



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

**ESTÁNDAR DE PRUEBA EN LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DE DAÑO  
AMBIENTAL.**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Camilo Aníbal León Núñez

Valentina Andrea Sandoval Leyton

Profesor Guía: Flavia Carbonell Bellolio

Santiago, Chile

2021



## **Tabla de contenidos**

	<b>Pág.</b>
Introducción	<b>8</b>
Capítulo I:	<b>11</b>
La Verdad, la prueba y los hechos probados	
1) La verdad como presupuesto de una sentencia justa	<b>11</b>
2) Conocimiento procesal del hecho	<b>14</b>
3) Concepción racionalista de la prueba	<b>16</b>
a) Conformación del conjunto de elementos de prueba	<b>17</b>
b) Valoración de los elementos de prueba	<b>18</b>
c) Toma de decisión	<b>20</b>
4) Estándar de prueba	<b>21</b>
a) Concepto	<b>21</b>
b) Distribución del riesgo de error en los estándares de prueba	<b>22</b>
c) Tipos de estándar de prueba	<b>24</b>
i) Preponderancia de la prueba	<b>24</b>
ii) Más allá de toda duda razonable	<b>25</b>
iii) De los estándares intermedios	<b>25</b>
d) Los fallos de los estándares de prueba	<b>27</b>
Capítulo II: Deconstruyendo el bien jurídico ambiental.	<b>30</b>
1) La protección ambiental en Chile	<b>30</b>
a) Constitución Política de la República	<b>30</b>
b) Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N° 19.300)	<b>32</b>
c) Ley que Crea los Tribunales Ambientales (Ley N° 20.600)	<b>34</b>

Capítulo III: Estándar de prueba en el procedimiento de reparación por daño ambiental	36
1) El estándar debe ser a lo menos el de preponderancia de la prueba	36
2) El estándar de prueba debe tener en cuenta los bienes jurídicos que interactúan en el proceso	37
3) El estándar de prueba debe tener en cuenta la tolerancia al error	41
4) Hipótesis teórica: La causalidad como motivo para que el estándar fue distinto que el de preponderancia de la prueba	43
a) Aplicación de ciertas teorías de la causa	44
b) Presunciones	46
Capítulo IV: La aplicación del estándar de prueba en la jurisprudencia. Análisis de casos	50
1) Primer Tribunal Ambiental	50
a) Rol R-1-2017	51
b) Rol R-28-2019	54
2) Segundo Tribunal Ambiental	58
a) Rol D-24-2016	58
b) Rol D-39-2017	63
3) Tercer Tribunal Ambiental	67
a) Rol D-7-2015	67
b) Rol D-15-2019	71
Conclusión	75
Bibliografía	77



## **Resumen**

En el presente trabajo se busca determinar cuál es el estándar de prueba aplicable en el procedimiento de reparación por daño ambiental. Para esto, en primer lugar, analizamos el concepto de estándar de prueba, su función y los criterios que se tienen en cuenta para determinar el uso de un estándar específico. Seguido, se lleva la discusión hacia el plano medioambiental, a través del estudio del derecho fundamental del art. 19 Nº 8 CPR de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a fin de determinar que el estándar de prueba debiese ser el de preponderancia de la prueba. Finalmente se realiza un análisis de casos de los tres Tribunales Ambientales que funcionan actualmente en Chile, con miras a establecer cuál es el estándar que en la práctica se aplica en nuestra judicatura ambiental.

Palabras Clave: Prueba – Estándar de prueba – Reparación – Daño ambiental – Medio ambiente – Responsabilidad – Tribunales ambientales



## **Introducción**

La preocupación de la sociedad en relación con el cuidado y preservación del medio ambiente representa una inquietud que comenzó a ganar fuerza desde la segunda mitad del siglo pasado, ante la creciente tendencia económica de explotar los recursos naturales, excediendo sus capacidades de conservación y protección. Derivado de lo anterior, el medio ambiente,<sup>1</sup> expuesto a tales dificultades y vicisitudes, se encontraba ante un escenario que, desde el punto de vista normativo, tampoco ofrecía alternativas de resguardo y de una adecuada fiscalización. Es en dicho contexto que nuestra realidad nacional se ve enfrentada a la disyuntiva de establecer o no algún tipo de regulación que se hiciese cargo de tal carencia. Es así como a partir de la Constitución de 1980 se consagra un reconocimiento positivo de la protección al Medio Ambiente. La evolución legislativa posterior, que a partir de mediados de la década de 1990 en adelante se ha dado en la materia, ha sido parte de un verdadero cambio de paradigma en el Derecho chileno. Y ello no sólo porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación haya sido una novedad en el catálogo de garantías reconocidas constitucionalmente, sino porque, además, se ha sumado a las reformas que ha vivido el derecho procesal en nuestro país. En este sentido, símbolo de los nuevos procesos judiciales se manifiesta en la creación de tribunales especializados, más el establecimiento de acciones especiales de acuerdo a la especificidad de sus materias, como acontece con los tribunales tributarios y aduaneros, el tribunal de defensa de la libre competencia, los tribunales ambientales, etc., siendo éstos últimos los que convocan la atención de este trabajo y, en particular, la acción de reparación por daño ambiental que es del ámbito de su competencia.

En efecto, para analizar dicho instituto procesal, en primer término, nos referiremos a los cambios de paradigma del derecho procesal. El punto de partida está dado por reconocer que los fines del proceso han evolucionado, y que hoy en día existe una mayor valoración social de la persecución y obtención de la verdad de los hechos del proceso, en desmedro de antiguas valoraciones en las que se perseguía la mediación y la resolución de conflictos entre las partes. Este auge de la búsqueda de la verdad se condice, ciertamente, con los principios de publicidad, de inmediación del juez y oralidad que hoy moldean los procesos judiciales más recientemente implementados. Sin embargo, la obtención de la

---

<sup>1</sup> El art. 2° letra II) de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente define el medio ambiente como “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”.



verdad en el proceso plantea como gran desafío el cómo llegar a ella, e incluso si esto es realmente posible. Tal cosa como la verdad en su estado más puro y completo no existe, o es imposible de conocer para el ser humano, por lo que pretender que el tribunal es el lugar apropiado para lograr el conocimiento completo de la realidad sobre los hechos, e incluso considerarla el fin último del proceso podría ser también una equivocación. Sin embargo, cierta doctrina del derecho procesal ha logrado articular ciertos principios cuyo objetivo será garantizar la racionalidad del proceso, teniendo como fin último la persecución de la verdad. Estas directrices se denominan teoría o concepción racionalista de la prueba, que nos propone que sin perjuicio de que la verdad no sea objetivamente alcanzable, sí es factible que el proceso tienda a objetivarse y racionalizarse, en cuanto al resultado de la cuestión fáctica respecto a los hechos (es decir, que podamos garantizar que la verdad ha sido hallada a través de la prueba rendida). Al encontrarnos ante una sentencia definitiva, debemos concluir que el juez ha decidido en base a los hechos que él consideró probados durante el juicio, y asumimos que ese sentenciador en pocos casos ha tenido la real oportunidad de estar en contacto con la verdad material, entonces ¿cómo justificamos y legitimamos esa decisión? La *objetivación* que en este sentido propone la teoría racionalista se nos entrega en forma de pautas, de normas que, si bien no son estrictas en cuanto a indicarle al juez qué decidir en cada caso, sí guían el camino hacia una decisión cuya racionalidad esté garantizada.

Una de estas pautas corresponde al denominado estándar de prueba, que representa una suerte de umbral que, de ser traspasado por la prueba rendida en el proceso, habilitaría al juez para afirmar que las afirmaciones están probadas. En casos como el nuevo proceso penal, este estándar es explícito en la norma del Código respectivo (Art. 340 Código Procesal Penal), pero en realidad todo juicio tiene un estándar de prueba, incluso cuando este no se encuentre expresamente señalado en la ley. Determinar el estándar de prueba en cada caso acarrea una serie de consideraciones, pues corresponde a una decisión política que tendrá directa relación con los bienes jurídicos que se enfrentan en el proceso, y la elección del legislador respecto a la distribución de los riesgos que conlleva una decisión jurisdiccional errónea. A más alto estándar, mayor probabilidad existirá de que la sentencia cometa un error al no dar por probado una afirmación sobre un hecho que finalmente era cierta y, *a contrario sensu*, un menor estándar implicará un mayor riesgo de que se den por probadas afirmaciones sobre hechos que en realidad eran falsos.

Pues bien, retomando lo dicho respecto a la acción ambiental, surge indefectiblemente la pregunta que busca responder esta tesis: ¿cuál es el estándar de prueba en la acción de reparación ambiental?

En dicho orden de ideas, tanto el capítulo segundo como el tercero buscan abocarse de lleno a responder tal interrogante. Así pues, en el capítulo segundo se realiza un análisis de la formación del bien jurídico que busca proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, desde su origen en la Constitución de 1980, hasta la dictación de Ley N° 20.600 que reguló la acción en comento. El capítulo tercero, por su parte, busca proponer hipótesis teóricas respecto a cuáles serían las consideraciones que tendríamos que observar si quisiéramos, emulando el rol del legislador, decidir sobre qué estándar aplicar en la acción de reparación ambiental. Se persigue enfocar las directrices generales entregadas en el capítulo uno respecto a la teoría procesal sobre la acción ambiental, con el conocimiento de lo que en realidad se buscó proteger a través del derecho fundamental del art. 19 N° 8 CPR.

Finalmente, el capítulo cuarto corresponde a una aplicación práctica de la materia, a través del análisis de algunas sentencias de reparación ambiental emanadas del Segundo Tribunal Ambiental y del Tercer Tribunal Ambiental y, sólo a modo ilustrativo pues no cuenta con sentencias de reparación por daño ambiental, algunos fallos de reclamación emanados del Primer Tribunal Ambiental. Lo anterior se expone con la intención de ilustrar y, si es posible, determinar si los Tribunales Ambientales, expresan o declaran la utilización de algún estándar al resolver la contienda o si este de algún modo se manifiesta en tales decisiones judiciales, o bien el tema aun no es abordado plenamente, siguiendo nuestros tribunales el arraigado uso de fallar conforme a los antecedentes probatorios tenidos a la vista en el proceso y verificando que ellos hayan logrado, sin más, el convencimiento del juez.

## Capítulo I. La verdad, la prueba y los hechos probados

Quizás como nunca antes en la historia de las democracias, los ciudadanos han sido conscientes de su derecho a obtener justicia en los distintos aspectos que conlleva la vida en sociedad. La evolución del racionalismo, la secularización, junto a otras tendencias filosóficas, han logrado devenir en distintas manifestaciones sociopolíticas alrededor del mundo,<sup>2</sup> y han dejado en evidencia que existe un sentimiento social de injusticia que trasciende a todos los espacios del diario vivir y a todas las relaciones entre personas e instituciones. Ciertamente, ello también alcanza a los sistemas jurídicos y los procesos judiciales, los que han venido reformándose durante la segunda parte del siglo XX y prácticamente todo lo que ha transcurrido del siglo XXI. En palabras del Ministro de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Sr. Roberto Contreras Olivares, “los requerimientos de justicia han cambiado. Constantemente individuos mejor informados de sus derechos exigen más rápidas y oportunas respuestas. Se cuestionan las decisiones, los procedimientos, y se evalúa muy cercanamente el actuar de sus autoridades, los jueces”.<sup>3</sup> Es decir, importa más el contenido y la calidad de las decisiones que finalizan un proceso judicial. Hoy preocupa que el fin del proceso sea una decisión justa. En este sentido, se cree que la decisión es justa “no sólo cuando es el resultado de la correcta interpretación de los hechos del caso concreto, sino también (...) cuando se fundamenta en una averiguación verdadera de estos hechos”.<sup>4</sup>

### 1) La verdad como presupuesto de una sentencia justa

Aunque en la actualidad es poco controvertido que la verdad dentro del proceso es “el objetivo epistémico por excelencia del proceso”<sup>5</sup>, históricamente no siempre fue así. Tradicionalmente, se entendió el proceso como una serie de actos sucesivos que tienen como fin la resolución de un conflicto intersubjetivo de relevancia jurídica a través de una sentencia judicial<sup>6</sup>. Así visto, el asunto que constituye el conflicto jurídico está regido por una norma, y esta normalmente tiene una estructura en

---

<sup>2</sup> Refiriendo a las más llamativas y contemporáneas, los movimientos feministas y raciales “#MeToo”, “Black Lives Matter” y las revueltas acontecidas producto del asesinato de George Floyd, el llamado “estallido social” vivido en Chile durante el último trimestre de 2019, las protestas de los “chalecos amarillos” en Francia, entre otros ejemplos a nivel mundial.

<sup>3</sup> (Contreras, 2012)

<sup>4</sup> (Taruffo 2013, p. 83)

<sup>5</sup> (Valenzuela 2013, p.13)

<sup>6</sup> (Couture 2007, p.99)

la que existe un enunciado que describe en abstracto un hecho y una o más consecuencias jurídicas asociadas a la ocurrencia del hecho descrito por la norma<sup>7</sup>. Esta característica de las normas y de su aplicación permiten sostener que el proceso, además de tratarse de una serie de actos destinados a resolver un conflicto, es epistémico. Es decir, al proceso le interesan los hechos. No solo eso, sino que la averiguación de la verdad de cómo ocurrieron los hechos que se juzgan es el objetivo principal del proceso<sup>8</sup>. Esta afirmación, por intuitiva que parezca<sup>9</sup>, no se condice con el *tradicional* abandono que dentro de las Ciencias del Derecho ha sufrido históricamente el estudio de los hechos. Diversas razones explican el lugar “fuera” del Derecho que hasta décadas recientes se ha asignado al estudio de la prueba.

La época de la Ilustración heredó a los juristas post ilustrados la noción de que el conocimiento empírico es posible a través de la experiencia, de modo tal que, si un hecho ha tenido lugar en el mundo, entonces éste puede ser probado, sin dar lugar a cuestionamientos sobre cómo es posible el conocimiento del hecho. Ante tal escenario, y al no tener dilemas en cuanto a la posibilidad de conocer los hechos, los juristas se abocaron de lleno a resolver las cuestiones relativas al derecho. Esta idea de conocimiento pleno de los hechos tuvo que ser descartada posteriormente gracias a la corriente empirista, cuya culminación fue a través del filósofo David Hume. Ya en este punto se creía que el conocimiento a través de la experiencia era incapaz de producir certeza, y con motivo de la crítica de Hume<sup>10</sup> en su tratado de la naturaleza, se perdió la confianza en el conocimiento empírico, pues si este es incapaz de producir certeza, sería entonces válido.

La consecuencia de la crítica de Hume al empirismo implicaría necesariamente una revisión de la idea de que el único conocimiento válido es aquel que proporciona certezas irrefutables, si lo que se pretende es dotarlo de fundamento racional. Ya entrado el siglo XX, los diversos intentos por fundar racionalmente el conocimiento empírico de carácter absoluto se encontraron con la inevitable incapacidad de explicar el mundo, debiendo conformarse solo con describirlo. Se volvió, entonces, necesario aceptar como válidas las proposiciones fácticas que gozaran, simplemente, de cierto grado

---

<sup>7</sup> (Wróblewski 1973, p. 162)

<sup>8</sup> (Valenzuela, *loc. cit.*)

<sup>9</sup> Taruffo señala al respecto que “en el fondo de las concepciones que, en los distintos ordenamientos, se refieren a la prueba judicial está la idea de que en el proceso se pretende establecer si determinados hechos han ocurrido o no y que las pruebas sirven precisamente para resolver este problema”. (Taruffo 2002, p. 21)

<sup>10</sup> (Hume 2001)

de apoyo evidencial<sup>11</sup>. Esta confirmación “en cierto grado” de las hipótesis no vuelve a estas, claro está, deductivamente concluyentes, es decir, verdades absolutas, sino que solo “probables”. Ante este escenario, la única manera de sostener que es posible formular conocimiento empírico y racional es a través del abandono de la idea de que el conocimiento válido es aquel que proporciona verdades irrefutables. El nuevo fundamento objetivo del conocimiento empírico se halló en la lógica inductiva, esto es, el conjunto de reglas que permiten determinar el grado de confirmación de los hechos. En este sentido, el conocimiento no es ya cierto o falso, sino que cuenta con alguna probabilidad de ser correcto o de efectivamente corresponderse con la realidad.

Como complemento, en la vereda jurídica, diversas teorías *verifóbicas* intentarían demostrar que la verdad no es alcanzable y que, por tanto, no debiese perseguirse en el proceso, atendida la falibilidad de los datos sensoriales y el hecho de que cada persona es capaz de percibir cierto fragmento de la realidad de manera diversa. Según estas teorías, la realidad no es factible, sino que más bien sólo existen interpretaciones de ella.<sup>12</sup> Promueven también la desconexión entre la verdad y el proceso, aquellas posiciones ideológicas que veían en el proceso (civil) un mecanismo de solución de conflictos, en el que la verdad no debe perseguirse, en la medida en que no es necesaria para proveer de soluciones prácticas a los conflictos<sup>13</sup>. La negación del rol de la verdad se produjo porque en un proceso sin pretensiones cognoscitivas -que está dirigido a la solución de conflictos mediante una solución que satisfaga a las partes- la verdad no es necesaria, deviniendo en una mera externalidad o *by-product* del proceso, o resulta incluso contraproducente para dicho objetivo dados el tiempo y los recursos económicos implicados en la labor de descubrimiento empírico desarrollada por las partes o el juzgador<sup>14</sup>.

Estas posiciones omiten considerar que resolver el conflicto es solo una de las condiciones de legitimidad del proceso, pues también es necesario que la solución al conflicto sea justa<sup>15</sup>. Esta condición de justicia no puede satisfacerse si las consecuencias jurídicas que contempla una norma se

---

<sup>11</sup> (Gascón Abellán 2010, p. 21) Cita la obra de Hempel como aquella en que se consagraría la legitimidad de las proposiciones que no describen sucesos directamente observables siempre que pudieran inferirse lógicamente de ellas proposiciones observables. Es este el “método de la hipótesis”. (Hempel, p. 36)

<sup>12</sup> (Taruffo 2013, p. 239)

<sup>13</sup> (Damaska 2000, pp.129-132)

<sup>14</sup> (Taruffo 2002, p. 38)

<sup>15</sup> (Taruffo 2002, p. 63)

asignan cuando la hipótesis de hecho que ésta contempla no se verifica<sup>16</sup>. Más aún, mientras una de las funciones principales del derecho sea dirigir la conducta de las personas, y que esta función se instrumente a través de normas jurídicas que poseen la estructura condicional mencionada previamente, parece difícil sostener que la verdad no tenga un rol relevante dentro del proceso. Como indica Ferrer, solo en la medida en que el proceso se encamine a la averiguación de la verdad de los hechos podrá el derecho tener algún éxito en influenciar la conducta de sus destinatarios<sup>17</sup>. Sólo si los miembros de la sociedad observan que la infracción de normas genera como resultado que el infractor será sancionado, tendrán el incentivo de mantener sus conductas dentro de los parámetros que las leyes establecen. O al revés, si las personas observan que un infractor no es investigado, o si observan que en el juicio no existe una intención real de esclarecer los hechos y de sancionar a los responsables, no se verán motivados o compelidos a actuar dentro de la norma.

## 2) Conocimiento procesal del hecho

Establecida la relevancia de la verdad, es menester ahora establecer la forma en que debe determinarse para poder aplicar correctamente la norma y una caracterización de aquella *verdad*.

Se dijo anteriormente que el conocimiento tiene carácter probabilístico, toda vez que no es posible ofrecer certeza absoluta sobre la realidad, sino sólo hipótesis con determinado grado de confirmación. El conocimiento procesal de los hechos, como modalidad del conocimiento humano, no está ajeno a esta limitación. Ello, porque el conocimiento procesal es imperfecto y relativo, pues se da dentro de un contexto en que la búsqueda de la verdad es forzada a coexistir con otros fines, tales como la resolución de un conflicto. Esto singulariza el conocimiento procesal como una forma *institucionalizada de conocimiento*, en la que la averiguación de la verdad se halla condicionada o limitada por normas *no epistemológicas* que, al responder a otros intereses, dificultan la obtención de conclusiones probatorias cercanas a la realidad.

---

<sup>16</sup> (Taruffo 2002, pp. 68-69). Existen ejemplos diversos de racionalización del principio de verdad, entre los que identifica Taruffo la concepción de la justicia como reconocimiento de la verdad que descansa sobre la corroboración de la conformidad con los hechos; la identificación de Wroblewski de una *“ideología legal-racional”*, en la que la verdad aparece como rasgo esencial de una decisión que, resultado de un proceso cognoscitivo complejo desarrollado según directivas jurídicas y filosóficas, que es justificable y controlable. Asimismo, Ferrajoli, particularmente referido al juicio penal sostiene que “una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida “con verdad”, es decir, basada sobre juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y recognoscitivos (del derecho), sujetos como tales a verificación empírica.

<sup>17</sup> (Ferrer Beltrán 2007, p. 30)

Dentro de este carácter particular del conocimiento procesal, se debe incluir el rol del juez y su proceso de convicción. La formación de la convicción judicial sobre los hechos implica la ejecución de un juicio de aceptabilidad que, a través de las informaciones aportadas al proceso, valora la posibilidad de que la hipótesis fáctica sea verídica<sup>18</sup>. Lo normal es que el grado de probabilidad de las hipótesis fácticas se determine en el proceso mediante la lógica inductiva, esto es, a través de las leyes, reglas, criterios o máximas de la experiencia<sup>19</sup>. Las reglas de la lógica pertenecen a la epistemología general, pero se transforman en reglas estrictamente jurídicas cuando adoptan la forma de cada una de las normas del sistema jurídico que imponen una consecuencia jurídica si un hecho individual puede condecirse con el supuesto de hecho de la norma.

Así las cosas, asumir que la prueba solo arroja resultados probables sugiere la ineficacia de los modelos de prueba legal tasada para cumplir con el fin del proceso en lo relativo a la búsqueda de la verdad. Es inevitable el rechazo al paradigma de valoración formal de la prueba conforme al cual su valor es fijado *a priori* por el legislador por ser inconsecuente con este presupuesto<sup>20</sup>. Si el objetivo es buscar la verdad, podría producirse el caso en que el legislador otorgue valor de certeza a medios probatorios que no alcanzan tal grado de probabilidad mirado desde un prisma epistemológico, pero esté obligado a darle certeza por las normas que asignan valores a la prueba.

