debe ser sólo la culpa, sino que, además, la causalidad.

En este sentido, explicamos que, si bien es loable tener esta interpretación, adolece de yerros jurídicos severos, por cuanto ha quedado acreditado que el legislador dispuso expresamente que sólo se buscaba alterar la carga probatoria del elemento subjetivo.

Por su parte, se realizó un examen a la jurisprudencia emanada de los Tribunales Ambientales, determinándose que en la práctica el Segundo Tribunal Ambiental extiende la presunción al nexo causal. Por su lado, el Tercer Tribunal Ambiental aún no ha tenido oportunidad

de pronunciarse, ya que no ha considerado que se cumple con alguna de las hipótesis que hacen operativa la presunción del artículo 52 LBGMA.

Luego, manifestamos porqué, a nuestro juicio, es problemática la interpretación que extiende la presunción de culpa del artículo 52 LBGMA al nexo causal, esto por cuanto: (i) no se considera la historia fidedigna de la Ley N° 19.300; (ii) se le dobla la mano al legislador que prefirió expresamente un sistema subjetivo, así el demandado deberá probar no sólo que fue diligente, sino además que no causó el daño, lo que le impone la obligación de probar un hecho negativo; (iii) se pasa por alto el hecho de que las presunciones son instituciones de derecho estricto y que se deben interpretar de manera restringida; (iv) el derecho comparado ha demostrado que es necesario un consenso legislativo y de un mandato legal expreso el establecer una presunción de causalidad en actividades que se consideren peligrosas, como es el caso de países como Alemania, España y en general la comunidad Europea; (v) la interpretación extensiva del artículo 52 LBGMA hacia la causalidad, supone una falsa aplicación de la disposición y, en consecuencia, hace susceptible al fallo de ser casado en el fondo, morigerándose notablemente la certeza jurídica y posibilidad de ejecución (reparación) del medio ambiente.

En vista de estos antecedentes, se plantean dos posibles caminos para evitar la difícil prueba de la causalidad sin caer en yerros jurídicos. Por un lado, concebir la responsabilidad por daño ambiental como un régimen infraccional; en esta hipótesis la sola infracción de la norma ambiental haría responsable al victimario. Sin embargo, para muchos autores el efecto de la responsabilidad infraccional sólo alcanza a liberar al actor de la prueba del elemento subjetivo. Por otro lado, se propone el uso de las presunciones judiciales, las cuales son privativas de los jueces del fondo y no son susceptibles de casación en el fondo –al menos, en términos generales-. De este modo se podría presumir el nexo causal, teniendo como base hechos que sean graves, precisos y concordantes, cuestión que sólo podría ser impugnada por medio del recurso de casación en la forma.

### **2.2.2. Hipótesis que hacen operativa la presunción: Las normas sobre protección, preservación o conservación ambiental.**

Habiendo dejado en claro que la presunción de culpa contenida en el artículo 52 LBGMA está estructurada de manera genéricamente taxativa, nos detuvimos para abordar en profundo la

causal que alude a la vulneración de las normas sobre protección, preservación o conservación ambiental, pues dejamos en evidencia que no hay claridad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre cuáles son esta clase de disposiciones.

De este modo, a nuestro parecer, lo primordial para saber si una norma es o no sobre protección, preservación o conservación ambiental, es la determinación de su bien jurídico protegido. En este sentido, se trata de una labor estrictamente interpretativa que se sustenta en dos fases: por un lado, la que le corresponde al actor, acreditando dentro del término probatorio que se vulneró una norma de esta naturaleza; por otro, la tarea de hermenéutica legal que tendrán que efectuar los jueces del fondo.

Finalmente, hicimos una revisión de los casos en que de los Tribunales Ambientales han tenido que dirimir este asunto, quedando al descubierto que no hay criterios unificados entre las judicaturas ambientales. Se trata de un tema bastante delicado, pues, en la práctica judicial -al menos del Segundo Tribunal Ambiental- su efecto no sólo ha sido el de alterar la carga probatoria del elemento subjetivo, sino que también, se ha extendido al nexo causal.

### **2.3. La infracción de la Resolución de Calificación Ambiental hace operativa la presunción de culpa del artículo 52 LBGMA.**

De acuerdo a lo reseñado, y en concordancia con la tesis del profesor Femenías, pensamos que cuando se infringe una RCA se está contraviniendo, también, el artículo 24 de la LBGMA. En este sentido, es consistente sostener que esta disposición tiene por objeto la protección, preservación o conservación ambiental y que, por tanto, cabe en una de las hipótesis que hace operativa la presunción. Por lo demás, es un imperativo de justicia ambiental y aplicación de un principio de realidad, por cuanto una de las principales defensas de los detractores de esta postura es que es una cuestión de *lege ferenda*, interpretación en el extremo legalista y exegética que no considera la relevancia del bien jurídico que se protege con el instrumento de la responsabilidad ambiental, ni tampoco hace el esfuerzo de reconducir la infracción de la RCA a un norma legal o reglamentaria.