La noción probabilística del conocimiento motivó un cambio en la valoración de la prueba, que significó la adopción de modelos de valoración fundados en la búsqueda de la convicción del juzgador, en la que éste, haciendo uso de esquemas inductivos, adquiere el convencimiento suficiente para dar por probado un hecho a la luz de la prueba producida<sup>21</sup>. Este principio, el de modelo de la *libre convicción*, fue el resultado de la sustitución del razonamiento deductivo característico de la prueba legal y se erigió como *principio metodológico negativo*, como garantía epistemológica que libera al juez de las pruebas legales, de modo que estas dejan de ser suficientes para fundar por sí mismas una decisión.

Esta concepción, que no pretendía convertirse en una persuasión libérrima del juzgador o, dicho de otro modo, en que el juez no se hallare constreñido por las pruebas, se transformó precisamente en ello. El

---

<sup>18</sup> (Taruffo 2002, pp. 199-200)

<sup>19</sup> (González Lagier 2003, pp 39 y ss.)

<sup>20</sup> (Gascón Abellán 2010, p. 141)

<sup>21</sup> (*Ibid.*, p. 32.)

convencimiento del juez sustituyó completamente el razonamiento indagatorio, suplantando a las pruebas o, al menos, permitiendo su ponderación totalmente discrecional e indiscutible, abandonando toda construcción epistemológica depurada en favor de una epifanía que aparentemente debía experimentar<sup>22</sup>. Si la prueba había dejado de ser condición suficiente para fundar una decisión, ahora dejó incluso de ser necesaria<sup>23</sup>. En este modelo, que se denominó *concepción subjetivista o persuasiva de la prueba*, el juzgador cuenta con una libertad casi absoluta para formar su convicción<sup>24</sup>. En el centro de esta concepción se recurre a estados psicológicos del juzgador para la toma de la decisión de los hechos<sup>25</sup>. Así, se omitió la tarea de construir una teoría sólida sobre la valoración de la prueba dando espacio a que la convicción fuera íntima, incommunicable, irracional, incontrolable y arbitraria. Un resultado paradójico si se tiene presente que el abandono de los antiguos esquemas de prueba legal se produjo precisamente porque estos hacían arribar a conclusiones irracionales<sup>26</sup>.

### 3) Concepción racionalista de la prueba.

En la actualidad existen diversos planteamientos acerca de la prueba en el proceso. En lo que se denomina *concepción racionalista o cognoscitivista de la prueba*, se comparte un núcleo común de presupuestos, sosteniendo que la finalidad preminente de la prueba es la averiguación de la verdad, refiriendo a una noción de verdad como correspondencia<sup>27</sup>.

En un modelo de este tipo se recurre necesariamente a los esquemas propios de la epistemología general<sup>28</sup> de modo tal que, a pesar de ser el conocimiento empírico esencialmente probable, permite desarrollar la fijación judicial de los hechos como una actividad racional, ajeno a la emotividad o intuición.

---

<sup>22</sup> (Accatino Scagliotti 2006, p. 13)

<sup>23</sup> (Gascón Abellán 2010, p. 34)

<sup>24</sup> "Dentro de ese método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos". (Couture 2007, p. 223)

<sup>25</sup> En particular en esta concepción la legitimación de la decisión del juez está mediada por una interpretación fuerte del principio de inmediación, lo que implican que la convicción debe resultar de las pruebas rendidas en el caso y que no puede ser revisada. (Ferrer Beltrán 2007, pp. 62-63).

<sup>26</sup> Cuando se renuncia a la racionalidad como método para hallar anclajes empíricos precisos y se enfatiza en el carácter subjetivo del juicio de hecho para basarlo en valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho se realiza un modelo jurisdiccional autoritario y decisionista que degrada la verdad procesal de la verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, a convencimiento íntimamente subjetivo y, por tanto, irrefutable del juzgador. (Ferrajoli 1995, pp. 44-45)

<sup>27</sup> (Gascón Abellán 2010, pp. 50 y ss.)

<sup>28</sup> (Ferrer Beltrán 2007, p. 45)



El grado de probabilidad o confirmación de un hecho (más propiamente, de un enunciado sobre un hecho) estará determinado por una serie de factores que se resumen de la siguiente manera: a) la fiabilidad de las máximas de la experiencia manejadas; b) la fiabilidad de las informaciones o pruebas utilizadas; c) la cantidad y variedad de informaciones; d) el número de pasos inferenciales que separan la hipótesis de las pruebas; e) el número de hipótesis alternativas posibles y su grado de probabilidad<sup>29</sup>.

Estas reglas, proporcionadas por el modelo cognoscitivista o racionalista, que se constituyen como criterios racionales de determinación de la verdad de los hechos de la causa y a las cuales se refiere el Derecho Procesal como *reglas de la sana crítica*, vienen a completar el principio de libre valoración, el cual en sí mismo solo se impone como criterio metodológico negativo al proscribir el modelo de valoración legal, sin decir qué criterios han de usarse. Son las reglas de la sana crítica propiamente tal las que sí se presentan como criterios metodológicos positivos al señalar, por una parte, qué criterios han de usarse y, por otra, qué otros no<sup>30</sup>.

Decir que el proceso acoge la teoría racionalista de la prueba, sin embargo, no es sólo decidirse por valorar de acuerdo con la sana crítica y explicitar la elección de un estándar de prueba. Cada momento de la etapa probatoria puede ser *racionalizable* por decirlo de algún modo, pues no existe en sí un catálogo de instrucciones del racionalismo probatorio. A fin de aportar una aproximación a las distintas manifestaciones del racionalismo en la etapa probatoria, nos remitiremos a los sucesivos momentos que identifica Ferrer en la toma de decisiones: “a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; b) la valoración de esos elementos; y c) propiamente, la adopción de la decisión”<sup>31</sup>.

#### a) Conformación del conjunto de elementos de prueba

En el primero de estos momentos, el de conformación de los elementos de prueba, intuitivamente podría pensarse que mientras más pruebas se tengan a mano, el empirismo y la lógica matemática nos indicará que tendremos mayores probabilidades de llegar a conocer la verdad de un hecho. Tratándose

---

<sup>29</sup> (Gascón Abellán 2010, pp. 178-187); Una enumeración ligeramente diferente (González Lagier 2003, pp. 45-55)

<sup>30</sup> (Gascón Abellán 2010, p. 143)

<sup>31</sup> (Ferrer Beltrán 2007, p. 41)

del ámbito del derecho, una postura que refleje esta premisa debiera postular que el proceso judicial debiese estar abierto a todas las pruebas que las partes pudiesen aportar. En tal sentido, encontramos la teoría propuesta por Jeremy Bentham, quien postulaba que la verdad debía ser conocida por un “sistema natural de conocimiento, propia del sentido común y de la epistemología general, y no a través del denominado derecho probatorio que, en la Inglaterra de su época, estaba formado básicamente por un conjunto de reglas de exclusión que limitaban las posibilidades de conocimiento.”<sup>32</sup>

Desde la lógica empirista matemática estaríamos de acuerdo con la tesis de Bentham, si es que de lo que habláramos fuera únicamente de la averiguación de una verdad histórica o científica. Toda la prueba existente y disponible debiera ser considerada, con el único filtro de que ésta fuese relevante para el estudio que se realiza. Sin embargo, en el contexto jurídico, no podemos estar de acuerdo con una teoría de tales postulados. La razón para ello es que, dentro del contexto del proceso, nos hallamos ante la colisión de dos intereses antagónicos que, a su vez, traen aparejados derechos contrapuestos. Estos derechos no son exclusivamente aquellos cuya existencia o primacía se discuten en juicio, sino una serie de otros elementos que social y jurídicamente no se está en condiciones de vulnerar, ni siquiera teniendo en mente la máxima de persecución de la verdad, y que son denominados por parte de la doctrina como los “fines extrínsecos a la prueba”<sup>33</sup>. Es por ello por lo que en la etapa de conformación de la prueba existen ciertas normas de exclusión, como por ejemplo aquella que proscribía la admisibilidad de prueba obtenida por medios ilícitos o en infracción a la privacidad, también se excluye la prueba irrelevante, y toda aquella que se presente fuera de los plazos o períodos establecidos para ello.<sup>34</sup>

#### b) Valoración de los elementos de prueba

Respecto a la segunda etapa de la regulación probatoria de Ferrer, la valoración de los elementos de prueba, la teoría racionalista de la prueba nos lleva a favorecer la libre valoración de la prueba, en detrimento de la teoría de la prueba legal o tasada, en la cual la norma impone el valor que el juez debe

---

<sup>32</sup> (Ferrer Beltrán 2013, p. 22)

<sup>33</sup> (Accatino 2019, p. 95)

<sup>34</sup> Los valores extrínsecos a la prueba no son únicamente aquellos que buscan proteger los derechos de particulares, sino también aquellos destinados a mantener debida celeridad y eficiencia en el proceso judicial, como la existencia de términos probatorios. No se puede hablar de una correcta aplicación de justicia si un juicio se extiende desmesuradamente en el tiempo, aunque sea que dicha dilación sea en pos de lograr alcanzar la verdad en el juicio. Al respecto, (Ferrer Beltrán 2007, p. 36).

darle a cada elemento probatorio. En la libre valoración, “deberá valorarse el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto” según los criterios generales de la lógica y de la racionalidad.<sup>35</sup> Esta etapa pretende que en su resultado, cada hipótesis fáctica que se ha ventilado en juicio tenga un determinado grado de confirmación, el cual sabemos que nunca será igual a la certeza absoluta.<sup>36</sup> En Chile, la forma en que se ha plasmado la libre valoración, es con la fórmula de la denominada “sana crítica”, que representa un punto medio entre la prueba legal y la libre valoración<sup>37</sup>, aunque en Chile esta se asocia más a un sistema de libre valoración antes que a uno legal.

En la sana crítica, el juez ya no está atado a valorar cada elemento de prueba según reglas, sino conforme a la “sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas”<sup>38</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, ello no significa que el sentenciador pueda regirse únicamente por su convicción, libre de todo parámetro. Precisamente se señala que la sana crítica corresponde a un punto intermedio, porque al momento de valorar la prueba el juez sí tiene lineamientos que de alguna manera regulan su proceso intelectual al enfrentarse a la prueba. A diferencia de lo que sucede en el sistema de libre valoración, el juez “no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente”<sup>39</sup>, sino que más bien debe guiarse por la lógica, la experiencia, o como se indica en la ley chilena: de acuerdo con las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados, y las máximas de la experiencia. Como resultado de este proceso, el juzgador de los hechos en el proceso debiese finalizar la valoración habilitado para atribuir grados o porcentajes de probabilidad inductiva a las hipótesis de los hechos que hayan realizado las partes, las cuales deberán enfrentarse al estándar en la fase probatoria de resultado.<sup>40</sup>

Y si la superación de la prueba legal significó un avance hacia estándares más racionales en cuanto a la valoración de los elementos de prueba, este proceso estaría incompleto si no hacemos referencia a la *fundamentación* como sostenedor vital del proceso racional de la libre valoración de la prueba. Otrora, la libre valoración de la prueba fue entendido no en su sentido originario, esto es, como ausencia de reglas de prueba legal o tasada, sino lisa y llanamente como ausencia de cualquier clase de criterios de control del razonamiento judicial sobre los hechos. Esta noción quedaba apuntalada por la

---

<sup>35</sup> (Ferrer Beltrán 2007, p.45).

<sup>36</sup> (*Ibid.*, p. 47)

<sup>37</sup> (Couture 2007, p. 221)

<sup>38</sup> (*Ibid.*, p.222)

<sup>39</sup> (*Loc. Cit.*)

<sup>40</sup> (Ferrer Beltrán 2007, p.139)

consideración de que la intermediación como una vía de acceso a la verdad (de acceso “inmediato”, precisamente) hacía no ya inexigible, sino en rigor imposible la motivación del juicio de hecho. Consecuencialmente, se creaban obstáculos de principio poco menos que insalvables para la revisión y control por vía de recursos de las declaraciones de hechos probados de primera instancia. Se concibió en virtud de la libre valoración al juicio sobre la prueba “como una especie de epifanía que sobreviene al juez en contacto inmediato con la evidencia y que no es susceptible de racionalización ni de control”.<sup>41</sup>

Contrariamente, para la teoría cognoscitivista o racionalista, es importante discutir la forma en la que el juez toma las decisiones, puesto que no deja de ser relevante conocer de dónde obtiene o cuál es la fuente de persuasión del juez, sea esta información extrajudicial, experiencias personales, prueba ilícita, entre otras. Se espera que el órgano decisor pueda formular razonamientos lógicamente válidos y que fundamente sus decisiones racionalmente. No basta que la decisión judicial concluya un silogismo práctico, y justifique con un razonamiento lógico, sino que, además, será necesario que esté justificada interna y externamente. La prueba no es diferente en materia jurídica y en otras ramas del conocimiento, pues se trata de una actividad eminentemente epistémica, es decir, encaminada a la averiguación de la verdad. Además, a esta teoría interesa que las decisiones judiciales sean controlables intersubjetivamente, y que la razón de la decisión y las conclusiones puedan ser reproducidas públicamente (ya que esto permite precisamente que tales motivaciones puedan ser sometidas a control). La manera de asegurar una suerte de “cadena de racionalidad” en esta etapa probatoria necesariamente deberá combinar tanto la libre valoración de la prueba, e interpretarla como la exclusión de la tasación legal de la prueba, pero que aún está sujeta a estándares generales de racionalidad (reglas de la sana crítica), las cuales deberán plasmarse mediante la motivación de la sentencia, y por lo tanto, pueda ser susceptible de revisión a través de la nulidad/casación, en vez de creer que la valoración libre remite a un estado mental íntimo del juez, irreproducible y por tanto imposible de revisar, por estar dentro de la facultad interpretativa propia del juzgador de primera instancia.<sup>42</sup>

### c) Toma de decisión

---

<sup>41</sup> (Accatino Scagliotti 2006, p. 13)

<sup>42</sup> (*Loc. Cit.*)

La tercera etapa probatoria corresponde a la toma de la decisión sobre “si el apoyo inductivo aportado por los elementos de juicio disponibles a una hipótesis es suficiente para tenerla por probada en el contexto de una determinada clase de proceso”<sup>43</sup>. El proceso de valoración permitió otorgar un determinado grado de apoyo empírico a cada una de las hipótesis en juego, grado de apoyo que es, por cierto, distinto a la certeza absoluta, por lo que el juzgador de los hechos se encuentra en un estado de incertidumbre<sup>44</sup> a pesar del cual está obligado a dictar sentencia.

Cual haya sido el resultado de la valoración de la prueba, nada se ha dicho sobre la decisión acerca de la hipótesis. Los esquemas de valoración de la prueba no indican cuál es el grado de apoyo empírico que requiere una determinada hipótesis para ser tenida por verdadera. Para ello es necesario aplicar un estándar de prueba.

#### 4) Estándar de prueba

##### a) Concepto

El estándar de prueba es la norma que indica al juzgador cuándo se ha conseguido dar por probado un hecho o, en otras palabras, cuándo está justificado aceptar como verdadera una hipótesis que lo describe<sup>45</sup>.

Que la hipótesis se tenga por verdadera no significa que lo sea: un enunciado del tipo “téngase por probada la hipótesis A” no vuelve verdadera a la hipótesis A. En efecto, parte de la importancia de entender cómo funciona un estándar de prueba (al estar contemplado para superar la incertidumbre intrínseca que acarrea la actividad de descubrimiento empírico en el derecho), es entender que se hace patente la incerteza, en lugar de pretender que la decisión autoritativa del juez está fundamentada en un estado de certidumbre que el juzgador alcanzó, de alguna forma que no necesariamente debe estar relacionada con conclusiones razonadas a partir de la evidencia.

Ahora bien, la formulación de un estándar de prueba requiere establecer: i) qué grado de probabilidad

---

<sup>43</sup> (Accatino 2009, p. 352)

<sup>44</sup> (Accatino 2011, p. 485)

<sup>45</sup> (Gascón Abellán 2005, p. 129) Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, p. 129.

se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera; y, ii) formular los criterios objetivos que indiquen cuándo se alcanza el grado de confirmación exigido<sup>46</sup>.

i. **Respecto a la elección del grado de certeza o probabilidad de certeza exigido por el estándar:**

al determinar cuál será el grado de certeza requerido en el proceso, debemos partir señalando que si lo que se busca es que el proceso sea racional, el estándar nunca podrá ser inferior que el de prevalencia de la prueba o prueba preponderante.<sup>47</sup> De acuerdo a este estándar, la proposición fáctica o hipótesis de hecho se tendrá por probada siempre que dicha hipótesis resulte más probable que cualquiera de las demás hipótesis alternativas sobre el mismo hecho, o que ésta sea más probable que su negación.<sup>48</sup> Los detalles de este estándar se elaborarán más adelante.

ii. **Requiere que los criterios que determinen el estándar sean objetivos:** como punto de partida para hablar de estándares de prueba objetivos, debemos distinguir entre los distintos caminos o maneras de ver los esquemas de valoración: ya sea según un esquema o razonamiento matemático, o uno basado en grados de confirmación. Los estándares basados en esquemas matemáticos se enfocan en estar determinados cuantitativamente, por lo que su objetividad no reviste mayores inconvenientes. Desde la vereda contraria, los estándares basados en grados de confirmación no son capaces de establecer un parámetro cuantificable<sup>49</sup>, sino que se enfoca en darle su exigencia en base a la esfera cualitativa de la misma, al describir el grado de confirmación que la prueba genera en el juzgador de los hechos. Consecuencialmente, ello trae aparejada la pérdida de la objetividad que posee el enfoque cuantitativo o matemático. Esta forma de concebir los estándares de prueba es la más difundida en las distintas tradiciones jurídicas entre jueces, jurados (en los sistemas que los contemplan) y tribunales<sup>50</sup>.

b) Distribución del riesgo de error en los estándares de prueba

Establecer un estándar de prueba mínimo o uno más exigente no solo determina qué tan probable debe ser una hipótesis para tenerse por verdadera, sino que, como consecuencia, el estándar de prueba

---

<sup>46</sup> (*Loc. Cit.*)

<sup>47</sup> (Isensee Rimasa 2018, p. 74)

<sup>48</sup> (Gascón Abellán 2005, p.130)

<sup>49</sup> (*Ibid.*, p. 135)

<sup>50</sup> (Laudan 2005, p. 98)

determina la forma en que se distribuye el riesgo de error generado por las condiciones de incertidumbre en que tiene lugar el proceso<sup>51</sup> y la frecuencia relativa de cada tipo de resultado erróneo<sup>52</sup>. Estos errores corresponden a los casos en que se da por probada una hipótesis cuando esta es materialmente falsa o, el caso contrario, cuando no se da por probada una hipótesis que es materialmente verdadera<sup>53</sup>. El primer caso se denomina *falso positivo* o *error tipo I*; el segundo, *falso negativo* o *error tipo II*. En una disputa jurídica, aquella parte que sostenga una hipótesis (a quien se asigne la carga de la prueba, usualmente la acusación en el proceso penal y el demandante en el proceso civil), deberá probarla al nivel que la regla de estándar de prueba requiera. Si no se alcanza este umbral, el actor perderá.

Mientras más exigente sea el estándar de prueba, más difícil será para el actor obtener un veredicto favorable: el juzgador de los hechos será menos tolerante a la duda, por lo que será más probable que se cometa un error del tipo II y será el actor quien cargue con el riesgo de que este error se materialice. Correlativamente, menor será la probabilidad de que se declare verdadera una hipótesis materialmente falsa y menor será el riesgo de error con el que cargue la defensa<sup>54</sup>.

En el mismo sentido, reducir la severidad del estándar de prueba traspasará parte del riesgo del actor al demandado a la vez que disminuirá la frecuencia relativa de los veredictos que declaren que no se ha logrado probar una hipótesis materialmente verdadera. Como se puede observar, el estándar de prueba es útil para reducir la cantidad total de errores o para reducir la cantidad de un tipo de ellos<sup>55</sup>, según la importancia que se asigne a los derechos, intereses o expectativas defraudadas en consecuencia de cada tipo de error. De este modo, un estándar de prueba expresa la decisión respecto de cuál de los errores posibles es más tolerable y qué tan tolerable es.

La pregunta que surge entonces es ¿qué razones existen para establecer un estándar de prueba más severo que uno que simplemente exige que la hipótesis se considere verdadera cuando es más probable

---

<sup>51</sup> (Stein 2005, pp. 133-134)

<sup>52</sup> "Because the standard of proof affects the comparative frequency of these two types of erroneous outcomes, the choice of the standard to be applied in a particular kind of litigation should, in a rational world, reflect an assessment of the comparative social disutility of each". (*In re Winship*, 397 U.S. 358, 371 (1970) Harlan, J., voto concurrente, citado por Pardo, 2009, p. 1088)

<sup>53</sup> La materialidad es una calificación utilizada por Laudan para distinguir, en el contexto del proceso penal, entre la declaración judicial de inocencia o culpabilidad de un acusado (inocencia o culpabilidad *probatoria*) y la circunstancia en que el acusado ha cometido o no el delito en realidad (inocencia o culpabilidad material). (Laudan 2013, pp. 33-37)

<sup>54</sup> (Ibid., pp. 107-110)

<sup>55</sup> La frecuencia relativa total de errores se reduce si el juzgador se inclina por declarar probada la hipótesis que parezca más probable, esto es, si se aplica un estándar como el del 50% o el de preponderancia de la prueba. (Kaye 1980, p. 604)

que su negación, el que por cierto asegura que se cometan menos errores? Las razones para esto pueden ser variadas, pero responden generalmente a consideraciones de orden político-moral, las que determinan que se considere que un tipo de error es más grave que el otro.

Para graficar cómo estas consideraciones político-morales influyen en la determinación del estándar de prueba, haremos un análisis de los estándares formulados más conocidos y utilizados en los distintos ordenamientos.

En los ordenamientos jurídicos comparados y en la academia existen diversas formulaciones de estándares de prueba, siendo particularmente conocidas y difundidas las originadas en el sistema anglosajón, pues ha sido en el seno de dicha cultura jurídica donde históricamente se ha puesto mayor atención al dilema planteado por el estándar de prueba.

### c) Tipos de estándar de prueba

#### i. Preponderancia de la evidencia

En el sistema de los Estados Unidos, se distinguen tres estándares de prueba. Uno de ellos es el de preponderancia de la evidencia, alternativamente llamado de balance de probabilidades o *more probable than not*, correspondiente a aquel estándar mencionado anteriormente que garantiza una racionalidad mínima de la decisión judicial. En términos de probabilidades, este estándar equivaldría a una regla de  $p > 0.5$ , según la cual se considera como verdadera aquella hipótesis que alcanza un grado de confirmación mayor que la hipótesis contraria<sup>56</sup>, siempre y cuando sea también más probable que su negación.

Este estándar es considerado como la regla típica de decisión en casos civiles porque trata igualitariamente a las partes en el proceso al establecer una distribución casi<sup>57</sup> equitativa del riesgo de error, poniendo de manifiesto que el disvalor de un error en perjuicio de una parte es el mismo que el

---

<sup>56</sup> (Ferrer 2007, pp 47-49)

<sup>57</sup> En este sentido Bayón sostiene que un sistema que aplica este estándar de prueba es mínimamente sensible a la distribución del riesgo toda vez que no corrige la asignación del mismo que resultaría de tener por probada la hipótesis con un grado de confirmación más alto, pero al menos dirime qué parte está llamada a soportar el riesgo cuando las hipótesis tienen el mismo grado de confirmación. (Bayón 2010, p. 15)



de un error en perjuicio de la otra<sup>58</sup>. Por otra parte, este estándar sirve mejor a la verdad dado que lleva a que se cometan menos errores al declarar la verdad o falsedad de una hipótesis<sup>59</sup>, por lo que expresaría predilección por la disminución total de errores<sup>60</sup>.

ii. Más allá de toda duda razonable

Mientras que el estándar de preponderancia de la prueba no demuestra preferencia por alguna de las partes en lo que respecta a la distribución del riesgo de error, el estándar *más allá de toda duda razonable* manifiesta una clara intención del legislador de proteger en este aspecto al sujeto pasivo de la relación procesal. Este estándar es el típicamente exigido en casos criminales y exige que la hipótesis acusatoria sea probada a un nivel mucho más alto que la preponderancia de la prueba. Como se verá, el contenido exacto de este estándar es sumamente discutido, pero puede señalarse que exige que la prueba debe ser suficiente como para alcanzar un estado cercano a la certeza<sup>61</sup>.

Al exigir mayor prueba que la meramente preponderante, aumenta el riesgo de incurrir en un error al declarar como no probada una hipótesis materialmente verdadera y, correlativamente, disminuye el riesgo de declarar probada una hipótesis materialmente falsa. Bajo este estándar, es muy probable que una duda que surja respecto de la hipótesis acusatoria y que hubiera sido apta para declararla probada bajo un estándar menos exigente, termine en una absolución<sup>62</sup>. La defensa goza de gran parte del beneficio de la duda mientras que gran parte del riesgo de error recae sobre la acusación<sup>63</sup>.

Esta asimetría materializa la desigual valoración respecto de los errores posibles en un juicio criminal: la mayor cantidad de falsos negativos que resultan del proceso es tolerada porque el disvalor de una

---

<sup>58</sup> “In a civil suit between two private parties for money damages, for example, we view it as no more serious in general for there to be an erroneous verdict in the defendant’s favor than for there to be an erroneous verdict in the plaintiff’s favor.” (*In re Winship*, 397 U.S. 358, 371 (1970) Harlan, J., voto concurrente, citado por Pardo, 2009, p. 1089)

<sup>59</sup> (Kaye 1980, p. 605)

<sup>60</sup> Porque difícilmente puede cumplirse el objetivo procesal de resolver conflictos cuando la verdad no es un objetivo del proceso igual o más preminente. (Clermont y Sherwin 2002, p. 270) Como ejemplo de proceso en que la verdad parece no ser un objetivo relevante, Taruffo cita el Código Procesal Italiano de 1988, el que parecería estar dirigido sobre todo a implementar el principio de contradicción entre las partes. (Taruffo 2005, p. 117)

<sup>61</sup> (Laudan 2008, p.14)

<sup>62</sup> (Accatino 2011, p.487)

<sup>63</sup> “In the administration of criminal justice, our society imposes almost the entire risk of error upon itself. This is accomplished by requiring under the Due Process Clause that the state prove the guilt of an accused beyond a reasonable doubt”. (*Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, 423–24 (1979), citado por Pardo, 2009, p. 1089)

convicción falsa es mucho más alto que el de una falsa absolución<sup>64</sup>.

iii. De los estándares intermedios

Si los estándares de prueba consisten en una regla de juicio de probabilidad, es razonable pensar la existencia de una regla que exija una probabilidad de cualquier otro punto entre 50 y 100%. En abstracto, un estándar de prueba podría exigir cualquier grado de confirmación que se ubique ente el preciso balance de probabilidades y la certeza absoluta y, si consideramos la diversidad de intereses y bienes que se ponen en juego ante la posibilidad de error en los distintos tipos de proceso (o dentro de un mismo tipo, según la naturaleza del asunto sometido a conocimiento del tribunal), es posible imaginar escenarios en que tendría sentido plantear el uso de un estándar de prueba más exigente que el de la preponderancia de la prueba pero menos exigente que el estándar más allá de toda duda razonable.

En este punto surge una tercera vía de estándares de prueba que crea asimetría en lo relativo a la distribución del riesgo de error en favor del demandado, pero una no tan marcada como en el caso del estándar utilizado en materia criminal. En el derecho norteamericano este (tipo de) estándar ha sido llamado “*prueba clara y convincente*” y se aplica en casos civiles en los que errores pueden afectar importantes intereses individuales<sup>65</sup>, considerándose más costosos o de mayor entidad<sup>66</sup>. Por ejemplo, casos en los que una decisión desfavorable para el demandado trae aparejada algún tipo de condena social, controversias donde se ven comprometidas las libertades civiles, o disputas entre parejas divorciadas sobre el cuidado de los hijos<sup>67</sup>.

En Inglaterra, el umbral intermedio toma el nombre *Higher Standard of Proof*, el cual tiene lugar en juicios en que las conductas ventiladas en un juicio civil tienen consecuencias penales<sup>68</sup>.

Así como estos estándares surgen como desviaciones de la regla de preponderancia de la prueba en

---

<sup>64</sup> “[W]e do not view the social disutility of convicting an innocent man as equivalent to the disutility of acquitting someone who is guilty.” (*In re Winship*, 397 U.S. 358, 372 (1970), citado por Pardo, 2009, *loc. cit.*)

<sup>65</sup> (Pardo 2009, p. 1090)

<sup>66</sup> “This Court has used the ‘clear, unequivocal and convincing’ standard of proof to protect particularly important individual interests in various civil cases.” (*Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, 423–24 (1979), citado por Pardo, 2009, *loc. cit.*)

<sup>67</sup> (Larroucau Torres 2012, p. 791)

<sup>68</sup> (*Loc. cit.*)

asuntos civiles, también se ha planteado que una sentencia errónea no tendrá siempre las mismas nefastas consecuencias que se tienen en mente al justificar el estándar de la duda razonable. En este sentido, Laudan sostiene que, de hecho, hay múltiples estándares de prueba operando a lo largo de un procedimiento penal<sup>69</sup> toda vez que cada vez que se toma una decisión (la que no necesariamente es aquella sobre la verdad o falsedad de la hipótesis acusatoria) existe un estándar de prueba asociado<sup>70</sup>, sea este implícito o explícito. Asimismo, en el ámbito del proceso penal existen distintos tipos de procedimientos que dan cuenta de una gravedad disminuida de la conducta que supuestamente desplegó el acusado, como es el caso de los procedimientos abreviados o simplificados, donde bien es posible que dentro de las consecuencias asociadas a una decisión condenatoria no se incluya la privación de libertad del individuo, por lo que un error en este sentido no será tan “costoso”.

#### d) Los fallos de los estándares de prueba

Es importante destacar que la diversidad de estándares de prueba manifestada por la existencia de estándares intermedios revela un sistema de administración de justicia refinado, “capaz de identificar los diferentes umbrales que reclaman los conflictos que se ventilan por vía judicial”<sup>71</sup>. Sin embargo, los estándares mencionados han demostrado fallar en la misión de guiar la toma de la decisión de forma consistente con los objetivos que se les atribuyen.

Se mencionó al inicio de la sección que la referencia a probabilidades específicas era meramente referencial, y cabe remarcar que si los estándares de prueba fueran posible de formular en términos de probabilidad específica (50% para el estándar de preponderancia de la prueba, 75% para prueba clara y convincente y 95% para más allá de toda duda razonable), sería simplemente imposible para el juzgador asignar un valor en estos términos a su creencia sobre la probabilidad de la hipótesis evaluada de una forma que no sea meramente arbitraria<sup>72</sup>. Más aun, quienes se han encargado del tema en el derecho continental parecen estar de acuerdo en que estos modelos son insostenibles, de modo que el proceso de valoración y decisión debe hacerse según los esquemas de probabilidad inductiva.

---

<sup>69</sup> (Laudan 2013, pp. 133-134)

<sup>70</sup> Por ejemplo, para proceder al arresto de un sospechoso o para decretar una medida cautelar.

<sup>71</sup> (Larroucau Torres 2012, p. 791)

<sup>72</sup> No existe forma de asignar un valor numérico preciso a la creencia inicial del juzgador ni de cuantificar cómo esta varía según la prueba vertida en el proceso. (Laudan 2005, p. 103)

Muchas de estas falencias tienen su origen en la ambigüedad y vaguedad de frases como “preponderancia”, “más probable que no” o “duda razonable”. Las fórmulas utilizadas para definir estándares de prueba simplemente no son auto explicativas. ¿A qué refiere *preponderancia*? ¿Peso, fuerza, cantidad? ¿Qué hace que una duda sea razonable? Estas reglas no proporcionan por sí mismas directrices suficientes para determinar cuándo una hipótesis puede ser declarada verdadera, y los intentos para delimitar el contenido de las fórmulas usualmente terminan haciendo referencia a estados mentales del juzgador al enfocarse -erróneamente- en sus creencias subjetivas en lugar de alguna característica de la evidencia<sup>73</sup>. Considérese como ilustrativa la investigación de Laudan sobre el estándar de prueba de la duda razonable<sup>74</sup>, en la que consigna interpretaciones de la *duda razonable* en los tribunales de los Estados Unidos como “aquella seguridad en creencias que consideramos apropiadas para la toma de decisiones importantes de la vida”<sup>75</sup>, “el tipo de duda que haría a una persona prudente vacilar en actuar”<sup>76</sup>, “convicción estable en la culpabilidad del acusado”<sup>77</sup>, “aquella duda para la cual puede ofrecerse una razón”<sup>78</sup>, “una creencia altamente probable”<sup>79</sup>, o simplemente asumir que la noción de duda razonable se explica por sí misma<sup>80</sup>. Ninguna de estas interpretaciones dice algo sobre el tipo de prueba que se requiere para condenar o de su estructura, ni de cómo diferenciar entre hipótesis rivales capaces de explicar el mismo conjunto de información.

Ante esta deficiencia de los estándares de prueba (llamémosles *clásicos*) surgen alternativas. La *inferencia a la mejor explicación* es una idea que es sostenida como el mejor esquema que reproduce el modo en que debería desarrollarse el razonamiento probatorio<sup>81</sup>: entre varias hipótesis alternativas que explican el conjunto de la evidencia, aquella que lo explica mejor tiene mayor probabilidad de ser verdadera, donde “explicar mejor” se define en términos de criterios tales como simplicidad, coherencia, ausencia de hipótesis *ad hoc* y compatibilidad con otras hipótesis ya corroboradas<sup>82</sup>.

El problema de esta idea es que no existe acuerdo acerca de cuáles debieran ser los criterios que definen cuál es la mejor explicación ni tampoco acerca de cómo se prefieren en caso de que estos criterios

---

<sup>73</sup> (Laudan 2013, p. 88)

<sup>74</sup> (Laudan 2013, pp. 64 y ss).

<sup>75</sup> (Laudan 2013, p. 68)

<sup>76</sup> (*Ibid.*, p. 70)

<sup>77</sup> (*Ibid.*, p. 71)

<sup>78</sup> (*Ibid.*, p. 74)

<sup>79</sup> (*Ibid.*, p. 79)

<sup>80</sup> (*Ibid.*, p. 84)

<sup>81</sup> (Pardo y Allen 2008, citado por Bayón, 2010, p.22)

<sup>82</sup> (Bayón 2010, 23)

entren en conflicto. Se ha sostenido, también, que la inferencia a la mejor explicación no constituye un buen estándar porque podría darse el caso en que la mejor explicación aun sea insuficientemente plausible o que la peor explicación sea lo suficientemente plausible como para no tener la mejor por probada.

Esta crítica solo hace patente que la *inferencia a la mejor explicación* no tiene como función distribuir el riesgo de error, sino que asignar grados de corroboración y minimizar los errores. Y, precisamente, porque la inferencia a la mejor explicación solo permite establecer una relación ordinal entre las distintas hipótesis, un estándar de prueba con el que se quisiera establecer una distribución desigual del riesgo de error devendría inevitablemente en irracional<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> (*Loc. cit.*)

## Capítulo II. Deconstruyendo el bien jurídico ambiental

La idea de que los estándares de prueba en nuestro ordenamiento jurídico no cuentan con un desarrollo conceptual que nos permita delimitarlos o dotarlos de contenido, no obsta al hecho de que cada uno de los procesos judiciales que se sustancian en las distintas instancias y procedimientos regulados en nuestro ordenamiento jurídico (como en el derecho comparado), cuentan con un estándar que habilita al juzgador de los hechos a determinar cuándo una hipótesis fáctica se debe dar por probada.

Habiendo ya revisado la relación entre la verdad, el proceso y la aproximación del juez a ella mediante la rendición de la prueba, y cómo esta simbiosis requiere la identificación de los estándares de prueba y de su rol, este apartado aproximará esta discusión eminentemente *procesalista* al procedimiento de reparación por daño ambiental. Para acercarnos al punto en el que el estándar debiera estar situado, en primer lugar, se analizará la creación del bien jurídico consistente en “vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, para luego acercar esta discusión a las variables que ayudan a determinar qué estándar debiese aplicarse en el procedimiento estudiado.

### 1) La protección ambiental en Chile

Para dar cuenta del ámbito regulatorio que existe en Chile en orden a proteger y a resguardar el medio ambiente, es menester revisar el *set* normativo que se encarga de este tema. Este obedece a una necesidad que se vino gestando no solo en nuestro país, sino a nivel mundial, desde la segunda mitad del siglo XX, en que se comenzó a dar énfasis a las consecuencias de la creciente industrialización de los países y los efectos negativos que el desarrollo económico y de explotación de materias primas estaba teniendo para los distintos tipos de ecosistemas.

#### a. Constitución Política de la República (1980)

Previo a la Constitución de 1980, la regulación que protegía el medio ambiente era insuficiente<sup>84</sup>. En efecto, durante la vigencia de la Constitución de 1925, constitucionalmente “no [se] hacía alusión ni

---

<sup>84</sup>Sin perjuicio de lo señalado, el Código Civil de 1850 contenía una incipiente regulación en favor de ciertos bienes comunes. De esta forma, los artículos 937, 948 y 2333 del Código Civil, en los que se legitima para accionar a quienes obraren en favor del aire, de las plazas, caminos, y lugares de uso públicos ejemplifican de buena manera lo que debíamos entender en la época previa de la consagración constitucional de la garantía de vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Art. 19 N° 8 CPR), la protección al medio ambiente o algunos de los que hoy podríamos considerar parte de sus componentes.

siquiera de manera indirecta a dicha entidad (medio ambiente)".<sup>85</sup> Luego, en la Constitución de 1980, se intentó seguir una estrategia más bien "moderna e interesada en las contingencias internacionales"<sup>86</sup>, siguiendo la tendencia y la línea de otras constituciones europeas que habían recogido la protección al medio ambiente dentro de su catálogo de garantías constitucionales<sup>87</sup>. De esta forma, hoy la garantía contenida en el art. 19 nº 8 de la Carta Fundamental consagra el siguiente derecho:

*8º.- 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;*

A partir de la norma constitucional, se puede caracterizar esta garantía de la siguiente forma, según indica Hernández y Guzmán Rosen:

i. Contiene una visión antropocéntrica: es decir, el derecho se otorga a las personas, convirtiéndolos en el sujeto titular del derecho<sup>88</sup>. Esta característica se aparta de otras fórmulas constitucionales, por ejemplo, la ecuatoriana, en donde es la *naturaleza* el sujeto de derechos.

ii. Establece un estándar de protección: el cual está determinado por la existencia de contaminación. La garantía asegura un medio ambiente "libre de contaminación", frase que no entrega de manera expresa e inmediata una significación exacta, pues tal como lo consideraron los constituyentes, no existiría en rigor un medio ambiente completamente exento de contaminación. Se consideró excesivo el uso del término "toda contaminación", ya que, a juicio de los constituyentes, "la civilización lo ha hecho imposible. Esta expresión se entiende referida al sentido natural de un ambiente que permita desarrollar la vida humana en condiciones normales, porque, en realidad, no existe en la civilización un ambiente libre de 'toda' contaminación".<sup>89</sup>

iii. Reconoce la existencia de pugnas entre derechos fundamentales (cláusula de restricción de derechos): el inciso final de la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de

---

<sup>85</sup>(Hernández Araya 2016, p. 54)

<sup>86</sup> (*Ibid.*, p. 55)

<sup>87</sup> (*Loc. cit.*)

<sup>88</sup> (Galdámez Zelada 2017, p. 135)

<sup>89</sup>Actas Comisión Ortuzar, sesión 186, 9 de marzo de 1976. p. 122.

contaminación faculta al órgano legislador a restringir otros derechos a favor del medio ambiente<sup>90</sup>. Esto, en el entendido de que el “medio ambiente” como “sujeto” de derechos subjetivos no contaba en ese momento con un titular claro que pudiera velar por ellos<sup>91</sup>.

iv. Se asigna al Estado el deber de tutelar la preservación de la naturaleza (deber de protección CPR art. 19 N° 8 inc. 1° 2ª frase): para Hernández, “este segundo mandato parece ser una redundancia si consideramos lo dispuesto en el enunciado del artículo y la oración que consagra el derecho”, y critica que en realidad, el Estado de Chile, bajo el mandato de la Constitución y previo a la dictación de la Ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, Ley N° 20.417), centró sus esfuerzos en la preservación por la vía de la declaración de zonas y especies protegidas, antes que una conducta más activa, como la promoción de reaparición de especies, educación, o estudio de las especies autóctonas.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, se demostró “la importancia asignada por el constituyente a la cuestión ambiental”<sup>92</sup>. La protección del medio ambiente alcanzó su más alto desarrollo hasta ese entonces, al establecerse en la Carta Magna un derecho constitucional amparado por una acción cautelar, que impuso un deber de tutela al Estado, y a la vez, se aplicaron límites a ciertos derechos y libertades cuando el libre desarrollo de estos pudiera poner en peligro la conservación ambiental (CPR art. 19 N° 24 inc. 2°).

b. Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley 19.300 o LBGMA)

La relevancia fundamental de la incorporación de la Ley N°19.300 al catálogo de normas relativas a la protección del medio ambiente radica en que entrega un marco conceptual que hasta la fecha de su promulgación en marzo de 1994 no existía en nuestra legislación. Según el mensaje del Presidente de la República, Patricio Aylwin, enviado al Senado en 1992, el primer objetivo de la Ley es “darle contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las persona el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> (Galdámez Zelada 2017, p.121)

<sup>91</sup> (Hernández Araya 2016, p. 56)

<sup>92</sup> (Bermúdez Soto 2014, p. 121)

<sup>93</sup> Historia de la Ley N° 19.300. Primer Trámite Constitucional. Mensaje de Presidente de la República, 14 de septiembre de 1994. p. 8



Destaca como un deber del Estado el velar por el cumplimiento de la garantía consagrada en la Constitución de 1980, y en ese sentido, menciona como segundo objetivo de la ley el “crear una institucionalidad que permita a nivel nacional solucionar los problemas ambientales existentes y evitar la creación de otros nuevos”.

La LBGMA está estructurada en cuatro partes, según Gabriel del Fávero: “Primero, las definiciones legales, cuya particular importancia radica en que obliga a los ciudadanos, autoridades y jueces a entender los términos en la forma que el legislador ha determinado”<sup>94</sup>, lo cual se justifica en consideración al carácter técnico de las materias que regula esta norma. En segundo lugar, la ley “establece diversos instrumentos de gestión ambiental”, siendo el ejemplo más relevante la creación del Sistema de Evaluación Ambiental (SEA).

En tercer lugar, y de gran relevancia para este estudio, es el título III de la LBGMA, que versa sobre la responsabilidad por daño ambiental. Sin perjuicio de lo que ulteriormente se detalle respecto a la Responsabilidad Ambiental, cabe señalar en este punto, que los artículos desde el 51 al 63 de la Ley N° 19.300, desarrollan el principio fundamental que el art. 3 de la LBGMA, que señala:

*“Art. 3º.- Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley.”*

LA LBGMA contempla la existencia de dos acciones de responsabilidad. La primera, la acción civil extracontractual indemnizatoria, cuya regulación y fundamentos se encuentran en la legislación civil ordinaria, y otra, que nos convoca, denominada acción ambiental. Esta última, caracterizada por ser una novedad de la LBGMA, y que busca principalmente la reparación “in natura” del medio ambiente<sup>95</sup> (art. 54 LBGMA en relación con el art. 2º letra (s) de la misma Ley) con la cual se pretende que el responsable del daño realice los actos necesarios tendientes a reponer el medio ambiente a su “estado primitivo”.<sup>96</sup> Que se busque principalmente este tipo de reparación resulta relevante para este estudio, pues refuerza el principio preventivo del sistema de protección legal del medio ambiente, según el cual

---

<sup>94</sup> (Del Fávero 1994, p.2)

<sup>95</sup>(Vidal Olivares 2007, p.193)

<sup>96</sup> (Diez Schwerter 2006, p. 154)

se busca prevenir la mayor cantidad de afectaciones negativas al entorno, y bajo cuyo alero se han ido creando los distintos instrumentos de gestión ambiental (entre las cuales podemos mencionar el SEA, las normas de calidad o inmisión, las normas de emisión, planes de manejo, etc.), entendiendo que resulta abiertamente más “eficaz y eficiente para la gestión ambiental prever eventuales menoscabos o detrimentos, que posteriormente restaurarlos o repararlos”<sup>97</sup>.

c. Ley que crea los Tribunales Ambientales (Ley N° 20.600 o LTA)

Una vez creadas tanto la Superintendencia como el Ministerio del Medio Ambiente<sup>98</sup>, la reforma a la institucionalidad ambiental no estaba completa. Un sector de la doctrina y también del mundo político, manifestó abiertamente la necesidad de contar con un órgano que hiciera el contrapeso de las facultades que detentaba la Superintendencia<sup>99</sup>, y que sumado a las potestades del SEA, generaban una “traba” administrativa para el desarrollo de proyectos mineros, agrícolas, hidroeléctricos, sanitarios, etc.<sup>100</sup> Bordalí y Hunter señalan: “Si existe en nuestro país un sector de la actividad económica y de la inversión privada que no puede dejar de mirar lo que dicen nuestros tribunales de justicia es en materia ambiental”.<sup>101</sup> En este contexto, un Tribunal con plena jurisdicción para resolver los asuntos contenciosos que se generaren contra la Administración resolvía de mejor manera esta piedra de tope, que hasta la creación de los tribunales ambientales, sólo tenía dos vías de solución: la vía administrativa, y el recurso de protección, “que, como se sabe, se ha[bía] transformado en el mecanismo contencioso administrativo por defecto en el sistema administrativo chileno.”<sup>102</sup>

Este mensaje, contempló la creación del Tribunal Ambiental como figura relevante al enfrentar ciertos “dilemas de eficiencia – eficacia de la regulación y la garantía de derechos de los regulados y de los ciudadanos en general”.<sup>103</sup> Parte de estos dilemas radicaban en la falta de un “debido contrapeso a las

---

<sup>97</sup> (Astorga Jorquera 2014, p.14)

<sup>98</sup> Creadas por la Ley N° 20.417, pero que sin embargo no se analizan en este acápite por no contener detalles en relación al bien jurídico de “vivir en un medio ambiente libre de contaminación”.