### **2.4. La presunción de culpa por hechos propios contenida en el artículo 2.329 del Código Civil no es aplicable en materia de daños ecológicos puros.**

Como ha quedado claramente expuesto, el artículo 51 LBGMA señala un orden de prelación normativo, con arreglo al cual se han de configurar los elementos de la responsabilidad ambiental. Así, la única hipótesis en que puede operar supletoriamente el derecho civil será en aquellos casos en que la institución “no esté prevista”, ya sea en la LBGMA ni en ley especial que la regule.

Así las cosas, con base al sentido y alcance que detenta el artículo 52, resulta difícil sostener que en la Ley N° 19.300 las hipótesis de presunción de culpa por hechos propios se encuentran en la condición de “no previsto” por ella, y por esta vía dar aplicación a las normas del Código Civil. Por el contrario, efectivamente la Ley N° 19.300, en su artículo 52, provee de un catálogo de hechos que hacen operativa una presunción de culpa por hechos propios.

Una interpretación contraria sería ir en contra de la historia fidedigna de la Ley N° 19.300 y en contra de la interpretación restrictiva que deben de tener las presunciones legales, puesto que nos encontramos ante supuestos de excepción, toda vez que la regla general será la necesidad de acreditar todos los elementos de la responsabilidad (artículo 1.698 C.C.). Por lo tanto, malamente podría utilizarse, a título de supletoriedad, las normas sobre presunciones contenidas en el Código Civil.



## BIBLIOGRAFÍA

### I. DOCTRINA

- ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *“Tratado de responsabilidad civil”*. Civitas, 3º Ed., Madrid. (1993).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *“De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno”*, N.º 138, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile. (1943).
- ALESSANDRI R., Arturo. SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *“Tratado de Derecho Civil”*. Parte preliminar y general. Tomo II. Editorial jurídica de Chile. Séptima Edición. (2011).
- BANFI DEL RÍO. Cristián. *“De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental”*. Revista de Chilena de Derecho Privado. (2004).
- BARROS BOURIE, Enrique. *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. (2006).
- BASSI DÍAZ, Francisco Giuseppe. *“Visión crítica de la culpa infraccional como criterio de atribución de responsabilidad extracontractual”*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho U. de Chile. Santiago. (2015).
- BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. *“El derecho para el desarrollo sostenible en la América Latina de nuestros días”*. Revista de Derecho Ambiental. México. (2003).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *“Fundamentos de Derecho Ambiental”*. Editorial Universitarias de Valparaíso. 2da. Edición. (2014).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *“La reparación de los daños al medio ambiente”* Navarra: Aranzadi. (1996).
- CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel. *“Valoración del Daño Ambiental”*. PNUMA. Oficina regional para América Latina y el Caribe. (2006).
- CONDE ANTEQUERA, Jesús. *“El deber jurídico de restauración ambiental”*. Granada: Comares. (2016).
- CHURCH, Thomas y NAKAMURA, Robert. *“Cleaning up the mess. Implementation strategies in superfund”*. Washington, The Brookings Institution. (1993).

- DELGADO SCHNEIDER, Verónica. *“La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”*. Revista de Derecho Vol. XXV. (2012).
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema. *“Responsabilidad Civil Ambiental”*, en VV.AA., La Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa, Ecoiuris, Madrid. (2003).
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema. *“¿Es oportuno una Ley de Responsabilidad Civil Medioambiental?”*, en Diario la Ley, Sección Doctrina, Ref. D-34, N.º 1, (1998), versión electrónica proveída por la Universidad de Valladolid.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis. *“El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina”*, 1º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2002).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *“Algunas consideraciones entorno al daño como elemento de la responsabilidad civil”*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX. Valparaíso, Chile. (1998).
- ELORRIETA ROJAS, Pablo. *“Análisis de la culpa en Responsabilidad Ambiental ¿es necesario establecer un régimen de responsabilidad objetiva ambiental?”* Memoria de prueba. Facultad de derecho U. de Chile. (2015).
- ESTEVE PARDO, José. *“Derecho del Medio Ambiente”* 3era Ed. Ed. Jurídicas y Sociales S.A. (2014).
- FEMENÍAS, J. A. *“La responsabilidad por daño ambiental”* Ed. Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. (2017).
- FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. *“Manual de derecho ambiental chileno”*. Ed. jurídica de Chile. Santiago. (2004).
- FIGUEROA, Eugenio; ASENJO, Rafael; VALDÉS, Sebastián; PRAUSS, Sergio. *“La responsabilidad civil ambiental, el daño al medio ambiente y su valor: una aproximación legal y económica”*. Revista de Derecho Ambiental. N° 2, Centro de derecho ambiental, Universidad de Chile. (2006).
- FUEYO LANERI, Fernando. *“Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. (1991).
- GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. *“La responsabilidad por el daño ambiental en américa latina”*. PNUMA. México. (2003).
- GOMIS CATALÁ, Lucia. *“Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”*. Navarra: Aranzadi. (1998).

- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. *“Derecho Ambiental Chileno”*. Ed. Planeta sostenible. 2da Reimpresión. (2016).
- JANA, Andrés; SCHWENCKE, Juan P.; VARAS, Juan Andrés. *“La Responsabilidad Civil en el proyecto de ley de bases del medio ambiente: una mirada crítica”*. Revista de derecho y humanidades. Escuela de derecho, Universidad de Chile. Vol. 1 N° 2. (1992).
- MALLEA, María Isabel. *“Las acciones derivadas del daño ambiental y el proceso ambiental en Chile”*. Consultado en línea con fecha 20 de diciembre de 2017, en [http://www.achidam.cl/Documentos/acciones\\_derivadas\\_dano\\_ambiental\\_y\\_el\\_proceso\\_ambiental\\_en\\_chile.pdf](http://www.achidam.cl/Documentos/acciones_derivadas_dano_ambiental_y_el_proceso_ambiental_en_chile.pdf)
- MÉNDEZ ORTIZ, Pablo. *“Tribunales Ambientales y contencioso-administrativo”*. Editorial Jurídica de Chile. (2017).
- MEZA BARROS, Ramón, *“De las obligaciones”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. (1979).
- MORENO TRUJILLO, Eulalia María. *“La protección jurídico-privada del medio ambiente responsabilidad por su deterioro”*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad de Granada España. (1990).
- PASTÉN D., Bastián, PAROT H. Gonzalo. *“Diversificación de la Reparación del Daño Ambiental en Chile: perspectivas para los Planes de Reparación”*. Revista de Justicia Ambiental, Año IV. (2012).
- PEDRAZA LAYNEZ, Julia. *“La responsabilidad por daños ambientales”*. Thomson Reuters. 1era Ed. (2016).
- PEÑA CHACÓN, Mario. *“Daño, responsabilidad y reparación ambiental”*. consultado en línea con fecha 10 de diciembre de 2017, en [http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10\\_penachacon03.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf). (2005)
- PEÑA CHACÓN, Mario. *“Daño ambiental y prescripción”*. Revista Judicial, N° 109, Costa Rica. (2013) Consultado en línea con fecha 10 de diciembre de 2017 en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31079.pdf>.
- PINO REYES, Octavio y PIZARRO TORREALBA, Eduardo. *“Responsabilidad Civil Extracontractual por Daño Ambiental”*. Ed. jurídica Cono sur, Santiago. (2001).
- REGLERO CAMPOS, Fernando L. *“Los sistemas de responsabilidad civil”*, en L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Busto Lago (coordinadores), Tratado de Responsabilidad Civil, tomo I, 5a edición, Thomson Reuters – Aranzadi. (2014).

- RICHARD L. REVESZ y MICHAEL A. LIVERMORE. *“Retaking Rationality: How cost-benefit analysis can better protect the environment and our health”* Oxford University press. (2008).
- RODRÍGUEZ, Pablo, *“Responsabilidad Contractual”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. (2012).
- RUDA GONZÁLES, Albert. *“El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro al Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental”*. Navarra: Thomson Aranzadi. (2008)
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *“Derecho Administrativo. Parte General”*, 4º edición, Tecnos, Madrid, (2008).
- SILVA ABRANETTO, Ximena (coordinadora). *“Cumplimiento de la Legislación Ambiental y Reparación de Daños al Medio Ambiente”*. Santiago. Consejo de Defensa del Estado. (2005)
- VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael. *“El Derecho Ambiental. Presente y pasado”*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago. (2010).
- VERGARA FISHER, Javier. *“La Responsabilidad en la Ley de Bases del Medio ambiente”*. Revista de derecho y humanidades, año I, vol. 2. (1992).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro. *“Las acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de responsabilidad aplicable”*. Universitarias Diego Portales. Santiago. (2007)

## II. INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS

- Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (Chile);
- Historia Fidedigna de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (Chile);
- Ley N° 20.600 de Tribunales Ambientales;
- Ley N° 20.417 Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente;
- DIRECTIVA 2004/35/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. de 21 de abril de 2004.
- Ley española de Responsabilidad Medio Ambiental N° 26/2007 de fecha 23 de octubre de 2007;