<sup>99</sup>(Plumer Bodin 2013, p. 299)

<sup>100</sup> Cordero señala que debemos entender el contexto en el cual se ha ido desarrollando la regulación administrativa y protección de los derechos del medio ambiente, toda vez que como en toda contienda administrativa, existen intereses contrapuestos entre las decisiones de la Administración, que perjudican a algunos para beneficio de la mayoría; pero que en este escenario particular de la protección ambiental, la demanda de regulación es mayor, toda vez que el interés en su protección ha sido creciente desde la segunda mitad del siglo pasado hasta la fecha, y cuya relevancia no sólo alcanza el nivel local, si no se ha transformado en una verdadera preocupación a nivel mundial. (Cordero Vega 2012)

<sup>101</sup>(Bordalí Salamanca y Hunter Ampuero 2020, p.69)

<sup>102</sup>(Cordero Vega 2012, p.360).

<sup>103</sup>Historia de la Ley N° 20.600. Primer Trámite Constitucional. Mensaje de la Presidenta de la República, 28 octubre de 2009. p. 4

decisiones administrativas de carácter ambiental”.<sup>104</sup> Con la instauración del Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, se garantizaba la facultad fiscalizadora y sancionatoria del Estado, faltando únicamente la creación de una instancia judicial especializada, que permitiera a los administrados recurrir a ella tanto para dirimir las contiendas contra la propia Administración en materia ambiental, como también para resolver las controversias que involucraren daño ambiental, tal como se consignaba en el artículo 3 de la Ley N° 19.300, necesidad que ya se hacía patente desde la creación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en la Constitución de 1980: “Todos los derechos individuales establecidos en la Constitución deben cubrirse con algún tipo de recurso. Debe estudiarse alguna fórmula que permita dar competencia a algún tribunal para que pueda velar por tales derechos”<sup>105</sup>.

El título III de la Ley N° 20.600 contempla los aspectos procesales de los procedimientos seguidos ante los Tribunales Ambientales. En sus artículos 18 al 26 se encuentran las normas comunes a todos los procedimientos, y en el párrafo 4º (artículos 33 al 44), las normas específicas sobre el procedimiento de daño ambiental. El art. 35, sobre la prueba, señala que ésta se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica; y que, al hacerlo, los jueces deberán expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o lo desestime. Señala como especial regla de valoración, que “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”.

---

<sup>104</sup>(Plumer Bodin 2013, p. 298)

<sup>105</sup>Actas Comisión Ortuzar, sesión 186, 9 de marzo de 1976. p. 128.

### Capítulo III. Estándar de prueba en el procedimiento de reparación por daño ambiental

La elección de un estándar viene aparejada a una serie de otras decisiones respecto al tipo de procedimiento a diseñar. Por una parte, se evidencia la preponderancia de ciertos bienes jurídicos a proteger durante el procedimiento, las cargas procesales, la distribución de los riesgos sobre el error judicial, los mecanismos (aparte del estándar de prueba o EdP) mediante los cuales distribuimos estos riesgos (y que traen consigo ciertas consecuencias para la posición en que cada parte se presenta en el juicio).

#### 1) El estándar debe ser a lo menos el de prevalencia de la prueba

La frase final del inciso 1º del artículo 35 de la Ley Nº 20.600, entrega lo que aparenta ser el único dato concreto respecto al estándar de prueba en el procedimiento de reparación por daño ambiental: la valoración de la prueba debe conducir a una conclusión lógica y que *convenza* al sentenciador de que una proposición fáctica se puede tener por verdadera. Sin embargo, esta frase en nada se refiere realmente a lo que debemos entender por estándar de prueba. Como ya se ha visto, recurrir al convencimiento o a cualquier otro estado psicológico del juzgador de los hechos implica una renuncia al establecimiento de un estándar de prueba racional, o básicamente, renunciar a un estándar de prueba. Tal como ya fue señalado, el convencimiento en sí apela a estados mentales del todo variables y dependientes de la persona, y la consideración de que la conclusión debe ser producto de un razonamiento lógico deviene irrelevante si en el momento de la toma de decisión el juez no está obligado a decidir según un criterio racional y objetivo.<sup>106</sup>

Como ya se mencionó anteriormente, a fin de considerar que estamos ante un proceso racional, el estándar nunca podrá ser inferior que el de prevalencia de la prueba<sup>107</sup>, aquel estándar que tiene por probada la proposición fáctica que cuenta con una probabilidad más alta de ocurrencia en virtud de la prueba rendida en el proceso. Dada la comparación entre la prueba que señala que A ocurrió y la que señala que A no ocurrió, se debe dar por verdadera aquella afirmación que cuenta con más de un 50% de probabilidad de ocurrencia, o que sea más probable que su propia negación. Esta conclusión, de hecho, debiera a todas luces equivaler a una decisión racional, y por tanto lógica. Marina Gascón señala: “la racionalidad (de la decisión jurisdiccional) exige un grado de probabilidad mínimo del que ningún

---

<sup>106</sup>(Accatino Scagliotti 2011, p. 497)

<sup>107</sup>(Gascón Abellán 2005, p.130)

orden jurisdiccional debería abdicar, a menos que estemos dispuestos a concebir la decisión probatoria como irracional. Ese grado mínimo lo constituye la probabilidad prevalente, que es el estándar de probabilidad normalmente exigido en el proceso civil”.<sup>108</sup>

Este estándar resulta como el mínimo aceptable no sólo por cuestiones de racionalidad, sino que también “garantiza una distribución igualitaria de los riesgos de errores entre actor y demandado (...), minimiza el número de veredictos erróneos de manera igualitaria entre las partes: los falsos positivos y los falsos negativos son igualmente indeseables”.<sup>109</sup> A su vez, se transforma en una suerte de “filtro de entrada” para la solución de conflictos por la vía judicial, al imponer al futuro demandante, un umbral conocido que debe superar mediante la prueba para efectos de lograr su pretensión. Esto podría desincentivar las acciones sin fundamento, en el entendido que una persona antes de iniciar una acción judicial tendrá el conocimiento de que si no tiene medios de prueba de una cierta calidad y cantidad que permita sobrepasar el estándar, su acción no prosperará, debiendo soportar los costes que supone movilizar el aparato jurisdiccional para resolver un pleito.

2) El estándar de prueba debe tener en cuenta los bienes jurídicos que interactúan en el proceso. En el ejercicio de determinar el estándar de prueba en la acción ambiental, ya se dijo que este no podría ser inferior al de prevalencia de prueba, y ahora es necesario sumarle un segundo elemento a considerar: el estándar de prueba está ligado a los bienes jurídicos que se enfrentan en el procedimiento. La teoría de los bienes jurídicos estudiada en singular encuentra mayor relevancia en el contexto del derecho penal, a raíz de la pregunta sobre la legitimación de la aplicación del *ius puniendi* del Estado<sup>110</sup>. La consideración de que el actuar de un individuo merezca una intervención del sistema jurídico a través de un castigo sería, según cierta parte de la doctrina, justificado por el hecho de que el Estado, a través del sistema penal, busca la protección de ciertos intereses categorizables como “bienes jurídicos”.

En el sistema de responsabilidad civil, cabe preguntarnos: ¿por qué imponemos la carga a una persona de reparar o indemnizar los daños que ha sufrido otra? Y la respuesta a esa pregunta parece no ser unívoca, pues podemos justificar este hecho en consideraciones morales, al decir que una persona se

---

<sup>108</sup> (Isensee Rimasa 2018, p.74)

<sup>109</sup> (Larroucau Torres 2012, p. 789)

<sup>110</sup> (Rodríguez Fernández 2017, p. 158)

debe hacer responsable de los daños que sufre otra porque quien ha sufrido un perjuicio no “merece” sufrirlo<sup>111</sup>, o podemos justificar la responsabilidad civil bajo el supuesto de que existe un riesgo inherente a la vida en comunidad, y por tanto quien actúa riesgosamente y producto de su actuar negligente o doloso causa un perjuicio a otro, es quien debe reparar el mal provocado<sup>112</sup>. En la hipótesis penal, la protección del bien jurídico de restablecimiento del derecho y la seguridad, que representa la Fiscalía, se contraponen al derecho de libertad ambulatoria (entre otros derechos que una persona podría perder al ser sancionado penalmente) que arriesga perder quien está siendo imputado de un delito, y en tanto exista esta contraposición, deben a su vez existir buenas razones para que se intente evitar la imposición de una sanción gravosa a quien no corresponde. Desde la otra vereda, al iniciar un juicio de responsabilidad civil se presenta una situación de igualdad entre las partes que el derecho (por regla general) no quiere alterar<sup>113</sup>, por lo que comúnmente,<sup>114</sup> no existirá un bien jurídico por sobre el otro, sino patrimonios enfrentados, provocándose una pugna entre la confianza que tiene el demandado en poder actuar libremente en la vida cotidiana, y la seguridad del demandante de que, por razones de justicia, sus daños deben ser y serán reparados.<sup>115</sup>

Hechas las aclaraciones previas, Mario Garrido Montt define el bien jurídico como “un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente”<sup>116</sup>. Por su parte, Roxin los entiende como “circunstancias o finalidades útiles para el individuo y su libre desarrollo”<sup>117</sup>, y que en virtud de la necesidad que de ellos tiene la persona, es que se crea una protección estatal sobre los mismos. Así, se ha comprendido que existen ciertos derechos que, por su naturaleza, o por su relevancia social y cultural en cierto momento de la historia de una sociedad, son merecedores de que el derecho positivo les otorgue un refuerzo normativo con la finalidad de evitar su vulneración. Para efectos de este estudio, y siguiendo la concepción inmanentista de Garrido Montt<sup>118</sup>, los bienes jurídicos

---

<sup>111</sup> (Pino Emhart 2013, p.105).

<sup>112</sup> Sobre los fundamentos de la responsabilidad extracontractual (*Ibid.*)

<sup>113</sup> Sin perjuicio de que existen situaciones como la responsabilidad estricta, en la que por el simple hecho de contravenir la norma se presume la culpabilidad del autor del daño.

<sup>114</sup> Y considerando que en un caso paradigmático de responsabilidad civil los bienes jurídicos contrapuestos son la propiedad (en el sentido del patrimonio evaluable monetariamente) tanto del afectado como del presunto responsable.

<sup>115</sup> (Larroucau Torres 2012, p. 785)

<sup>116</sup> Mario Garrido Montt. Manual de Derecho Penal. Capítulo IV, El bien jurídico, página 63. uniformar sistema de citas y puntos (o no puntos) fuera del paréntesis

<sup>117</sup> (Roxin 2015, p. 56)

<sup>118</sup> Sin ir más lejos, Garrido Montt menciona las distintas concepciones bajo las cuales podemos entender un bien jurídico: ya sea como “creaciones de la vida”, que preexisten al ordenamiento jurídico (según la teoría trascendentalista), o como creaciones de la sociedad organizada, según éstos sean culturalmente favorecidos como objetos de protección (teoría inmanentista). Adicionalmente, menciona otras dos teorías que se alejan del objeto de estudio. (Garrido Montt, p. 65)

son esencialmente determinados por el rol que juegan en una sociedad, en una época particular, de modo tal que “la teoría del bien jurídico puede ser válida como teoría de la sociedad”<sup>119</sup>, y precisamente respecto del medio ambiente como objeto de protección es que esta concepción encuentra mayor sustento, vista la evolución que ha tenido nuestra legislación en la materia desde la segunda mitad del siglo XX, y principalmente desde la Constitución de 1980 hasta la fecha.

Como bien jurídico en sí, el derecho contemplado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución es el de “vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. Tal como ya señalamos anteriormente, nuestra Constitución tiene una visión antropocéntrica de este derecho, por lo que el bien jurídico no es el medio ambiente, o el “medio ambiente libre de contaminación”, sino que es el poder *vivir* en un medio ambiente que debe tener una cierta calidad para permitir que la vida de las personas se desarrolle de manera adecuada<sup>120</sup>. Por lo mismo, este bien jurídico corresponde a uno de tipo difuso<sup>121</sup>, en tanto la afectación a cualquier elemento del medio ambiente puede afectar a un número indeterminado de personas si consideramos que estos daños tienen efectos en el tiempo (en ningún caso podría contabilizarse el número de personas que pudieran ser afectadas por contaminación de tipo radioactiva, por ejemplo) y, a la vez, es un bien jurídico de naturaleza colectiva, entendiendo éste como “de naturaleza supraindividual e indivisible, pero entre los titulares de esos intereses existe algún tipo de vinculación jurídica”<sup>122</sup>. Sin perjuicio de que la afectación al medio ambiente pudiese perturbar la esfera de intereses de un número indeterminado de personas, sí es posible que este universo de personas pueda dividirse en un número determinado para efectos de promover una acción ambiental. De esta manera, el interés medio ambiental que legitima a los demandantes de la acción de reparación ambiental no debe ser caracterizado de manera excluyente como uno de tipo difuso, colectivo o individual homogéneo<sup>123</sup>, como lo denomina Tisné.

Al proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se relaciona el derecho del art. 19 N° 8 con el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, ya que es la vida de la persona y su integridad lo que se busca preservar por la garantía precitada, y la protección al medio

---

<sup>119</sup>(Medina Jara 1993, p. 304)

<sup>120</sup>(Bermúdez Soto 2014, p. 115)

<sup>121</sup>(Tisné Niemann 2014, p. 328)

<sup>122</sup>(*Ibid.*, p. 329)

<sup>123</sup>(*Ibid.*, p. 330)

ambiente se encuentra supeditada a la utilidad que presta en el desarrollo completo de la persona en un entorno libre de contaminación.<sup>124</sup>

Dentro de un proceso de reparación ambiental, no estamos ante una pugna entre dos patrimonios contrapuestos, sino que más bien se responsabiliza a alguien por el daño a un elemento que no es en esencia parte del patrimonio de una persona (o, mejor dicho, no *requiere* ser parte del patrimonio de una persona)<sup>125</sup>, y cuya afectación puede eventualmente repercutir en el tiempo como daño a un número indeterminado de personas. Por esto, la reparación ambiental no se enmarca en un juicio de responsabilidad extracontractual como comúnmente lo conocemos. “Aquí no existe una relación individual entre sujetos, no se trata de un problema de justicia conmutativa que persigue el restablecimiento del patrimonio de un individuo o la compensación del atenta que ha sufrido en su esfera extrapatrimonial”.<sup>126</sup> Los legitimados activos actúan en sede ambiental sin una motivación pecuniaria, sino con la expectativa de obtener la reparación “in natura” del daño provocado al entorno. Por lo mismo, el estándar de prueba no debiera obviar esta situación, pues la diferencia entre los bienes jurídicos en pugna (propiedad, libertad económica versus la vida, la integridad física y psíquica, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación) no son iguales, y tampoco son equiparables<sup>127</sup>. Es innegable que detrás de esta ponderación y de un establecimiento de estándar, hay posiciones políticas que se verían inevitablemente reflejadas, incluso cuando no exista manifestación expresa del legislador sobre cuál es el estándar que rige la responsabilidad civil. Sin perjuicio de lo anterior, y dado que la lógica civilista impone esta ponderación a través de su lógica de la justicia conmutativa y de la solución de conflictos entre particulares, concordamos con el autor Jorge Femenías, que este debate debiera sacarse de las temáticas propias de la responsabilidad civil, y entrar en la esfera del derecho público, en particular, del derecho ambiental<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> (Silva Silva 1993, p. 673)

<sup>125</sup> Sin perjuicio de que puede haber afectación a un patrimonio, y su dueño estará legitimado para actuar en sede civil ordinaria para efectos de que se le repare el mal provocado.

<sup>126</sup> (Femenías Salas 2016, p. 93)

<sup>127</sup> (*Ibid.*, p.100) Femenías, al exponer los problemas del régimen de responsabilidad por daño ambiental, señala que uno de ellos es precisamente la imposibilidad de considerarlo un régimen de responsabilidad civil, pues “para el derecho civil sólo existe una víctima posible, el ser humano (...) El derecho ambiental en cambio, tiene por objeto la protección de un bien público constituido por un medio ambiente sustentable y amigable”.

<sup>128</sup> (*Ibid.*, p.101)



### 3) El EdP debe tener en cuenta la tolerancia al error

La tolerancia al error al momento de la decisión jurisdiccional es una pregunta respecto a cómo distribuimos la posibilidad de que el juez equivoque su conclusión respecto a los hechos al dictar la sentencia. Ya sabemos que pretender un proceso en el que se obtenga una prueba 100% infalible es una tarea imposible<sup>129</sup>. Por ello, el estándar de prueba no sólo se comporta como el umbral sobre el cual se dan por probado los hechos, sino que se comporta como una de las herramientas que regulan el grado de falibilidad al momento de formar la convicción respecto a la veracidad de la declaración de los hechos.<sup>130</sup> A fin de no ser reiterar conceptos teóricos previamente tratados, este apartado se centrará en cómo relacionar la discusión respecto a la distribución de errores y el procedimiento de reparación ambiental.

Para ello, un buen ejemplo sobre cómo se comporta el estándar de prueba respecto a la tolerancia al error se da en el marco de los procedimientos penales, en los que se prefiere evitar los errores de tipo 1 (o falsos positivos), habida consideración de que la gravedad del mal que se irroga al imponer una pena es de tal magnitud, que resulta preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente. Dentro de este proceso, la presunción de inocencia grafica correctamente cómo un estándar de prueba se emplea en función a la decisión legislativa sobre la distribución del error. Según este principio, el imputado entra al proceso en un estatus distinto al del persecutor: él es inocente hasta que una sentencia firme y ejecutoriada determine su culpabilidad. Esta presunción obliga a que la carga de la prueba sea del persecutor y, por tanto, sea este quien deba demostrar que la inocencia que inicialmente se cree respecto del imputado no es tal, sino que, a la luz de la prueba, éste es culpable de los delitos que se le imputan. Aún más, la ley no solo se resiste ante la posible ocurrencia de un falso positivo a través de una presunción, sino que el legislador refuerza lo anterior con un estándar de prueba superior al de prevalencia de la prueba, al establecer el de *más allá de toda duda razonable* (al cual ya nos referimos anteriormente). Tiene importancia en el proceso penal el bien jurídico que “pierde” la persona a quien se le impone una pena, razón por la cual el sistema jurídico se “esfuerza” en que el castigo se imponga a quien realmente cometió el hecho prohibido, entendiendo que la función del

---

<sup>129</sup>(Fuentes Maureira 2011, p. 177)

<sup>130</sup>(*Loc. cit*)

castigo de restablecimiento del orden jurídico (al negar la voluntad subjetiva del condenado de quebrantar las normas), no podría justificarse de aplicarse la pena a quien no ha cometido el delito.<sup>131</sup>

La justicia civil, por otra parte, actúa de manera distinta. Un proceso de responsabilidad extracontractual (título XXXV del Libro IV CC) está regido por la regla del artículo 1698 del Código Civil, según la cual quien alegue la existencia de una obligación (en este caso, la de reparar o indemnizar, para efectos de continuar el ejemplo), debe acreditar los hechos que en ella se funda. Aquí, a diferencia de la presunción de inocencia en el proceso penal, existe una regla que manifiesta que las partes entran en un estado de igualdad en el proceso. Es decir, el derecho no se inmiscuye en cambiar el statu quo que existía entre las partes,<sup>132</sup> y la pugna entre los intereses puestos en juego en el procedimiento civil no refleja que exista una preponderancia particular del legislador. No existe, *a priori*, una presunción como la de inocencia y, quien alega la responsabilidad tiene la carga de probar que ella existe respecto del demandado, o su acción no prosperará. Esto también manifiesta una decisión respecto a cómo distribuimos el riesgo de error en la toma de una decisión jurisdiccional civil. Como complemento a las reglas precitadas, que “confía[n] en la inercia privada”<sup>133</sup>, existe en el procedimiento civil el estándar de preponderancia de la prueba, en la que se distribuye igualmente el riesgo de error entre las partes.

En el derecho anglosajón se reconoce la aplicación del estándar de la prevalencia de la prueba en el proceso civil, que le otorga un piso mínimo de racionalidad al juicio de los hechos<sup>134</sup>. En Chile, sin embargo, no existe una declaración legal respecto a la existencia de un estándar probatorio civil y años de jurisprudencia han demostrado que en nuestra justicia impera la regla de la íntima convicción, o “estándar” subjetivo que apela a los estados psicológicos del juez.<sup>135</sup> Según el autor Jorge Larroucau, el uso de este criterio, funcionaría como una “legitimación del servicio judicial”<sup>136</sup>, ya que el estándar de íntima convicción les permite declarar frente a la comunidad que existe siempre certeza en su determinación, y no una probabilidad de 50% + 1 de que una proposición fáctica efectivamente haya

---

<sup>131</sup>(Roxin 2015, p. 82-83)

<sup>132</sup>(Letelier Wartenberg 2018, p. 220)

<sup>133</sup>(*Loc. cit*)

<sup>134</sup>(Larroucau Torres 2012, p. 784)

<sup>135</sup>A mayor abundamiento, Larroucau incluso señala que la falta de estándar probatorio en el proceso civil, en conjunto con el reparto de competencias en la administración de justicia, ha llevado a que algunos jueces incluso apliquen el estándar “más allá de toda duda razonable” en algunas contiendas. Argumenta como ejemplo paradigmático, las acciones civiles emanadas de juicios penales. (*Ibid.*, p. 786)

<sup>136</sup>(*Ibid.*, p. 787)

ocurrido. Así, mientras el sistema continental mantiene su foco en la legitimación del proceso como uno de los beneficios de mantener el “estándar” de íntima convicción, el *common law* utilizaría el estándar de preponderancia de la prueba pues centra su atención en los costos (equivocarse el fallo),<sup>137</sup> y en que éstos se mantengan equilibrados, ya que este estándar garantiza la igualdad en la probabilidad de cometer tanto errores de tipo 1, como errores de tipo 2.<sup>138</sup>

A la luz de lo dispuesto en la LBGMA y la LTA, la acción de reparación ambiental se comporta de manera muy similar a la de un juicio civil de responsabilidad extracontractual. *A priori*, el artículo 51 de la LBGMA que menciona por primera vez la acción de reparación, señala en su inciso tercero que, en lo no tocante en dicha ley o leyes especiales, se debe remitir a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil. Dado el escaso desarrollo del art. 51 en relación con el art. 3, ambos de la LBGMA, es dable concluir que la acción ambiental comparte plenamente los objetivos que el legislador tuvo en mente al diseñar la responsabilidad civil extracontractual, en el sentido de que entre los intereses que se contraponen no existe uno por sobre el otro y que, por tanto, las partes se presentan en igualdad de condiciones en el proceso, teniendo el actor la carga de probar los distintos elementos de la responsabilidad (acción u omisión culposa o dolosa que causó un perjuicio o daño). En consonancia con lo anterior, el estándar de prueba corresponde al de prevalencia de la prueba, pues no existe ninguna clase de error que se desee evitar por sobre el otro.

- 4) Hipótesis teórica: la causalidad como elemento que justificaría que el estándar de prueba de la responsabilidad ambiental sea otro que el de predominancia de la prueba.

Habiéndose revisado aquellos elementos que naturalmente se tomarían en cuenta al determinar dónde fijar el estándar de la reparación ambiental, ocupa a este acápite el mencionar la dificultad probatoria que conlleva el elemento de la causalidad.

De los elementos que configuran la responsabilidad por daño ambiental (acción u omisión culposa o dolosa, daño, causalidad), el problema de la causa es el más complejo de probar<sup>139</sup>. De acuerdo a Corral Talciani<sup>140</sup>, algunas de las problemáticas probatorias que enfrenta la causalidad serían: a) la naturaleza dinámica del medio ambiente, que al estar en constante mutación, impide observar de manera aislada

---

<sup>137</sup>(*Ibid.*, p. 788)

<sup>138</sup>(*Ibid.*, p. 789)

<sup>139</sup>(Femenías Salas 2016, p. 365)

<sup>140</sup>(Corral Talciani 2008, p. 207)

la conducta que se imputa como causante del daño, de otros factores propios de la naturaleza; b) la contaminación crónica o progresiva, que podría erróneamente imputar a una acción concreta del demandado un resultado que se viene gestando tiempo atrás de manera progresiva; c) la desconexión temporal o espacial entre acción contaminante y daño, en aquellos casos en que la actividad que generó el daño es de antigua data, o el resultado de aquella actividad se manifiesta en una zona geográficamente distinta; d) la apreciación científica de la relación causa-efecto y el costo de las pericias y testimonios de expertos: normalmente, para poder determinar la real causa de un daño ambiental, se requiere de un juicio o evaluación llevada a cabo por expertos, haciendo de la prueba pericial o científica una verdadera necesidad a la hora de probar los hechos que se alegan en el juicio, lo cual redundaría en dificultades en el acceso a la prueba para las partes, sobre todo para el demandante, quien tiene la carga de la prueba y que puede corresponder a la parte con menor capacidad económica.

Si el estado de cosas dentro del proceso fuese el de los juicios de responsabilidad civil tradicional, los problemas probatorios de la causa serían un verdadero desincentivo para los demandantes, pues con altísima dificultad podrían cumplir con los requisitos para demostrar que se configuran todos los elementos de la responsabilidad, y de este modo, lograr una sentencia favorable. Del mismo modo, tal como se ha expuesto previamente, existe un interés no sólo particular sino público, de que el bien jurídico de vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea realmente susceptible de protección judicial a través de la acción de reparación ambiental, por lo que el facilitar su prueba ha sido una preocupación no sólo a nivel legal, sino también de la jurisprudencia, por la vía de presunciones (contempladas a nivel legal y también judiciales), o la aplicación de teorías causales cuya prueba resulte más sencilla para el actor de reparación ambiental, o sencillamente “mediante la flexibilización del rigor en la apreciación judicial de la prueba que se limita a exigir probabilidades y no certezas”.<sup>141</sup> Nos referiremos, en primer lugar, a la aplicación de teorías de la causa, y en segundo lugar a la aplicación de presunciones.

a. Aplicación de ciertas teorías de la causa

i. Criterio de la probabilidad preponderante: de acuerdo a esta tesis, en el daño ambiental debiera darse por probada la causa en aquellos casos en que “el juez pueda fundar su decisión cuando le resulta evidente, a tenor de los elementos de convicción aportados, la existencia de un alto grado de

---

<sup>141</sup>(Femenías Salas 2016 p. 391)

probabilidad, vale decir, una situación que sin alcanzar la exactitud o certeza está distante de la mera contingencia o posibilidad de acaecimiento de una determinada consecuencia”.<sup>142</sup> En términos más sencillos, se determinará que existe nexo causal cuando la existencia de dicho nexo sea más probable que improbable, y que dicha probabilidad sea preponderante.

ii. Causalidad como probabilidad estadística: similar al criterio anterior, esta tesis tiene por fundamento el que se dé por probada la causalidad, y el estándar se satisfaga, “si se prueba que la probabilidad de que una determinada emisión contaminante haya causado el daño es superior al cincuenta por ciento”<sup>143</sup>.

iii. Criterio de causa proporcional: según Corral, en la jurisprudencia de Estados Unidos, se ha podido observar que incluso en aquellos casos en que la probabilidad de provocar el daño sea menor al 50%, se ha condenado a la reparación en la medida en que se haya participado de la ocurrencia del mismo. Así, un demandado cuya acción haya tenido un 20% de probabilidad de causar un daño, tendrá la obligación de reparar el 20% de los daños ocasionados a la víctima.<sup>144</sup>

iv. Criterio de causalidad alternativa: el criterio de la causalidad alternativa ha venido a resolver conflictos en que los daños hubieren sido ocasionados por “actividades ilícitas masivas, en las que se desconoce el autor directo del daño”<sup>145</sup>, y aplicado en el área ambiental, vendría a resolver el problema de que existan varias fuentes emisoras de contaminación, pero no es factible determinar cuál de ellas fue con exactitud la causante del daño que se alega.

v. Causalidad por participación en el mercado: finalmente, la teoría del “market share liability” busca solucionar un escenario igual que el de la causalidad alternativa, pero con la diferencia de que no se haría responsable solidariamente a los posibles agentes responsables del daño, sino que se les condena a resarcir en “proporción a la participación que ellos tienen con sus productos en el mercado considerado relevante”<sup>146</sup>. En el caso ambiental, lo anterior se traduciría en el porcentaje de emisiones que cada agente contaminante aporta al mercado relevante.

Las teorías previamente descritas, si bien ofrecen opciones al juez de la causa para dar por probada la causalidad, también han sido criticadas, por lo que sin perjuicio del fin ilustrativo que la descripción anterior tiene, y de que algunas de estas teorías han sido aplicadas por cierta jurisprudencia comparada,

---

<sup>142</sup>(*Ibid.*, p. 395)

<sup>143</sup>(Corral Talciani 2008, p. 209)

<sup>144</sup>(*Ibid.*, p. 210)

<sup>145</sup>(*Loc. cit.*)

<sup>146</sup>(*Ibid.*, p. 211)

no contienen una solución concreta y definitiva al dilema de la prueba de la relación de causalidad en la acción ambiental chilena.

#### b. Presunciones

Dada la complejidad que supone probar el daño ambiental, y en particular su causalidad, queda al desnudo la necesidad de “suavizar los rigores de la carga de la probatoria de la presencia de la relación de causalidad”<sup>147</sup>. La presunción de causalidad que se discute en materia ambiental tiene por fundamento poner la carga de la prueba en quien está en mejores de condiciones de aportarla, esto es, el demandado, puesto que normalmente “este último es una industria con empleados cualificados, y por lo tanto, con mayor conocimiento técnico, sobre todo de los materiales utilizados y de los procedimientos técnicos aplicados.”<sup>148</sup> Adicionalmente, y dentro del contexto de la acción de reparación ambiental, se justifica la aplicación de estas presunciones, pues “cuando se produce un daño ambiental a causa de éstas [actividades consideradas como potencialmente generadoras de daño ambiental], hay suficientes razones para pensar que el daño es imputable a quienes las realizan, aunque se les reconozca la oportunidad de probar lo contrario”.<sup>149</sup>

En Chile, la LBGMA contiene en su artículo 52, una presunción de responsabilidad cuya naturaleza se discute, en particular sobre si corresponde a una presunción legal de responsabilidad, o solamente del elemento subjetivo, la culpa. El inciso primero prescribe que “se presumirá 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 propia LBGMA o en otras disposiciones legales o reglamentarias”.<sup>150</sup> El inciso segundo, por otro lado, señala: “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”.

---

<sup>147</sup>(Femenías Salas, p. 408)

<sup>148</sup> (*Loc. cit*)

<sup>149</sup> (*Ibid.*, p. 409)

<sup>150</sup>Este inciso ya trae aparejada la crítica de que el artículo pareciera hacer creer que la presunción se aplicará en ciertos casos indicados taxativamente en la norma, y en realidad enumera algunos casos, para finalmente indicar que también se aplicará en cualquier norma legal o reglamentaria que tenga por objeto la protección, preservación o conservación ambiental, lo que en la práctica englobaría cualquier otra norma ambiental, por lo que la presunción pasaría de aplicarse en casos particulares, a ser una regla general.

La confusión se centra en la redacción del inciso segundo, que en su texto indica que la presunción sólo tendrá lugar en la acción de indemnización (acción civil ordinaria de responsabilidad extracontractual que es distinta a la de reparación ambiental) en caso de que se *compruebe la relación de causa a efecto*, dando a entender que este requisito no se exige, sino más bien se presume, en la acción de reparación ambiental. Existe un sector de la doctrina que postula que dicho inciso sufre de una “deficiencia de la técnica legislativa”<sup>151</sup> que lleva a creer que se presume la responsabilidad (y todos sus elementos); otros indican que incluye sólo los elementos de la culpa y la causalidad, y la última (y mayoritaria), sostiene que esta presunción únicamente abarcaría el elemento subjetivo de la culpa.

La mayoría de la doctrina<sup>152</sup> adscribe a la primera tesis, pero que una interpretación sistémica e histórica de la norma, hace imposible llegar a la conclusión de que el art. 52 incluye una presunción de la responsabilidad, o incluso de cualquier otro elemento de la misma distinto de la culpa, quedando el demandante obligado a probar la acción, el daño y el nexo causal correspondiente.<sup>153</sup> En primer lugar, porque presumir la responsabilidad llevaría a exigirle al demandado que pruebe que su actuar no ha causado el daño ambiental, con lo cual se estaría pidiendo probar un hecho negativo.<sup>154</sup> En segundo lugar, el sistema de responsabilidad ambiental tiene su base en la responsabilidad extracontractual civil y, de hecho, el Código Civil es una de las normas supletorias de la responsabilidad ambiental, de modo tal que la norma ambiental no podría sino expresamente indicar que se presumirá (y que lo hará en aquellos casos que contempla el inc. 1º del art. 52 LBGMA) la acción, el daño o la causalidad. En tercer lugar, e ilustrando precisamente el punto anterior, el daño ambiental sí es una definición especial que busca diferenciarse del daño civil tradicional, y lo hace de tal modo que la misma ley 19.300 la define y explica su contenido, por lo que no podríamos esperar que una presunción de responsabilidad que busque abarcar elementos más allá de la culpa se entienda a partir de una extraña redacción de la norma.

Más allá de las opiniones, y a modo de cierre, es menester señalar que la jurisprudencia ha sostenido una opinión radicalmente distinta a la de la doctrina. El criterio del Segundo Tribunal Ambiental es que la presunción del art. 52 LBGMA contempla la culpa y además el requisito de la causalidad. Al respecto, se ha asentado el criterio de que el inciso primero del art. 52 que da origen a la presunción, señala que

---

<sup>151</sup> (Bermúdez Soto 2014, p. 397)

<sup>152</sup> (Arévalo y Mozó 2018, p. 124)

<sup>153</sup> (Arévalo y Mozó 2018, p. 122)

<sup>154</sup> (*Ibid.*, p. 123)

ella tendrá lugar en caso de infracción de *“normativa que busca proteger, preservar o conservar el medio ambiente, es decir, tienen una finalidad específica (...) [se trata 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, este 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. Que, conforme a lo señalado precedentemente, 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. (...) 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>155</sup>

La idea detrás de este razonamiento es que si las normas ambientales, cualquiera sea su jerarquía, son creadas para prevenir daño ambiental (con las particulares características que presenta este daño), el que un agente infrinja la norma de protección, y que luego un daño ambiental se produzca, a ojos de la judicatura podría hacer presumir que fue esa acción particular la que causó el daño, atendida la idoneidad de los actos regulados por normas ambientales para generarlo y el hecho de que ellas existen precisamente con la finalidad de prevenirlo. Mientras la doctrina se ha centrado en lo vital que resulta la causalidad en cualquier sistema de responsabilidad, y en las consecuencias que podría tener el “aligerar” la prueba de sus elementos no sólo desde el punto de vista de que ello cambiaría principios generales rectores del sistema jurídico, sino que además acrecentando la posibilidad de falibilidad del juez al momento de fallar (ya que al *presumir algo* nos encontramos ante una hipótesis fáctica de la cual no existe respaldo evidencial, y en el caso del art. 52 LBGMA correspondería tanto a la culpa como a la causalidad), los tribunales ambientales se han *“hecho cargo”* del dilema que presentábamos inicialmente en este acápite, sobre cómo solucionar la dificultad probatoria de la causalidad, y si es una hipotética reducción o aumento del estándar de prueba la solución a esta complejidad. La respuesta desde un principio se estimó negativa, por los motivos ya expuestos al hablar del estándar mínimo que debe existir para encontrarnos ante un juicio racional y, sin embargo, la práctica judicial ha puesto de manifiesto que las dificultades probatorias que se manifiestan en el juicio de reparación ambiental si bien no pueden contar con un menor estándar de prueba, merecen a lo menos un mejor tratamiento

---

<sup>155</sup>Segundo Tribunal Ambiental. Sentencia causa rol D-6-2013. 29 de noviembre de 2014. Considerandos vigésimo cuarto y vigésimo quinto.



legislativo. Que se haya asentado en la jurisprudencia que el art. 52 de la LBGMA presume la culpa y la causalidad así lo demuestra.

#### **Capítulo IV. La aplicación del estándar de prueba en la jurisprudencia. Análisis de casos**

Comenzaremos este análisis jurisprudencial señalando que el estándar de prueba que rige el juicio de responsabilidad por daño ambiental es el de prevalencia de la prueba. Ello se colige primeramente de la falta de antecedentes legales que señalen cualquier otro tipo de estándar ambiental. Ante la falta de una mención expresa por parte del legislador, no es factible presumir que se está ante un estándar más exigente que el de prevalencia de la prueba, sino que es menester asumir que se está ante el estándar mínimo que se exige en cualquier juicio ajustado con la razón y la lógica. Además, y aun considerando sus particularidades y sutilezas, la reparación ambiental no deja de ser en su esencia una acción de responsabilidad (el hecho de que el título XXXV del Libro IV Código Civil sea la norma supletoria así lo comprueba), en la que se debe determinar si los actos de un agente han sido los causantes de un daño, donde, de ser efectivo lo anterior, se le compele a dicho agente causante de daño, que lo repare.

Ya se ha dicho de reiteradas maneras que el estándar de prueba ambiental no está en las normas que rigen la materia. A raíz de ello, no sería extraño que las sentencias ambientales no hagan una explícita referencia al estándar que se aplica. Por tanto, el análisis de sentencias ambientales no puede quedarse únicamente con la presencia o no de referencias explícitas al EdP aplicado. Se comentará más extensamente respecto al tratamiento que hace el tribunal de la prueba, entendiendo que, dentro de la exigencia de fundamentación de los fallos, el tribunal debe mencionar aquellas pruebas que ha valorado y cuáles no, indicando los motivos por los cuales se rechazó cierta prueba, así como también la forma de valoración de las pruebas y cómo esa valoración finalmente es capaz o no de producir convicción en el tribunal.<sup>156</sup> Adelantar la forma de análisis que seguirán, criterios de relevancia de los considerandos, etc.

**Primer Tribunal Ambiental:** el Primer Tribunal Ambiental, ubicado en Antofagasta, entró en funcionamiento en septiembre de 2017. Al ser el último en ser creado (y en comenzar sus funciones), cuenta con un bajo número de sentencias (32 en total), de las cuales ninguna corresponde a una acción de reparación ambiental. Sin perjuicio de lo anterior, el 1º TA no manifiesta en las sentencias de reclamación ambiental un criterio explícito en relación al estándar de prueba aplicado.

---

<sup>156</sup>(Fuentes Maureira 2011, p. 182)

**Sentencia Rol R-1-2017. “Andes Iron SpA con Servicio de Evaluación Ambiental”. 27 de abril de 2018, Primer Tribunal Ambiental.**

**Antecedentes de Hecho:** La empresa Andes Iron SpA reclama en contra la Resolución Exenta Nº 1146, mediante la cual se ejecutaba el acuerdo Nº 08/2017 del Comité de Ministros (CM), que rechazó la reclamación interpuesta por la misma empresa en contra de la Resolución Exenta Nº 25 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Coquimbo, que calificó desfavorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del “Proyecto Dominga”. El argumento de la demandante radicaba en que el CM habría actuado de manera ilegal, arbitraria, y extendiendo sus atribuciones legales al momento de conocer de la reclamación contra de la Resolución de la Comisión de Evaluación Ambiental.

**Hechos controvertidos:**

1. Del supuesto carácter completo de los antecedentes del proyecto y evaluación del mismo;
2. De las supuestas ilegalidades y arbitrariedades en el actuar del Comité de Ministros y de la resolución reclamada;
3. De los supuestos argumentos técnicos que fundaron el rechazo del proyecto.

Para efectos de este análisis, se hará referencia al punto 2), y en particular el tratado a fs. 2383, que trata “De la alegación en orden a que el Acuerdo del Comité de Ministros habría adolecido de manifiestos vicios de fundamentación”, considerandos trigésimo sexto a cuadragésimo.

**Considerandos relevantes:**

*“Trigésimo sexto: Que, según la Reclamante, existen graves defectos de fundamentación de la decisión de rechazo adoptada por el Comité de Ministros. La misma no se habría basado en antecedentes de hecho contenidos en el expediente ni contaría con los razonamientos jurídicos concatenados y lógicamente internos que se exige de una decisión fundada. Luego, dada la insólita premura con que se habría efectuado la revisión del expediente de casi 40.000 páginas y los recursos de 1.000 páginas, complementada con la declaración del señor Presidente del Comité que así lo confirmó, es posible desprender con facilidad que los miembros del Comité no cumplieron con el deber de adoptar una decisión informada basada en un conocimiento serio y acabado del expediente y de las particularidades*

*del Proyecto. Eso explica, probablemente, por qué la decisión recurrida no se hizo en nada cargo de esas particularidades.*

*Trigésimo séptimo: Que, al respecto, el SEA afirma que el procedimiento de reclamación administrativa se realizó cumpliendo con los Estatutos y se solicitaron los informes requeridos de los OAECA correspondientes, los cuales fueron solicitados con la debida anticipación, permitiendo a estos organismos, que están directamente relacionados con los integrantes del Comité de Ministros, estudiar de manera acabada el caso de análisis. Todo ello, se debe considerar que se realiza dentro del plazo de 60 días para resolver un recurso de reclamación de un EIA establecido en el artículo 77 del D.S. 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente. Por tanto, no habría existido tal premura o falta de etapas del procedimiento que pretende señalar el Reclamante.*

*Trigésimo octavo: Que, sobre este punto y sin perjuicio de lo razonado previamente, es lógico suponer que los Ministros no tuvieron el tiempo razonable para estudiar el proyecto de evaluación, visto la complejidad y extensión del mismo.*

*Trigésimo noveno: Que, lo predicho se ve refrendado por la situación del Ministro de Economía, quien en el día de la sesión de fecha lunes 21 de agosto, pidió expresamente la suspensión de ésta, argumentando la necesidad de obtener más plazo en su obligación de formarse una opinión “fundada”, sobre los informes y antecedentes del proyecto.*

*Cuadragésimo: Que, de esta manera, forzoso es concluir que el acuerdo del Comité de Ministros, ha adolecido de manifiestos vicios de fundamentación, por lo que está alegación también será acogida.”*

**Comentario:** El fragmento transcrito es capaz de ilustrar el proceso de valoración y convicción que ha seguido el tribunal respecto de la hipótesis fáctica de que el Acuerdo del Comité de Ministros adolece de vicios de fundamentación. El considerando trigésimo sexto expone los argumentos de la parte reclamante, quienes indican que la resolución carece de una concatenación lógica de argumentos, no cumpliendo por ende el requisito de fundamentación de toda sentencia o resolución de término de un procedimiento administrativo. Como respaldo de dicho argumento, está el hecho de que el expediente contenía más de 40.000 páginas, y los recursos más de 1.000, por lo que poco podrían haber logrado estudiar los antecedentes con la profundidad que merecía el asunto antes de tomar una decisión. El

SEA por su parte, alega que en la reclamación administrativa se cumplieron todos los requisitos de los Estatutos, y que los antecedentes fueron solicitados con la anticipación necesaria para su debido examen, considerando el plazo de 60 días indicado para resolver un recurso de reclamación de un EIA, según consta en el artículo 77 del D.S. 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente.