### III. JURISPRUDENCIA NACIONAL

#### A. EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

- CS, 29 noviembre 1968, Rev., T. LXV, sec. 4ª, p. 323.
- CS, 24 junio 2004, Rol N° 1.262-2004, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl), (“Astorga con Ugolini”).
- CS, 13 octubre 2004, Rol N° 2.434-2004, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) (“Arismendi con Fierro”).
- CS, 11 noviembre 2008, Rol N° 2,434-2007, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl), (“Sanfurgo con Banco Edwards”).
- CS, 31 agosto 2010, Rol N° 5.027-2008, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) (“Fisco de Chile con Forestal Candelaria de Río Puelo S.A.”).
- CS, 20 abril 2011, L.P. N° 48603.
- CS, 20 abril 2011, Rol N° 396-2009, L.P. N°3422.
- CS, 21 mayo 2011, Rol N° 4.267-2011, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl), (“Lizama con Parra”).
- CS, 28 octubre 2011, Rol N° 5.826-2009, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) (“Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad”).
- CS, 09 julio 2012, Rol N° 2.555-2012, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl), (“Figueroa y otros con Montes”).
- CS, 04 diciembre 2012, Rol N° 10.884-2011, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) (“Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes”).
- CS, 03 octubre 2013, L.P. N° 66343.
- CS, 06 noviembre 2014, Rol N° 15.737-2014, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) (“Sindicatos Independientes de Trabajadoras Pescadoras y Recolectoras de Algas y Actividades Conexas de la Caleta lo Rojas y Otros Contra Empresa Endesa S.A.”).
- CS, 17 noviembre 2014, L.P. N° 79848.
- CS, 20 noviembre 2014, Rol N° 21.327-2014, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) (“Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena”).
- CS, 20 noviembre 2014, L.P. N° 80185.
- CS, 28 octubre 2015, Rol N° 3.003-2015, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) (“Consejo de Defensa del Estado con Congregación Religiosa los Legionarios de Cristo”).

- CS, 10 diciembre 2015, Rol N° 25.720-2014, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) (“Fisco de Chile con de la Moi Sierralta Alejandro, Wosniuk Moroz Benjamin, Budge Blanco Alejandro”).
- CS, 23 junio 2016, Rol N° 32.144-2015, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) (“Fisco de Chile con Behncke Concha Rolf Hernan, Behncke Izquierdo Isabel, Behncke Concha Claudio”).

## **B. ILUSTRES CORTES DE APELACIONES**

- C. Santiago, 13 marzo 1985, Rev., T. LXXXII, sec. 2ª, pág. 6.
- C. Puerto Montt, 02 abril 2004, Rol N° 11.652-2003, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl), (“Fisco de Chile con Cía. Industrial Puerto Montt S.A.”).

## **C. ILUSTRES TRIBUNALES AMBIENTALES**

- Segundo Tribunal Ambiental, 29 noviembre 2014, Rol N° D-6-2013, [www.2ta.cl](http://www.2ta.cl), (“Estado de Chile con Servicios Generales Larenas Ltda.”).
- Tercer Tribunal Ambiental, 21 junio 2016, Rol N° D-3-2014, [www.3ta.cl](http://www.3ta.cl), (“I. Municipalidad de Río Negro con Seimura Carrasco Valdeavellano”).
- Segundo Tribunal Ambiental, 24 agosto 2016, Rol N° D-14-2014, [www.2ta.cl](http://www.2ta.cl), (“Inversiones J&B con SCM tambillos y Sernageomin”).
- Segundo Tribunal Ambiental, 06 junio 2017, Rol N° D-15-2015 [www.2ta.cl](http://www.2ta.cl), (“I. Municipalidad de Maipú con Minera Española Chile Ltda.”).
- Segundo Tribunal Ambiental, 07 julio 2017, Rol N° D-17-2015, [www.2ta.cl](http://www.2ta.cl), (“Junta de Vecinos Villa Disputada de Las Condes con I. Municipalidad de Los Nogales”).
- Segundo Tribunal Ambiental, 31 julio 2017, Rol N° D-28-2016, [www.2ta.cl](http://www.2ta.cl), (“Inversiones Las Ágatas SpA con Malhue Gross María Paz”).
- Tercer Tribunal Ambiental, 30 noviembre 2017, Rol N° D-24-2017, [www.3ta.cl](http://www.3ta.cl), (“Comité de Defensa Patrimonial de los Ángeles (CODEPALA) con I. Municipalidad de Los Ángeles”).