Ahora bien, respecto a la evaluación del Tribunal, en primer lugar, éste expuso tanto los argumentos que sostienen y que rechazan la hipótesis de la falta de fundamento del Acuerdo del CM, mas no detalla de cuál fue la prueba presentada para este punto tanto por el reclamante como por la reclamada, por ende, tampoco dando cuenta de aquella prueba que sí consideró y cuál no consideró. Menciona, a grandes rasgos, los argumentos que sustentan cada posición para posteriormente realizar una aseveración en el considerando trigésimo noveno, que da cuenta que se usó un criterio lógico entre los argumentos, indicando que “es lógico suponer que los Ministros no tuvieron el tiempo razonable para estudiar el proyecto de evaluación, visto la complejidad y extensión del mismo”. Lo lógico vendría dado por un examen matemático entre el número de páginas del expediente (más de 40.000) y el tiempo en el que se debía fallar el recurso (60 días de acuerdo a la normativa). Así las cosas, el Comité de Ministros tendría que, en teoría, haber leído 666,6 páginas por día, a fin de únicamente lograr leer las 40.000 páginas que contenía el expediente, lo cual, de acuerdo a las normas de la lógica y de la experiencia, sabemos que es imposible, dejando en evidencia que no es posible creer que al menos el CM pudo haber leído el expediente completo. Ahora bien, lógicamente no podemos concluir que sólo por haberse comprobado que el CM no leyó el expediente completo necesariamente conlleva a que su decisión carece de fundamento. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal recoge el argumento entregado en el considerando trigésimo noveno, que indica que el Ministro de Economía, en la sesión de fecha 21 de agosto, pidió la suspensión de dicha sesión, pues necesitaba más tiempo para formarse una “opinión fundada” sobre los antecedentes del proyecto. El considerando cuadragésimo concluye que es forzoso concluir que el acuerdo del CM ha adolecido de manifiestos vicios de fundamentación. En este análisis, el estándar de prueba no es manifiesto, pero el estudio de la prueba logra comprobar de que aquí no se exigió más que la prevalencia de la prueba, pues existieron antecedentes que, valorados de acuerdo con la sana crítica, permitían concluir que era más probable la ocurrencia de la hipótesis fáctica de que el acuerdo carecía de fundamento. No es posible observar que en este análisis se hubiese hecho una exigencia superior que pudiera desvirtuar la hipótesis fáctica, sin perjuicio de que, en este hecho en particular, y dado lo lógico que resulta suponer la falta de estudio de un expediente de 40.000 páginas

en 60 días, tampoco creemos probable que exigir mayor comprobación hubiese desvirtuado el argumento de la reclamante.

**Sentencia Rol R-28-2019. “Roberto Ramírez Herrera y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”.  
Primer Tribunal Ambiental. 24 de abril de 2020.**

**Antecedentes de hecho:** Reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 97 de fecha 13 de agosto de 2019, de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, que rechazó la solicitud de invalidación interpuesta contra la Resolución Exenta N° 99 de fecha 4 de octubre de 2018, por medio de la cual se calificó de forma favorable el estudio de impacto ambiental del proyecto “ENAPAC”.

Este proyecto consiste en la generación de agua para uso industrial, la cual será generada a partir de agua mar, la cual pasará por un proceso de desalinización por osmosis inversa, que se emplazará contigua a la línea de la costa. Para el proyecto, se instalará la planta desalinizadora (ubicada a 38 km al sur oeste de Caldera), una planta fotovoltaica (ubicada 29 km al oeste de la ciudad de Copiapó), y un reservorio de agua de mar (ubicada a 19 km. Al sur oeste de la ciudad de Copiapó).

La parte reclamante alega una “supuesta ilegalidad y deficiencia del proceso de participación ciudadana por omisión de actividades en el sector de Puerto Viejo”, pues no se contó con instancias de participación ciudadana en el sector aludido, (se realizaron tres talleres de apresto y encuentros entre Titular y ciudadanía, en Caldera, Copiapó y el sector Barranquilla) el cual indican, es el más cercano a las instalaciones del proyecto, y corresponde a una comunidad compuesta principalmente de pescadores artesanales, sus familias, por lo que su participación era indispensable, además de que el proyecto ENAPAC afectaría su fuente de trabajo, a través de la emisión de salmuera y otros contaminantes asociados al procedimiento de desalación, los que podrían contaminar el entorno, siendo sus actividades las más impactadas (considerados cuarto a undécimo). La reclamada, por su parte, indica que las actividades realizadas son las establecidas por la normativa vigente, realizándose no sólo los talleres, sino publicaciones en el Diario Oficial, en un diario de circulación regional, avisos radiales, y copias del proyecto a los municipios de Caldera y Copiapó (considerando décimo tercero y décimo cuarto), por lo que las instancias de participación existieron, con la garantía del efectivo ejercicio de los derechos de la ciudadanía.

**Hechos controvertidos:**

1. Supuesta ilegalidad y deficiencia del Proceso de Participación Ciudadana por omisión de actividades en el sector de Puerto Viejo.
2. Supuesta incompatibilidad del Proyecto con el uso de suelo del Plan Regulador Intercomunal Costero.

De los hechos controvertidos será analizado el primero, relativo a la ilegalidad o deficiencia en el proceso de participación ciudadana, que abarca los considerandos cuarto a vigésimo noveno.

**Considerandos relevantes:**

*Vigésimo. Que, para los efectos de dilucidar la presente controversia, este Tribunal tendrá presente especialmente lo dispuesto en la “Guía metodológica de Actividades Presenciales del Servicio de Evaluación Ambiental con la Ciudadanía” (...) Lo anterior, toda vez que es a través de las denominadas “Guías Trámite” que el SEA ha regulado la aplicación práctica de los procedimientos administrativos que el ordenamiento jurídico ha puesto a su cargo, como ocurre justamente con la participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental.*

*Vigésimo primero. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el citado instrumento rector, para los efectos de definir correctamente los actores a quienes se debe dirigir la convocatoria e invitación a las actividades presenciales de la PAC, la focalización debe centrarse en la determinación de quienes son los actores potencialmente involucrados en la iniciativa que se evalúa, lo que pueden ser de variada índole, ‘habitantes del sector, ya sean personas que viven en o cerca del sector de emplazamiento del proyecto o área de influencia, representantes de organizaciones territoriales, funcionales, organizaciones no gubernamentales (ONG), colectivos informales u otros; y empresas privadas’ (...).*

*Vigésimo segundo. Que, según consta en el Anexo 1 del Informe de Proceso de Participación Ciudadana, el SEA de la Región de Atacama procedió a convocar y difundir el programa de actividades PAC a través de correo electrónico y contacto telefónico, a diversos actores (...) entre los cuales figuran los Sindicatos de Pescadores y Buzos Mariscadores N° 1 y N° 2 de Puerto Viejo (...).*

*Vigésimo tercero. Que consta asimismo en autos, (...) la publicación del extracto del EIA en el Diario Oficial y en un Diario de circulación regional (...) y la emisión de 5 avisos radiales entre los días 25 a 29 de julio de 2017.*

*Vigésimo cuarto. Que, es un hecho no controvertido en autos que al primer taller de apresto y encuentro Ciudadanía-Titular (...) asistió un total de 23 personas, (...) de las cuales al menos 7 personas provenían de la localidad de Puerto Viejo, por lo que no es posible sostener, como pretenden los reclamantes, que hayan sido excluidos del proceso de participación ciudadana por el hecho que en el sector de Puerto Viejo no se haya realizado el proceso de información que mandata el ordenamiento jurídico.*

*Vigésimo sexto. Que, por lo demás, cabe hacer presente que el potencial desarrollo del proyecto de autos no era una situación ajena o desconocida para los habitantes del sector de Puerto Viejo, toda vez que, (...) consta del expediente (...), que el titular del proyecto, en el marco de las acciones de relacionamiento comunitarios temprano con las comunidades locales, desarrolló durante los años 2016 y 2017, un total de 27 actividades de difusión, de las cuales a lo menos 11 se realizaron en la localidad misma de Puerto Viejo.*

*Vigésimo octavo. Que, en virtud de las anteriores consideraciones, no es posible sostener que los reclamantes de autos hayan sido excluidos del proceso de participación ciudadana por el sólo hecho de no haberse realizado un taller presencial en la local misma de Puerto Viejo, ya que lo esencial del procedimiento de participación ciudadana es que la información relativa al proyecto que se presente desarrollar por el Titular sea conocida por la comunidad presente en el área de influencia, objetivo que se logra no sólo con la realización de talleres presenciales convocados formalmente por el SEA para cada uno de los lugares cercanos al proyecto y el sindicato de buzos y mariscadores de Puerto Viejo, del cual forman parte los reclamantes de autos, instancia colaborativa que era de conocimiento del SEA desde el momento en que el Titular del proyecto lo informó en la presentación de su EIA (capítulo 15) en cumplimiento de lo dispuesto en el literal o) del artículo 18 del RSEIA.*

*Vigésimo noveno. Que en conclusión, estos sentenciadores son de la opinión que la reclamada ha dado total cumplimiento a las normas legales y reglamentarias que regulan lo relativo al procedimiento de participación ciudadana, y en consecuencia, la Resolución N° 97 de la COEVA de Atacama, impugnada*



*en autos, se encuentra ajustada a Derecho, por lo que no se hará lugar a la alegación de la reclamante sobre esta materia.*

**Comentario:** La hipótesis a comprobar se relaciona en este caso con la subsunción de las actividades de participación ciudadana realizadas por el proyecto ENACAP, en las descripciones de las normas de la materia. El considerando décimo, resume el planteamiento de la reclamante en que *“el proceso PAC no habría cumplido el estándar exigido por la Ley y el RSEIA ya que no se habrían realizado ‘actividades de información a la comunidad’, adecuando las estrategias de participación ciudadana a las características sociales, económicas, culturales y geográficas de la población del área de influencia del proyecto en evaluación, al excluir al sindicato reclamante”*.

En primer lugar, cabe destacar (a diferencia de la sentencia Rol R-1-2017) que en la causa del proyecto ENACAP la sentencia se explaya al indicar cuáles fueron los medios de prueba aportados para probar el punto. En los considerandos vigésimo segundo a vigésimo cuarto recientemente transcritos, se hace referencia a los documentos aportados por la reclamada, a fin de demostrar que la actividad de participación ciudadana sí alcanzaría el estándar exigido por la norma. A su vez, el considerando vigésimo también es explícito en el sentido de indicar cuál es el marco regulatorio según el cual medirá la actividad de participación ciudadana del proyecto, la *“Guía Metodológica de Actividades Presenciales del Servicio de Evaluación Ambiental con la Ciudadanía”*. Precisamente este texto resulta de vital relevancia para la resolución de esta pugna particular, toda vez que indica que las actividades deben estar enfocadas en los actores potencialmente involucrados, incluyendo a *personas que vivan en o cerca de la zona de emplazamiento del proyecto*. Lo inequívoco del texto no resiste mayor análisis y, posteriormente el tribunal relaciona esta hipótesis con el hecho no controvertido como fue la realización del primer taller de apresto y encuentro ciudadanía-titular, en la que asistieron 7 de personas de la localidad supuestamente afectada por la exclusión. Incluye también como dato el que, en el marco de acciones de relacionamiento comunitario temprano, se realizaron una serie de actividades en la localidad misma de Puerto Viejo, durante el año 2017, además de las publicaciones en diarios regionales, y otras actividades informativas.

Pues bien, ¿es la prueba rendida en el proceso suficiente para afirmar que prevalece la hipótesis de que el proyecto ENACAP cumplió con el estándar normativo de participación ciudadana? A juicio del Tribunal sí, y la reflexión se encuentra plasmada precisamente en el considerando vigésimo octavo,

indicando que la norma tiene en su esencia, que la información relativa al proyecto sea conocida por la comunidad, lo cual se daría por cumplido con las actividades llevadas a cabo por el titular del proyecto, y la exclusión no podría ser tal sólo porque no se llevó a cabo una actividad en la localidad de Puerto Viejo.

El juicio del Primer Tribunal resulta a nuestro parecer incompleto en su justificación. Si bien la reclamante no aportó evidencias que permitieran aseverar que fueron efectivamente excluidos, el Tribunal pudo haber tenido en consideración por ejemplo el art. 82 del RSEIA, que preceptúa los objetivos de la participación ciudadana en el proceso de evaluación ambiental, indicando que no este proceso no tiene como única finalidad el de informar a las comunidades, sino de poder formular observaciones y obtener respuestas fundadas. Asimismo, el art. 83 inc. 3º de la misma norma indica que las actividades deberán realizarse *oportunamente*; y, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, la oportunidad se refiere al *momento o circunstancia oportunos o convenientes para algo*.<sup>157</sup> Así las cosas, las reuniones realizadas en 2017, efectivamente pudieron ser informativas, pero así también pudieron no haber sido oportunas en cuanto a la posibilidad de los habitantes de Puerto Viejo para realizar observaciones. Finalmente, y sin perjuicio de las últimas observaciones realizadas, consideramos efectivo que, a la luz del estándar de prevalencia de la prueba, la reclamada aportó mayoritariamente prueba que permitía aceptar la premisa de que se cumplieron los estándares de la normativa ambiental vigente en cuanto a las actividades de participación ciudadana del proyecto ENACAP.

**Segundo Tribunal Ambiental:** El Segundo Tribunal Ambiental, radicado en la ciudad de Santiago, entró en funcionamiento en agosto de 2013, inicialmente con competencia en todo el territorio nacional. Cuenta con 21 sentencias de demandas por daño ambiental.

**Sentencia Rol D-24-2016. “Junta de Vigilancia de la Tercera Sección del Río Mapocho con Aguas Andinas S.A.”. Segundo Tribunal Ambiental. 27 de abril de 2017.**

**Antecedentes de hecho:** La Junta de Vigilancia de la Tercera Sección del Río Mapocho (en adelante “La Junta”) presenta demanda de daño ambiental en contra de la empresa Aguas Andinas, con motivo del supuesto daño ambiental causado por el incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental N°

---

<sup>157</sup>Diccionario de la Real Academia Española.

266/2009 (en adelante “RCA N°266/2009”) que aprobó el proyecto “100% de Saneamiento de la Cuenca de Santiago” (en adelante “el proyecto” o “PTAS Mapocho” indistintamente). Este proyecto, que contemplaba el tratamiento de aguas servidas para posteriormente ser devueltas al lecho del río afectó, a juicio de la Junta, el caudal del río en tal magnitud, que los canales que se veían favorecidos con el caudal previo a la construcción de la planta de tratamiento, a fecha de la demanda se encontraban ya prácticamente secos, afectando 18.000 hectáreas de terreno agrícola por falta de riego.

Indican que la RCA N° 266/2009 ordenó al proyecto el hacerse cargo de no afectar el caudal que alimentaba los canales de la zona poniente de la Región Metropolitana (zonas de Padre Hurtado, Peñaflor y Talagante), donde la Junta agrupa a un número de pequeños agricultores de la zona que mantienen derecho de aprovechamiento de aguas para el riego de sus predios. A fin de asegurar este correr de aguas, la RCA ordenó la construcción de obras de conducción y entrega que permitieran el transporte gravitacional de las aguas hasta el o los puntos de cota más alta, de manera de favorecer el máximo posible de hectáreas de riego que son atendidas por los canales. El titular del proyecto era el responsable de que la construcción de dichas obras civiles se hiciese sin costo alguno para los regantes y puesto en marcha antes de la entrada en operación del proyecto, cosa que no ocurrió.

Aguas Andinas por su parte, indica en su defensa que “la RCA estableció como obligación de restitución de aguas tratadas sólo para el evento de registrarse un déficit hídrico efectivo como consecuencia de la operación de las PTAS Mapocho. Ahora bien, en este escenario, la restitución no puede ser superior al caudal tratado en la PTAS Mapocho y que, de existir el mencionado déficit, éste debe ser debidamente acreditado y previamente comunicado a Aguas Andinas S.A. por la propia Junta de Vigilancia (...) Adicionalmente, debía construirse una obra que permitiera tal restitución en el evento señalado, a través de un transporte gravitacional hasta el o los puntos de cota más alta, de acuerdo a lo técnicamente factible, para favorecer el riego del máximo posible de hectáreas”<sup>158</sup>. A su vez, indica que el Proyecto considera la entrega de hasta 3,5 m<sup>3</sup>/s de aguas servidas, lo que a juicio de la demandada, resulta del todo insuficiente para un potencial regadío de 18.000 hectáreas, ya que la PTAS Mapocho, que promedia un caudal de 2,4 m<sup>3</sup>/s, por lo que a su juicio no existe relación de causalidad entre el nivel de operación del Proyecto y el efecto dañoso alegado por el demandante, el cual estaría relacionado más bien a una crisis hídrica que afecta todo el territorio nacional por las condiciones climáticas actuales.

---

<sup>158</sup>Segundo Tribunal Ambiental, Sentencia rol D-24-2016, 27 de abril de 2017, p 16.

**Hechos controvertidos:**

1. Efectividad de haberse producido daño ambiental. Hechos, época, naturaleza, extensión espacial, circunstancias.
2. Acciones u omisiones atribuidas a la demandada que habrían provocado el daño ambiental alegado.
3. Hechos y circunstancias que configurarían la culpa o el dolo de la demandada.
4. Efectividad que la demandada infringió normas ambientales que configurarían la presunción del art. 54 de la Ley Nº 19.300. Hechos que la constituyen.
5. Relación de causalidad entre el daño ambiental alegado y la acción u omisión atribuida a la demandada.

**Considerandos relevantes:**

*Decimonoveno: Que, conforme a la demanda de autos, el daño ambiental consistiría en el “deterioro relevante” de “18.000 hectáreas de tierras de riego” que producto de la ausencia del recurso hídrico se han convertido en “tierras de secano”, lo que significaría “[...] una pérdida de su morfología y de sus nutrientes que les eran propios y de sus posibilidades de plantación, explotación y de diversidad vegetal y arbórea” (...).*

*Vigésimo cuarto: Que, a continuación, corresponde analizar a la luz de la prueba rendida en autos, apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, si se ha configurado la existencia del daño ambiental alegado.*

*Vigésimo quinto: Que, en relación a la prueba documental agregada al proceso por la demandante, en primer término, se analizará el documento titulado “Balance hídrico” [...]*

*Vigésimo sexto: Que, en concepto del Tribunal, del análisis del documento no es posible establecer que exista un déficit hídrico para los cultivos del sector regado por los canales anteriormente señalados. Lo anterior, por cuanto del documento se desprende que sólo se realizó un estudio de la demanda hídrica de los cultivos y no un balance hídrico completo, donde se especifique la disponibilidad hídrica de dicha sección del río Mapocho [...] comparada con la demanda de los cultivos. En otras palabras, si no se*

*informa el delta o comparación entre caudales y precipitaciones no es posible acreditar que exista un déficit hídrico para los cultivos.*

*Vigésimo séptimo: Que, por otra parte, a juicio de estos sentenciadores, el documento efectúa una serie de afirmaciones sobre la base de “supuestos”, que no permiten al Tribunal, asumir fidedignamente sus conclusiones. En efecto, se señala que “En la última temporada estival no se cultivaron 1.096 hectáreas (29% del área cultivable), presumiblemente por carencia del recurso hídrico para riego. [...] Los predios que mantienen sus cultivos presumiblemente utilizan aguas de pozos para el riego [...] (página 11 Informe, destacado del Tribunal). Asimismo, debe destacarse que este informe no hace referencia alguna al deterioro o afectación de 18.000 hectáreas de suelo de cultivo, razón por la cual no permite acreditar la existencia de daño ambiental invocado en el libelo.*

Posteriormente, se introduce en el considerando trigésimo, el documento “Informe Pericial Nº 11910”.

*Trigésimo segundo: Que, analizado el informe, a juicio del Tribunal, se debe tener presente que éste adolece de deficiencias metodológicas y de fiabilidad en la presentación de los resultados [...]*

*Trigésimo cuarto: Que, asimismo, y en relación al uso del método de teledetección [...] el estudio adolece de varios problemas [...] Los métodos supervisados requieren la realización de mediciones directas, en terreno, de los elementos de interés, [...] con el fin de ajustar o calibrar la interpretación de las señales espectrales. En el informe no se hace referencia a ningún método de calibración en terreno y, por tanto, se puede suponer que la clasificación no fue supervisada.*

*Trigésimo octavo: Que, finalmente y en relación a los análisis estadísticos del informe, cabe tener presente que éstos se presentan de manera incompleta, no indicando los test realizados [...] y, entregando los resultados de manera incompleta, lo cual no permite validar sus aseveraciones y conclusiones.*

*Cuadragésimo: Que, en definitiva, a juicio del Tribunal, analizada técnicamente la evidencia presentada por el demandante, no es posible establecer daño en el suelo de las 18.000 hectáreas mencionadas en la demanda, ya que, el vigor en la vegetación es un indicador indirecto del estado del suelo, así como de la disponibilidad hídrica, debido a que el estado de los cultivos responde a múltiples factores*

*interconectados. Finalmente, no existe antecedente probatorio alguno en el proceso que permita establecer cuál sería la extensión en hectáreas del sueño presuntamente afectado.*

*Cuadragésimo primero: Que, la restante prueba documental acompañada al proceso por la demandante, no agrega ningún antecedente que permita establecer la existencia del daño ambiental alegado.*

*Cuadragésimo noveno: Que, en consecuencia, de los antecedentes expuestos en los considerandos precedentes, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica en los términos del artículo 35 de la Ley N°20.600, el Tribunal concluye que no se aprecian antecedentes probatorios suficientes que permitan establecer la existencia de una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al componente suelo, motivo por el cual, se concluye que el daño ambiental alegado no se encuentra acreditado.*

**Comentario:** A la luz de lo indicado por el fragmento transcrito, la demanda se rechazó, al no haberse probado el daño ambiental. Esta sentencia ilustra de buena manera el valor de los tribunales especializados, pues en buena parte de las secciones no transcritas se hace un detalle pormenorizado de las deficiencias técnicas de los medios de prueba analizados por el tribunal, y aportados por el actor. En cuanto al uso de estándar de prueba, no cabe dudas que ante el supuesto fáctico: “se generó daño ambiental en 18.000 hectáreas de riego”, los informes presentados por la demandante sí buscaban acreditar la veracidad de la hipótesis, sin embargo, el tribunal consideró que la prueba no lograba acreditar la existencia de daño, pues los informes que pretendían verificarlo adolecían de una serie de fallas metodológicas en su estudio. ¿Utilizó el tribunal un estándar más alto que el de preponderancia de la prueba y en razón de ello desestimó la demanda? Consideramos que ello no es así, pues del análisis del tribunal se logra percibir que la prueba sencillamente no lograba apoyar mayoritariamente la hipótesis fáctica del actor. En primer lugar, no se logró acreditar que efectivamente fuesen 18.000 las hectáreas de tierra agrícola dañadas, y en segundo lugar, el informe “balance hídrico” no fue capaz de acreditar el déficit hídrico que postulaba en sus conclusiones, toda vez que no se realizó un verdadero balance entre la disponibilidad de agua y la demanda del mismo elemento. Sólo tomando en consideración estos dos medios de prueba técnicos, que el tribunal analizó con mayor detenimiento, es posible establecer que no se logró superar el umbral de la prueba prevaleciente.

La sentencia en lo no transcrito, se hace cargo de indicar las pruebas relevantes para la decisión respecto a la hipótesis fáctica, y asimismo indica a grandes rasgos los motivos por los cuales ha desestimado otras pruebas rendidas. También se refiere a la prueba aportada por el demandado para el punto de prueba, pero se ha decidido centrar este comentario en las pruebas del actor, toda vez que la carga de probar el daño era suya. Finalmente, hay que indicar que la sentencia no hace referencias explícitas al uso de un estándar de prueba, pero señala en el considerando cuadragésimo noveno, que el Tribunal no ha podido concluir que existe daño ambiental, lo que daría a entender más bien una remisión a que no se ha logrado un estado mental de convencimiento por parte de los jueces.

**Sentencia Rol D-39-2017. “Ilustre Municipalidad de Santo Domingo con Sociedad Inmobiliaria Altos del Yali Ltda.” Segundo Tribunal Ambiental. 29 de mayo de 2020.**

**Antecedentes de hecho:** Con fecha 4 de febrero de 2017 residentes de la zona, mientras se dirigían a sus casas, presenciaron como una retroexcavadora destruía la Quebrada La Loma, quienes procedieron a denunciar los hechos a las autoridades. Carabinero verificó que el trabajador de la empresa demandada se encontraba cortado y descepando árboles nativos sin ningún tipo de autorización para trabajar en la quebrada, por lo que quedó citado al Juzgado de Policía Local de Santo Domingo, en causa Rol N° 350-2017. Adicionan que la quebrada fue inspeccionada por CONAF, quienes determinaron que 2.7 hectáreas de bosque nativo habían sido cortadas y descepadas. La finalidad de esta intervención habría sido la construcción de un camino para un proyecto de loteo de la Sociedad Inmobiliaria Altos del Yali Ltda. Indican que la tala trajo una serie de consecuencias perjudiciales para el medio ambiente, por lo que solicitan su reparación. La defensa de la empresa demandada se basó en argüir diversas excepciones, y en cuanto al fondo, aporta ciertas consideraciones poco relevantes, tales como que una de las especies cortadas no corresponde a una en situación de vulnerabilidad, o que la zona de la quebrada no se encuentra en un sitio de conservación ni tampoco forma parte de los 34 *Hotspots* que menciona la actora en su libelo.

**Hechos controvertidos:**

1. Efectividad de existir un litigio pendiente entre las mismas partes sobre el mismo objeto y con idéntica causa de pedir.
2. Efectividad de haberse producido daño ambiental. Componentes ambientales afectados, hechos, época, naturaleza, ubicación, extensión espacial, circunstancias.

3. Acciones u omisiones atribuidas a la demandada que habrían provocado el daño ambiental alegado.
4. Hechos y circunstancias que configurarían la culpa o el dolo de la demandada.
5. Efectividad que la demandada infringió normas ambientales que configurarían la presunción del artículo 52 de la Ley Nº 19.300. Hechos que la constituyen.
6. Relación de causalidad entre el daño ambiental alegado y la acción u omisión atribuida a la demandada.
7. Efectividad de haber implementado la demandada medidas correctivas en la Quebrada La Loma. En su caso, hechos época, naturaleza, extensión espacial y circunstancias.

**Considerandos relevantes:**

*Centésimo decimocuarto: Para determinar si se produjo la afectación al componente suelo, alegada por la demandante, el Tribunal analizará, primeramente, la prueba documental rendida por las partes, los oficios remitidos por la CONAF, la DGA, la SMA y el Juzgado de Policía Local de Santo Domingo, lo afirmado por la propia demandada en su solicitud de plan de corrección y en el escrito presentado ante la SMA, lo observado por el Tribunal en la inspección personal y las imágenes satelitales acompañadas por la demanda y disponibles en la plataforma de libre acceso público Google Earth. En segundo término, se analizará lo declarado por los testigos.*

*Centésimo decimoquinto: En primer lugar, se señala en el Informe de Cora Nº 1/2008-56/17, acompañado a Fs. 2, que: “Con fecha 7 de febrero de 2017 a las 17.00 horas Carabineros se hizo presente en el lugar de los hechos y procedió a citar al Juzgado de Policía Local de Santo Domingo al operador de la excavadora Sr. Pablo Alejandro Fuentes Arce [...]*

*Centésimo decimosexto: Adicionalmente, en el Informe Simplificado Nº 3/2008-56/17, que rola a fojas 9, emitido por el fiscalizador [...] se indica que: ‘Se efectuó inspección predial y se verificó, a través de reconocimiento de terreno, el registro de coordenadas georreferenciadas y fotografías de los hechos constatados, la corta no autorizada de especies del bosque nativo [...] ubicadas en varios sectores de la Quebrada conocida como ‘La Loma’ de pendiente fuerte y **suelos frágiles** (destacado del Tribunal) [...]*



*Centésimo decimoséptimo: Por otro lado, en la Resolución Exenta N° 1.019/2017 de la DGA, que rola a fojas 148, se señala que: '[...] es Sociedad Inmobiliaria Altos del Yali Ltda. quien ejecuta las labores de remoción de vegetación para la construcción del camino que da conectividad a los lotes del predio, por ende, es quien se ve beneficiada con las acciones realizadas'.*

*Centésimo decimoctavo: En este sentido, consta a fojas 181, el oficio N° 171/2019, emitido por el Director General de Aguas, en el que da cuenta que: [...] Sociedad Inmobiliaria Altos del Yali Ltda., no ha dado cumplimiento a lo ordenado por la Resolución D.G.A. Región de Valparaíso (Exenta) N° 1019 de 22 de junio de 2017, constatándose por parte de este Servicio, que no se ha realizado la restitución del cauce en la condición anterior a su intervención [...]*

*Centésimo decimonoveno: Asimismo, a fojas 560 de autos, consta el Plan de Corrección – Ley N° 20.283, de 17 de octubre de 2017, presentado por la demandada, en el cual se señala que: “Se propone efectuar la reforestación IN-SITU en forma parcial, considerando para ello utilizar aquellos sectores que se generaron a partir de la construcción del camino en toda su extensión y que corresponderá al sector o rodal 2 a reforestar [...] **con ello se espera disminuir y detener los procesos erosivos** y de alteración de los cursos de agua [...] Se utilizarán de (sic) técnicas de hidrosiembra, como actividad complementaria a la reforestación IN-SITU, debido a la **necesidad de controlar la erosión laminar y cárcavas que se generan y que se han generado por efecto del escurrimiento las aguas lluvias [...]** (énfasis del Tribunal).*

*Centésimo vigésimo quinto: En base a los antecedentes referidos en los considerandos precedentes, se establece que personal de la demandada fue sorprendido el 7 de febrero de 2017 realizando obras civiles de construcción de caminos en la Quebrada La Loma, en su ladera y zona adyacente, interviniendo 2.7 hectáreas aproximadamente, comprendiendo la remoción total o parcial de la capa vegetal del área intervenida, cortes de la pendiente de la quebrada en diversos puntos y la compactación de la superficie donde se construyó el camino, causando erosión laminar y cárcavas, además de causar un alto riesgo de procesos erosivos, de remoción en masa y de sedimentación hacia el cauce de la quebrada.*

*Centésimo vigésimo sexto: En síntesis, la evidencia analizada en los considerandos precedentes permite a este Tribunal sostener que se produjo afectación del componente suelo de la quebrada, por la remoción de la capa vegetal, la alteración de la pendiente de quebrada y la generación de erosión laminar y cárcavas.*

**Comentario:** En este comentario, quisiéramos partir haciendo presente que existen diferencias en relación con la sentencia citada anteriormente que correspondía al año 2017. Dichas diferencias podrían entenderse como meros cambios formales, pero a la luz de las discusiones que hemos expuesto precedentemente a lo largo de este proyecto, nos permitimos aventurarnos a indicar que muestran signos de una estructura más acorde con esa “objetivación” o tendencia a la racionalización que hemos expuesto. En concreto, las sentencias ambientales que el 2TA publicó en sus primeros años de funcionamiento, dan cuenta de una estructura en la que si bien se separaban el análisis de los grandes temas, y dicha separación era manifiesta en la forma de un listado de temas a abordar, subyacía la lógica de análisis según el cual en el acápite del daño (por mencionar un ejemplo), el Tribunal exponía cada medio de prueba aportado, el cual era analizado en uno o más considerandos, sólo para llegar al final del ítem “daño”, indicando que en consideración a lo previamente expuesto, el Tribunal consideraba probado el ítem daño. Ello rememora a una concepción subjetivista, pues el razonamiento judicial salta desde un considerando en que respecto de cada medio de prueba se indica que éste demuestra o no demuestra (sin explicitar, por cierto, el criterio por el cual se mide esa demostración) un hecho, para luego indicar que el juez se convenció a la luz de “lo anteriormente expuesto”.

La sentencia definitiva de Ilustre Municipalidad de Santo Domingo con Inmobiliaria Altos del Yali cambia esta estructura, pues la lógica subyacente cambia. Efectivamente, existe una enumeración de los medios de prueba y lo que éstos afirman, pero ya no se dedica al análisis pormenorizado donde el juez destacaba en el considerando aquellos elementos que lo convencían, o se dedicaba a invalidar la prueba si es que ésta no le parecía suficiente o correcta. En este caso, en relación a la prueba del ítem “daño” en particular del componente “suelo”, en los considerandos centésimo décimo cuarto a centésimo vigésimo cuarto, el Tribunal detalla el elemento de prueba, y procede a citar extractos ya sea del informe, pericia o declaración, para posteriormente, en el considerando centésimo vigésimo quinto, indicar cuáles son los hechos probados a la luz de todos los medios de prueba expuestos, y posteriormente valorarlos, señalando en el considerando vigésimo sexto, que la evidencia analizada en los considerandos precedentes permite a este Tribunal sostener que efectivamente se produjo afectación del componente suelo de la quebrada.

Quizás no pareciera una gran distinción, pero a nuestro juicio refleja una evolución en la técnica jurisdiccional. A lo largo de todo este proyecto, hemos intentado demostrar que dentro del proceso

sólo podemos tener la expectativa de relativos grados de la verdad, y que el racionalismo no busca eludir este problema, sino más bien hacerse cargo de él y demostrar que no es necesario que intentemos a través del discurso jurisdiccional, hacer creer que el juez ha llegado a la verdad de los hechos, sino más bien que ha tenido un proceso racional de juzgamiento. La primera estructura descrita en la causa de “La Junta con Aguas Andinas”, está pensada para hacernos creer que el juez se convenció de la verdad, y la segunda, que las pruebas mostraron una verdad, la cual se encuentra plasmada en el considerando centésimo vigésimo quinto en cuanto al daño del componente suelo, e igualmente se replica en cuanto a esquema en el considerando nonagésimo noveno en relación al componente vegetación. Y en términos de justificación, el primer esquema siempre encontró su piedra de tope en que el convencimiento del juez es algo tan íntimo y subjetivo, que por ende era imposible de revisar, pues finalmente era un espacio propio de la facultad interpretativa del juez. Este nuevo esquema se fundamenta en sí mismo, pues se han detallado sin valoraciones lo que cada prueba aportó, para luego declarar cuál fueron los hechos que según esas pruebas se pudo comprobar. Racionalmente deberíamos poder leer todos esos medios de prueba y entender el relato de los hechos que dio por acreditados la sentencia, sin necesidad de pensar que ello fue simplemente fruto de la facultad interpretativa del juez de la causa.

En relación con el estándar de prueba, éste no se expresa, pero nuevamente hemos de considerar que se utiliza el estándar de prevalencia de la prueba, pues no es manifiesto el uso de ningún otro estándar más elevado, y de la declaración de los hechos probados se puede apreciar que éstos han sido fijados como acreditados en razón a su mayor apoyo probatorio.

**Tercer Tribunal Ambiental:** El Tercer Tribunal Ambiental, radicado en la ciudad de Valdivia, entró en funcionamiento en diciembre de 2013, con competencia en el territorio comprendido entre la Región de Ñuble y la Región de Magallanes. Cuenta con 17 sentencias de reparación por daño ambiental.

**Causa D-7-2015. “Herminio Bautista Carrillo I. Con Empresa Nacional de Electricidad S.A.”. Tercer Tribunal Ambiental. 31 de diciembre de 2018.**

**Antecedentes de hecho**<sup>159</sup>: Los demandantes acusaron que el Complejo Térmico Bocamina (CT Bocamina), perteneciente a Endesa, había provocado daño ambiental en las comunas de Lota y Coronel.

---

<sup>159</sup> Tercer Tribunal Ambiental. Sentencia rol D-7-2015.

Los demandantes afirmaron que la emisión de metales pesados a la atmósfera había afectado tanto el aire y suelo, como la salud humana. Agregaron que el daño también se manifestó en la pérdida de flora y fauna marina, y en la disminución de la actividad económica de los demandantes.

Endesa por su parte, negó que haya generado daño ambiental, ni que haya generado riesgo a la salud. La empresa indicó que en Lota y Coronel han existido otras fuentes de emisiones e impactos ambientales, oscureciendo la causa de los daños imputados. Adicionalmente, Endesa alegó una serie de excepciones formales.

**Hechos controvertidos:**

1. Efectividad de que Endesa, debido a su actuar culposo, ha contaminado y afectado el suelo, aire, agua, en un área extensiva, a lo menos, a las comunas de Lota y Coronel y en el mar adyacente a sus costas.
2. Efectividad de que Endesa ha producido, debido a la contaminación de suelo, aire y agua, impactos económicos, afectación de la flora y de la fauna, y de la población humana, presentes a lo menos, en las comunas de Lota y Coronel y en el mar adyacente a sus costas.
3. Efectividad de la época o período desde el cual se produjo la manifestación evidente del daño ambiental demandado.

**Considerandos relevantes:**

*Considerando vigésimo sexto: Que, a la luz de lo discurrido en los considerandos anteriores, corresponde que el Tribunal determine si en la presente causa concurren los supuestos necesarios para establecer si hubo o no daño ambiental.*

*Para tal efecto, este Tribunal procederá a realizar el siguiente análisis:*

1. *Precisar el ecosistema afectado;*
2. *Identificar cuáles son los componentes del ecosistema que habrían experimentado pérdida, disminución, detrimento o menoscabo (ej. Agua, suelo, aire, etc.);*
3. *Determinar si el ecosistema experimentó una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en relación con su capacidad para, ya sea, i) proveer servicios ecosistémicos, ii) asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de esos componentes (conservación), o iii) mantener*

*las condiciones que hacen posible la evaluación y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país (preservación); y,*

4. *Determinar si la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo, es significativa.*

*Centésimo trigésimo: Que, en los considerandos quincuagésimo cuarto en adelante, el Tribunal analizó la afectación al componente aire en las comunas de Lota y Coronel.*

*A diferencia de la prueba aportada para comprobar la afectación de los componentes agua y suelo, en el caso del aire la evidencia de los Demandante le permite a estos sentenciadores establecer su afectación y contaminación.*

*Centésimo trigésimo segundo: Que, el aire contaminado de las comunas de Lota y Coronel altera funciones biológicas de los seres humanos, en particular su salud.*

*Centésimo trigésimo quinto: Que, el Tribunal ha establecido la afectación al componente aire en las comunas de Lota y Coronel, por lo que procede determinar si ésta constituye una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo, conforme lo requiere el literal e) del art. 2 LBGMA.*

*Centésimo Trigésimo Octavo: **Que, el estándar de prueba adoptado por estos sentenciadores corresponde al de “balance de probabilidades” o “preponderancia de la prueba”, que requiere, para dar por probado un hecho, crear el convencimiento en estos jueces de que fue más probable que éste se haya producido de que no se haya producido. En términos cuantificables, a estos sentenciadores los convence una prueba que supere el 51% de probabilidad** (Definición RAE: <<verosimilitud o fundada apariencia de verdad>>).*

*Esta definición implica que la prueba producida por los demandantes es más que verosímil. En efecto, los demandantes demostraron -pues era su carga- que a propósito de la contaminación del aire por MP2,5 en las comunas de Lota y coronel el componente aire ha sufrido pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo.*

*Adicionalmente, de las pruebas presentadas por los Demandantes se puede observar que la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo del componente aire es de tal consideración que afecta una*

*extensión territorial más allá del área afectada definida en autos. Aún más, este daño ambiental es una de las preocupaciones centrales de la legislación ambiental nacional –y global-, llegando a tal nivel que la misma LBGMA considera la elaboración de un Plan de Descontaminación y Prevención en el caso de Lota y Coronel, por ser zonas latente y saturada.*

***En consecuencia, estos sentenciadores consideran que la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo del componente aire es significativa, por lo que debe ser considerado daño ambiental.*** [El destacado es nuestro].

**Comentario:** La elección de esta sentencia se debe en gran medida a lo indicado en el considerando centésimo trigésimo octavo recién transcrito. A diferencia de lo sucedido con el Primer y Segundo Tribunal Ambiental, aquí sí se explicita el uso de un estándar de prueba, y se señala que el estándar es el de preponderancia de la prueba. Incluso señala que, en términos cuantificables, a los sentenciadores los convence una prueba que supere el 51% de probabilidad.

Sin embargo, no podemos dejar de destacar que el uso del estándar resulta algo curioso, por cuanto no se aplicó para determinar que una hipótesis fáctica se tuvo por verdadera porque su apoyo evidencial superó el 51% de probabilidad de ser verdadera, que en este caso, correspondía al hecho de comprobar si existió un daño en el componente aire de las comunas de Lota y Coronel, si no que más bien, se aplicó en la determinación de si dicho daño fue o no significativo. El por qué nos parece curiosa esta aplicación, es porque precisamente la significancia del daño corresponde a una interpretación de un elemento de derecho, de una calidad exigida por la ley, definida por la ley, y que el juez determinará en virtud de su comprensión e interpretación legal. El estándar de prueba como proceso de verificación de hipótesis fácticas tiene por finalidad el ayudar al juez a determinar cuándo una versión de los hechos ya se encuentra suficientemente verificada por la evidencia, pero dicho análisis es factual, tiene que ver con los sucesos que efectivamente han ocurrido en el mundo, y que el actor intenta comprobar en la etapa probatoria. La significancia, por otro lado, no es un requisito que un informe técnico de un perito pueda indicar, de modo tal de aseverar que es la prueba la que demuestra la significancia del daño ambiental, sino que es una calificación legal que el juez le dará al daño, en virtud de lo indicado por un informe técnico o una visita inspectiva, etc.

Por ello, si bien en este caso no se da pie para un mayor análisis en cuanto a cuál es el estándar de prueba aplicado, pues por primera vez el uso del estándar es expreso, sí es posible criticar el hecho de que el estándar no ha sido aplicado correctamente, pues se ha empleado para declarar el convencimiento respecto de un elemento de derecho.

**Causa D-15-2019. “Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue con Empresa Eléctrica Caren S.A.”. Tercer Tribunal Ambiental. 26 de junio de 2020.**

**Antecedentes de hecho:** La Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue, presentó demanda de responsabilidad por daño ambiental en contra Empresa Eléctrica Caren S.A., por los hechos que a su juicio constituyen daño ambiental grave, consistentes en la afectación al Eltún Pehuenche existente en el sector Huechelepún de la comuna de Melipeuco, que forma parte del Sitio Arqueológico Carén Alto-1. Dicha afectación se habría producido con motivo de las actividades de construcción, excavación y extracción de materiales en el sector del Eltún Pehuenche, provocando la destrucción de restos arqueológicos y paleontológicos.

La demandada alegó que no existió daño ambiental alguno, ya que la Comunidad Indígena se encuentra ubicada a aproximadamente 10 kilómetros del sitio arqueológico, y que no existe un Eltún Pehuenche en dicho sector. Además, indica que las obras civiles ejecutadas, tienen por finalidad un recambio de tuberías de aducción del proyecto hidroeléctrico cercano, y que ellas se encuentran en un terreno cercano al sitio arqueológico.

**Hechos controvertidos:**

1. Efectividad de que la Demandante tiene un vínculo cultural, ceremonial, religioso y/o funerario con el Sitio Arqueológico Carén Alto-1.
2. Existencia, características, intensidad y extensión del daño ambiental alegado respecto del Sitio Arqueológico Carén Alto-1.
3. Efectividad de la realización de obras de construcción, excavación y extracción de materiales y eventual disposición de tuberías desechadas en el Sitio Arqueológico Carén Alto-1 por parte de la Demandada.
4. Efectividad de que el daño ambiental demandado fue causado por las acciones alegadas.

5. Efectividad de que la Demandada ha actuado dolosa o culposamente respecto de las acciones alegadas.

**Considerandos relevantes:**

*Quincuagésimo segundo: La demandante ha señalado que, mediante las acciones realizadas por la Empresa, definidas en el considerando vigésimo cuarto, se está causando un daño ambiental consistente en la destrucción de restos arqueológicos y paleontológicos y en la alteración de un Eltun perteneciente de la cultura Pehuenche (fs. 1) que se ubican en el Sitio Arqueológico Carén Alto 1.*

*Quincuagésimo Quinto: A juicio del Tribunal, queda probado que el Sitio Arqueológico Carén Alto-1 fue descubierto en el marco de la construcción del Proyecto “Central de Pasada Carilafquén-Malalcahuello”.*

*Quincuagésimo séptimo: Como se aprecia de la prueba aportada por la propia demandante, la Empresa, en cumplimiento a las condiciones de su RCA, efectuó diversas prospecciones arqueológicas que permitieron no sólo la detección, sino también el rescate, estudio y protección de una serie de elementos cerámicos, líticos y óseos cuyo análisis permite concluir que se trata de vestigios de una ocupación que podría corresponder al límite entre el período alfarero temprano y el tardío. Del análisis de estos antecedentes no es posible concluir que se haya producido destrucción o pérdida de elementos pertenecientes al patrimonio cultural, como tampoco se puede deducir de la demás prueba producida por la demandada.*

*Quincuagésimo octavo: Un segundo daño alegado por la Demandante, consistiría en la alteración de un Eltun Pehuenche [...] Para fundamenta su alegación, la única probanza pertinente que presentó, consiste en el registro audiovisual de una ceremonia Nguillatun celebrada el 14 de septiembre de 2019 por los integrantes de la Comunidad Indígena Painetru Sahuelhue (fs. 433). [...] No obstante que de tal medio no es posible dar fe de la ubicación exacta de la ceremonia, el Tribunal en su inspección personal, pudo colegir que se realizó en el Lote 3, de propiedad de la Sra. Esnilda Pardo, [...] en la porción que no corresponde al Sitio Arqueológico. [...] A lo anterior se debe agregar que la propietaria del predio en cuestión declaró que, a pesar de residir en el lugar, no había atestiguado ningún tipo de ceremonia hasta la celebración de la reportada en autos a fs. 433.*



*Sexagésimo primero: En virtud de lo anterior, estos sentenciadores consideran que no hay evidencia que acredite la destrucción de restos arqueológicos ni alteración o afectación de algún cementerio indígena, menos aún de un Eltun [...]*

*Sexagésimo segundo: Finalmente, respecto de las acciones efectuadas por la Empresa al interior del Sitio Arqueológico, a saber, ingreso de vehículos, de maquinaria y de trabajadores; posicionamiento temporal de contenedores y construcción de cercos prediales, el Tribunal apreció que la mayoría de estas acciones [...] tuvieron efectos en la capa superficial del suelo, sin que la Demandante haya podido probar los efectos de estas acciones sobre el patrimonio arqueológico o en la propia comunidad Painetru Sahuelhue. A mayor abundamiento, en el transcurso de la inspección personal del Tribunal, a la cual concurrió personal especializado del CMN (Consejo de Monumentos Nacionales), no hubo descubrimiento de nuevas piezas arqueológicas ni se logró recoger evidencia de daño atribuible a las actividades ya citadas.*

*Sexagésimo tercero: En consecuencia, al no haberse probado la destrucción de vestigios arqueológicos ni de un cementerio Pehuenche en el lugar de emplazamiento del Proyecto, no es posible concluir que haya existido daño al medio ambiente, susceptible de ser reparado por medio de la presente acción.*

**Comentario:** En la causa de la Comunidad Pehuenche con Empresa Eléctrica Carén vemos un ejemplo de daño a componentes culturales del medio ambiente, en este caso la posible afectación a un territorio de sepulcros indígenas. A juicio del Tribunal, la demandante no logra comprobar la efectividad de que en el territorio en que se desarrollaban las obras civiles para el recambio de tuberías de la empresa hidroeléctrica, se hubiese afectado algún lugar de carácter ceremonial o cementerio alguno. El tribunal tuvo en consideración la falta de precisión en la determinación de los deslindes del sitio arqueológico, y que las obras se estuvieron desarrollando a más de 150 m de dicho sitio (cons. cuadragésimo sexto), y en cuanto al daño ambiental alegado por la demandante en relación a la destrucción de restos arqueológicos y paleontológicos, y a la alteración de un Eltun perteneciente a la cultura Pehuenche, estimó que no se logró acreditar la destrucción o pérdida de elementos pertenecientes al patrimonio cultural de la etnia Pehuenche, ni tampoco se pudo comprobar el lugar exacto de ubicación del Eltun, impidiendo que se determinara si este efectivamente estaba emplazado en el lugar de las obras de recambio de tuberías. Esta sentencia no hace referencias a un estándar de prueba, pero dada la

vaguedad de la evidencia aportada por la actora, es factible concluir que sus hipótesis no lograban al menos superar el estándar de preponderancia de la evidencia.

Sin embargo, este caso nos permite observar que una situación que ya habíamos descrito al referirnos a los dilemas probatorios que tiene la acción de reparación por daño ambiental, que en su momento sólo mencionamos en cuanto a la causa. Por una parte, existe una parte demandante que está constituida por una Comunidad Pehuenche, enfrentada ante una empresa privada. No es una situación poco frecuente, que en las causas de daño ambiental se pueda observar una clara diferencia entre los litigantes, y ello redundaría en la calidad de prueba que pueden producir dentro del juicio. Es probable que, para un pueblo perteneciente a una cultura ancestral, que lleva un largo tiempo habitando un sector, no vean en diferencias de cientos de metros, aquello que es parte de su tierra, o parte de lo que alguna vez contuvo lugares sagrados. Sin ir más lejos, el sitio arqueológico citado se encontraba a 150 metros de distancia, y efectivamente tenía restos de interés cultural. Esto no redundaría en mayores conclusiones en relación con la aplicación de un estándar de prueba, pues es razonable que no se hubiese dado por probada la hipótesis de la Comunidad a la luz de la prueba aportada, pero sí ilustra que la acción de reparación por daño ambiental tiene un sinnúmero de desafíos aún por resolver.

## **Conclusión**

A la interrogante planteada en la introducción de este proyecto, sobre cuál es el estándar de prueba de la acción de reparación por daño ambiental, se concluye que este es el de preponderancia de la prueba. Para llegar a esta respuesta, en primer lugar, dejamos en evidencia la relevancia de la búsqueda de la verdad como foco principal de la etapa probatoria. Partimos desde este punto, pues no existiría el concepto de los estándares de prueba en el marco jurisdiccional si no fuera por el reconocimiento de que queremos encontrar la verdad de los hechos y la inevitable reflexión de que muchas veces no será posible llegar a la verdad absoluta.

La aceptación por parte del juez de que no será capaz de conocer la verdad, lo pone en una encrucijada, pues ciertamente aún debe resolver la contienda jurídica, y tampoco se miraría con buenos ojos a un juez que tome una decisión admitiendo no estar seguro de la verdad de los hechos. Y es probablemente la falta de reconocimiento de esa falibilidad, la que llevó a que el convencimiento se utilizara como mecanismo de resguardo y legitimación para la labor judicial. La teoría racionalista se presenta, a nuestro juicio, como una objetivación que habilita al juez para reconocer que los hechos no son siempre totalmente cognoscibles, pero que ello no es un indicio de que la contienda no se resolverá conforme a la justicia, o que su resultado no será una decisión racional. El estándar de prueba es precisamente una habilitación para que se reconozca que una proposición fáctica puede ser probada y ese resultado será racional, si es que la evidencia logra apoyar la hipótesis en un grado que dependerá de acuerdo con el estándar elegido.

Posteriormente, nos abocamos a determinar cómo es que se determina el estándar a elegir, respondiendo que aquella decisión corresponde al legislador, quien debe tener en cuenta cómo quiere distribuir los riesgos de error que se presentan en el proceso cuando se prefiere un estándar más alto o más bajo, y que aquella decisión mucho tiene que ver con los bienes jurídicos que se ponderan en el proceso. Para determinar qué estándar corresponde a la acción de reparación por daño ambiental, analizamos bien jurídico ambiental que representa el demandante en este proceso. Esta acción de responsabilidad es particular y especial, en parte porque precisamente lo que busca el demandante no es una reparación para sí mismo, sino que representa un bien jurídico de tipo colectivo y difuso, y busca que la reparación sea al medio ambiente (sin perjuicio de que la acción habilita también para también demandar por indemnización de perjuicios).

Una vez determinado lo anterior, aplicamos la discusión de teoría procesal a la acción de reparación ambiental. Con ello, buscábamos hacer comparaciones teóricas entre la justicia penal, que sí cuenta con un estándar expreso en el Código de la materia, y la acción de responsabilidad extracontractual civil, para poder cotejarlos con la acción ambiental y determinar en qué aspectos ella se diferencia de las demás. Asimismo, nos planteamos si esas diferencias ameritan un estándar de prueba más alto, o si el estándar de preponderancia de la prueba bastaba para la protección que del bien jurídico ambiental que quiso crear el legislador al regular esta acción de reparación y toda la institucionalidad ambiental que hoy rigen.

Finalmente, realizamos el ejercicio práctico de buscar la aplicación de algún estándar de prueba dentro de la jurisprudencia de los tres tribunales ambientales que se encuentran en funciones. Las sentencias fueron seleccionadas según un criterio aleatorio, de cuyo análisis podemos concluir que en sus inicios el Primer y el Segundo Tribunal Ambiental, tienen en común que la valoración de la prueba que estos efectúan culmina con una referencia al estado mental del Tribunal, su convencimiento. Sin embargo, el Tercer Tribunal Ambiental sí manifiesta la utilización del estándar de preponderancia de la prueba. Así también ha hecho en sentencias de Reclamación.<sup>160</sup> Lo anterior demuestra que, sin perjuicio de que el legislador no consideró prudente incluir ni en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, ni en la Ley que Crea los Tribunales Ambientales una remisión al estándar, éste no es un elemento desconocido para la judicatura ambiental, sino más bien una creciente tendencia y triunfo del racionalismo probatorio en nuestro país.

---

<sup>160</sup> Podemos citar a modo ilustrativo: Tercer Tribunal Ambiental. Sentencia Rol R-77-2018, “Gabriela Simonetti Grez y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”. Valdivia, 20 de agosto de 2019.

## **Bibliografía**

- 1) ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, 2006. "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico". *Revista de Derecho (Valdivia)* [en línea] Vol. 19, no. 2, pp. 9-26 [consulta: 15-01-2021]. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502006000200001](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200001)
- 2) ACCATINO, Daniela, 2009. "Forma y sustancia en el razonamiento probatorio: El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea]. No. 32, pp. 347-362 [consulta: 15-01-2021]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000100010>
- 3) ACCATINO, Daniela, 2011. "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea]. No. 37, pp. 483-511 [consulta: 15-01-2021]. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512011000200012](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000200012)
- 4) ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, 2019. "Teoría de la prueba: ¿somos todos "racionalistas" ahora?". *Revus: Journal for Constitutional Theory & Philosophy of Law* [en línea]. Vol. 39, pp. 85-102 [consulta: 15-01-2021]. Disponible en: <https://journals.openedition.org/revus/5559?lang=hr>
- 5) ARÉVALO, Felipe y MOZÓ, Mario, 2018. "Alcance e interpretación de la Presunción del artículo 52 de la Ley N° 19.300, a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales. ¿Presunción de responsabilidad o de culpabilidad?" *Revista de Derecho Ambiental* [en línea]. No. 9, pp. 118-133 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/50202>
- 6) ASTORGA JORQUERA, Eduardo, 2014. *Derecho ambiental chileno: parte general*. 4ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- 7) BAYÓN MOHÍNO, Juan, 2010. "Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos: Hacia un Enfoque no Benthamiano". *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* [en línea]. Vol. 2, no. 4, pp. 6-30 [consulta en 15-01-2021]. Disponible en: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/252/0>
- 8) BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2014. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2ª ed. Valparaíso: Ediciones Universitarias.

- 9) BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y HUNTER AMPUERO, Iván, 2020. *Contencioso Administrativo Ambiental*. 2ª ed. Santiago: Librotecnia.
- 10) CLERMONT, Kevin y SHERWIN, Emily, 2002. "A Comparative View of Standards of Proof". *The American Journal of Comparative Law* [en línea]. Vol. 50, no. 2, pp. 243-275 [consulta en 15-01-2021]. Disponible en:  
<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/222>
- 11) CONTRERAS GONZÁLEZ, Ricardo, 2012. Transparencia y rendición de cuentas en la comunidad del siglo XXI. Desafíos para el Poder Judicial Chileno. En: *Poder Judicial* [en línea]. Disponible en:  
<https://ipj10-110.poderjudicial.cl/documents/10179/160886/Transparencia+y+rendici%C3%B3n+de+cuentas+en+la+comunidad+del+Siglo+XXI.pdf/e8ec05df-8938-4496-9b98-6a8c232ed093?version=1.1> (consultado el 15-01-2021).
- 12) CORDERO VEGA, Luis, 2012. "Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la corte está revolucionando la regulación ambiental?". *Anuario de Derecho Público 2012*. Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 359-375.
- 13) CORRAL TALCIANI, Hernán, 2008. "La relación de causalidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente". *Cuadernos de extensión jurídica*. Santiago: Universidad de Los Andes, no. 15, pp. 205-221.
- 14) COUTURE, Eduardo, 2007. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª ed. Montevideo: B de F.
- 15) DAMASKA, Mirjan, 2000. "Las caras de la justicia y el poder del Estado: Análisis comparado del proceso legal". 1ª ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- 16) DEL FÁVERO, Gabriel, 1994. "Ley de Bases Generales del Medio Ambiente". *Estudios Públicos* [en línea]. No. 54, pp. 1-46 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en:  
<https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-31-a-la-60/estudios-publicos-n-54/ley-sobre-bases-generales-del-medio-ambiente>
- 17) DIEZ SCHWERTER, José Luis, 2006. *El daño extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*. Santiago: Jurídica de Chile.
- 18) FEMENÍAS SALAS, Jorge Andrés, 2016. *El Régimen General de Responsabilidad por Daño Ambiental en la Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Un análisis a la luz de los principios del Derecho Ambiental* [en línea]. Tesis doctoral. Valladolid: Universidad de Valladolid [consultado en 15-01-2021]. Disponible en:  
<http://uvadoc.uva.es/handle/10324/18961>

- 19) FERRAJOLI, Luigi, 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- 20) FERRER BELTRÁN, Jordi, 2003. "Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales". *Jueces para la democracia* [en línea]. No. 47, pp. 27-34 [consulta: 15-01-2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668796>
- 21) FERRER BELTRÁN, Jordi, 2007. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- 22) FERRER BELTRÁN, Jordi. "La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana". En: VÁZQUEZ, Carmen (ed). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 21-39.
- 23) FUENTES MAUREIRA, Claudio, 2011. "Consideraciones en torno a la idea de estándar de convicción en el proceso civil". En: LETURIA, Francisco (ed.). *Justicia civil y comercial: ¿Una reforma cercana?* Santiago: LyD, 2011, pp. 173-205.
- 24) GALDÁMEZ ZELADA, Liliana, 2017. "Medio ambiente, Constitución y tratados en Chile". *Boletín mexicano de derecho comparado* [en línea]. Vol. 50, no. 148, pp. 113-144 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332017000100113&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000100113&lng=es&nrm=iso)
- 25) GARRIDO, Mario, 2010. "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Santiago: Jurídica de Chile.
- 26) GASCÓN ABELLÁN, Marina, 2005. "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en línea]. No. 28, pp. 127-139 [consulta: 15-01-2021]. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-sobre-la-posibilidad-de-formular-estandares-de-prueba-objetivos>
- 27) GASCÓN ABELLÁN, Marina, 2010. *Los hechos en el derecho*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- 28) GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, 2003. "Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)". *Jueces para la democracia* [en línea]. No 47, pp. 35-50 [consulta: 15-01-2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668797>
- 29) HEMPEL, Carl G., 1973. *Filosofía de la Ciencia Natural*. Madrid: Alianza.
- 30) HERNÁNDEZ ARAYA, Nicolás, 2016. "Protección constitucional del medio ambiente: análisis comparado entre Chile y Ecuador". *Justicia Ambiental* [en línea]. No. 8, pp. 49-72 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: <http://www.revistajusticiaambiental.cl/2018/04/23/numero-8/>

- 31) HUME, David, 2001. *Tratado de la naturaleza humana*. [En línea] Albacete: Diputación de Albacete - Servicio de publicaciones. [consulta 15-01-2021]. Disponible en: [http://23118.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/informacion\\_adicional/obligatorias/034\\_historia\\_2/Archivos/Hume\\_tratado.pdf](http://23118.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/informacion_adicional/obligatorias/034_historia_2/Archivos/Hume_tratado.pdf)
- 32) HUNTER AMPUERO, Iván, 2005. "La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental". *Revista de derecho (Valdivia)* [en línea]. Vol. 18, no. 2, pp. 9-25 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718-09502005000200001&Ing=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-09502005000200001&Ing=es&nrm=iso)
- 33) ISENSEE RIMASA, Carlos, 2018. *Prueba y medidas cautelares en el derecho administrativo sancionador, penal y civil*. Santiago: Librotecnia.
- 34) JANA LINETZKY, Andrés, SCHWENCKE SAINT JEAN, Juan Pablo y VARAS BRAUN, Juan Andrés, 1992. "La responsabilidad civil en el proyecto de ley de bases del medio ambiente: Una mirada crítica". *Derecho y Humanidades* [en línea] No.2, pp. 173-194 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/25816>
- 35) KAYE, David, 1980. "Naked Statistical Evidence". *The Yale Law Journal* [en línea]. Vol. 89, no. 3, pp. 601-611 [consulta en 15-01-2021]. Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlj/vol89/iss3/7>
- 36) LARROUCAU TORRES, Jorge, 2012. "Hacia un estándar de prueba civil". *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. Vol. 39, no. 3, pp. 783-808 275 [consulta en 15-01-2021]. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372012000300008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000300008)
- 37) LAUDAN, Larry, 2005. "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en línea]. No. 28, pp. 95-113 [consulta: 15-01-2021]. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-por-que-un-estandar-de-prueba-subjetivo-y-ambiguo-no-es-un-estandar>
- 38) LAUDAN, Larry, 2008. "Is Reasonable Doubt Reasonable?" [en línea]. Artículo de investigación. Austin: University of Texas at Austin [consulta en 15-01-2021]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1152883>
- 39) LAUDAN, Larry, 2013. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons.



- 40) LETELIER WARTENBERG, Raúl, 2018. "El precio del *status quo*. Sobre le estándar probatorio en las sanciones administrativas". *Revista de derecho (Valdivia)* [en línea]. Vol. 31, no. 1, pp. 209-229 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718-09502018000100209&lng=es&nrm=i](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-09502018000100209&lng=es&nrm=i)
- 41) MEDINA JARA, Rodrigo, 2021. "Constitución, bien jurídico y derecho penal". *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. Vol. 20, no. 2, pp. 303-310 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/41888168>
- 42) PARDO, Michael, 2009. "Second-order proof rules". *Florida Law Review* [en línea]. Vol.61, pp. 1083-1113 [consulta en 15-01-2021]. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1389865](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1389865)
- 43) PARDO, Michael; ALLEN, Ronald, 2008. "Juridical Proof and the Best Explanation". *Law and Philosophy* [en línea]. Vol. 27, No. 3, pp. 223-268 [consultado el 15-01-2021]. Disponible en: [www.jstor.org/stable/27652649](http://www.jstor.org/stable/27652649)
- 44) PINO EMHART, Alberto, 2013. "Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios". *Revista Chilena de Derecho Privado* [en línea]. No. 21, pp. 89-135 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718-80722013000200004&lng=pt&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-80722013000200004&lng=pt&nrm=iso)
- 45) PLUMER BODIN, Marie Claude, 2013. "Los tribunales ambientales. Se completa la reforma a la institucionalidad ambiental". *Anuario de Derecho Público 2013*. Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 297-315.
- 46) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. [en línea]. Disponible en: [www.rae.es](http://www.rae.es) [consultado en 15-01-2021].
- 47) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Samuel, 2017. "¿Ha de cumplir el bien jurídico protegido una función de garantía o legitimadora del derecho penal? Hacia una búsqueda de la legitimidad material de las normas penales". *Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas* [en línea]. No. 23, pp. 155-199 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6703943>
- 48) ROXIN, Claus, 2015. "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Santiago: Civitas – Thomson Reuters.

- 49) SILVA SILVA, Hernán, 1993. "La protección del ambiente en el derecho constitucional y penal". *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. Vol. 20, no. 2, pp. 669-685 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/41609246>
- 50) STEIN, Alex, 2005. *Foundations of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press. (DOI:10.1093/acprof:oso/9780198257363.001.0001)
- 51) TARUFFO, Michele, 2002. *La Prueba de los Hechos*. Madrid: Trotta.
- 52) TARUFFO, Michele, 2005. "Tres observaciones sobre "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", de Larry Laudan". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en línea]. No. 28, pp. 115-126 [consulta: 15-01-2021]. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-tres-observaciones-sobre-por-que-un-estandar-de-prueba-subjetivo-y-ambiguo-no-es-un-estandar-de-larry-laudan>
- 53) TARUFFO, Michele., 2013. "La Verdad en el Proceso". *Derecho y Sociedad* [en línea]. No. 40, pp. 239-248 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804/13361>
- 54) TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE CHILE, 2019. "Boletín de Sentencias del Tercer Tribunal Ambiental" [en línea]. Vol. II, Año I. [consultado en 15-01-2021] Disponible en: <https://3ta.cl/publicaciones/boletin-de-sentencias/>
- 55) TISNE NIEMANN, Jorge, 2014. "Los intereses comprometidos en el daño ambiental: comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la ley N° 20.600". *Revista de Derecho (Coquimbo)* [en línea]. Vol. 21, no.1, pp. 323-351 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718-97532014000100010&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-97532014000100010&lng=es&nrm=iso)
- 56) VALENZUELA S., Jonatan, 2013. "Inocencia y razonamiento probatorio". *Revista de Estudios de la Justicia* [en línea]. No. 18, pp. 13-23 [consulta: 15-01-2021]. Disponible en: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29907/31682>
- 57) VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2007. "Las acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de responsabilidad aplicable". *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado* [en línea]. No. 4, pp. 191-210 [consultado en 15-01-2021]. Disponible en: <https://doctrina.vlex.cl/vid/acciones-emanadas-responsabilidad-aplicable-399834254>
- 58) WRÓBLEWSKI, Jerzy, 1973. "Facts in Law". *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* [en línea]. Vol. 59, No. 2, pp. 161-178 [Consulta 18-01-2021]. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/23678631>

## **Normativa**

- 1) CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 19.300: Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, marzo 1994.
- 2) CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Decreto 100: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Septiembre 2005.
- 3) CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. Historia de la Ley N° 20.600. Junio 2012.
- 4) CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. Ley 20.600: Crea los Tribunales Ambientales, junio 2012.

## **Jurisprudencia**

- 1) Primer Tribunal Ambiental, 27 de abril de 2018, Rol R-1-2017, [www.1ta.cl](http://www.1ta.cl)
- 2) Primer Tribunal Ambiental, 24 de abril de 2020, Rol R-28-2019, [www.1ta.cl](http://www.1ta.cl)
- 3) Segundo Tribunal Ambiental, 29 de noviembre de 2014, Rol D-6-2013, [www.tribunalambiental.cl](http://www.tribunalambiental.cl)
- 4) Segundo Tribunal Ambiental, 27 de abril de 2017, Rol D-24-2016, [www.tribunalambiental.cl](http://www.tribunalambiental.cl)
- 5) Segundo Tribunal Ambiental, 29 de mayo de 2020, Rol D-39-2017, [www.tribunalambiental.cl](http://www.tribunalambiental.cl)
- 6) Tercer Tribunal Ambiental, 31 de diciembre de 2018, Rol D-7-2015, [www.3ta.cl](http://www.3ta.cl)
- 7) Tercer Tribunal Ambiental, 20 de agosto de 2019, Rol R-77-2018, [www.3ta.cl](http://www.3ta.cl)
- 8) Tercer Tribunal Ambiental, 26 de junio de 2020, Rol D-15-2019, [www.3ta.cl](http://www.3ta.cl)

## **Jurisprudencia extranjera**

- 9) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”.
- 10) *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970)
- 11) *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979)

