



Universidad de Valladolid



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE**

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID - PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Facultades de Derecho

Programas de Doctorado en Derecho

**EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL
EN LA LEY N° 19.300 SOBRE BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE**

Un análisis de sus normas a la luz de los principios del Derecho ambiental

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

Jorge Andrés Femenías Salas

DIRIGIDA EN RÉGIMEN DE COTUTELA

POR

Dr. Iñigo Sanz Rubiales

Dr. Jorge Bermúdez Soto

Los estudios de Doctorado realizados en Chile por el autor, conducentes a la obtención del grado académico de Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, fueron financiados por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT).

A mis Rosarios y a Santiago

Por todos estos años de inmenso cariño y desinteresado sacrificio por mí, especialmente en nuestra aventura vallisoletana que obligó al último miembro del clan nacer lejos de su tierra y el resto de la familia.

Y de nuevo...

.... A mi señora, cuya fortaleza suple todas mis debilidades y cuyo amor me ha hecho renacer setenta veces siete.

“El más novedoso rasgo del Derecho Ambiental es el cambio de sujeto. Los ordenamientos contemporáneos giran en torno al individuo físico, titular de derechos, al que se garantiza constitucionalmente el disfrute de los inherentes a su condición de persona socialmente contratante. Pero los protagonistas del Derecho ambiental aún no han nacido y puede ser que no tengan probabilidad de hacerlo nunca si alteramos sustancialmente la biosfera”.

Ramón Martín Mateo

La Revolución Ambiental pendiente (2002)

SUMARIO

ABREVIATURAS	8
INTRODUCCIÓN	10

PARTE PRIMERA

REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD Y RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y SISTEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD.....	15
---	----

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN LA LBGMA.....	54
---	----

PARTE SEGUNDA

PROBLEMAS ACTUALES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN LA LBGMA Y SU SOLUCIÓN A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL

CAPÍTULO TERCERO

PROBLEMAS ACTUALES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL	91
---	----

CAPÍTULO CUARTO

**PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL DERECHO AMBIENTAL COMO BASES PARA LA SOLUCIÓN DE
LOS PROBLEMAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD. INTEGRACIÓN Y SUPLETORIEDAD DE
LA LBGMA 114**

PARTE TERCERA

**LA INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL EN LOS
PRESUPUESTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL**

CAPÍTULO QUINTO

**INCIDENCIA EN EL DAÑO AMBIENTAL O ECOLÓGICO PURO COMO PRESUPUESTO DEL RÉGIMEN
DE RESPONSABILIDAD REGULADO EN LA LBGMA.....233**

CAPÍTULO SEXTO

**INCIDENCIA EN LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD
POR DAÑO AMBIENTAL REGULADA EN LA LBGMA351**

CAPÍTULO SÉPTIMO

**INCIDENCIA EN LA CULPA O DOLO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO
AMBIENTAL EN LA LBGMA442**

CONCLUSIONES 522

BIBLIOGRAFÍA 533

ÍNDICE..... 578

ABREVIATURAS

AFDUAM.	: Anuario Facultad de Derecho Univesidad Autónoma de Madrid
ART.	: Artículo
AUE.	: Acta Única Europea
BOE.	: Boletín Oficial Español
C.	: Considerando
CC.	: Código Civil de Chile
CDE.	: Consejo de Defensa del Estado
CE.	: Consejo Europeo
CEE.	: Comunidad Económica Europea
CEPAL.	: Comisión Económica para América Latina y el Caribe
COM.	: Comunicación de la Comisión Europea
CONAF.	: Corporación Nacional Forestal
CPJI.	: Corte Permanente de Justicia Internacional
CPR.	: Constitución Política de la República de Chile
CSIC.	: Consejo Superior de Investigaciones Científicas
D.F.L.	: Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	: Decreto Ley
D.OF.	: Diario Oficial de Chile
D.S. (o) D.SUP.	: Decreto Supremo
DIA.	: Declaración de Impacto Ambiental
DOCE.	: Diario Oficial de la Comunidad Europea
DRAE.	: Diccionario de la Real Academia Española
EIA.	: Estudio de Impacto Ambiental
EXCMA.	: Excelentísima
FIMA.	: Fiscalía Medio Ambiente (ONG Chile)
GJ.	: Gaceta Jurídica
HL.	: Historia de la Ley
JA.	: Jurisprudencia Argentina

LBGAE.	: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
LBGMA.	: Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente
LOC.	: Ley Orgánica Constitucional
LOCM.	: Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
LOSMA.	: Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente
LTA.	: Ley N° 20.600, crea los Tribunales Ambientales
OCDE.	: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONU.	: Organización de las Naciones Unidas
PETL.	: Principles of European Tort Law
PNUMA.	: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
RAE.	: Real Academia Española
RCA.	: Resolución de Calificación Ambiental
RDJ.	: Revista de Derecho y Jurisprudencia
RIDC.	: Revista del Instituto de Derecho Comparado
SEA.	: Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA.	: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SMA.	: Superintendencia del Medio Ambiente
STC.	: Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile
TCEE.	: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFCE.	: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE.	: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE.	: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

EN LA

LEY Nº 19.300 SOBRE BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE

Un análisis de sus normas a la luz de los principios del Derecho ambiental

INTRODUCCIÓN

La preocupación por el medio ambiente ha sido desde hace varios lustros una creciente inquietud de las sociedades modernas. En efecto, a partir de los desastres ambientales de los que la humanidad fue testigo en la centuria recién pasada¹, la alarma por el cuidado de nuestro entorno ha ocupado y ha estado presente en las agendas políticas de los líderes de todas las naciones desarrolladas.²

Este inquietante fenómeno, como era lógico esperar, ha sido recogido por la ciencia jurídica y se ha plasmado en la regulación de los diversos ordenamientos legales del orbe, sobre la base de la premisa que indica que al Derecho corresponde

¹ Es posible mencionar a modo de ejemplo: Respecto de *usinas químicas*: Flixborough, Gran Bretaña, 1974; Seveso, Italia, 1976; Bhopal, India, 1984; Respecto *mareas negras*: Buque tanque "Torrey Canyon", 1967; Amoco, Cádiz, 1978; Ixtoc, México, 1979; "Exxon Valdez", Atlanta 1989; "Prestige", España 2002; Respecto *energía nuclear*: Three Mile Island, EE.UU., 1979; Chernobyl, U.R.S.S, 1986; Tokaimura, Japón, 1999; Respecto *depósito y transporte de gas*: Cleveland, 1994; Feyzin, Francia, 1966. Para un estudio detallado, Vid. JUSTE RUIZ, José y SCOVAZZI, Tullio, "La práctica internacional en Materia de Responsabilidad por accidentes industriales catastróficos", en José Juste Ruiz y Tullio Scovazzi (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

² Como ha ocurrido, verbigracia, con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo, Suecia, entre el 5 y el 16 de junio de 1972; La Declaración de Estocolmo sobre el Entorno Humano de 1972; el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA); el Informe de la Comisión Mundial del Medio Ambiente de las Naciones Unidas "Nuestro Futuro Común" de 1987; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro entre el 3 y el 14 de junio de 1992; "La Cumbre de la Tierra +5", celebrada en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York y; "La Cumbre Mundial del Desarrollo Sostenible", celebrada en Johannesburgo, Sudáfrica, del 26 de agosto al 4 de septiembre del año 2003, por nombrar algunas.

el rol de proporcionar los cimientos para la organización pacífica de los pueblos. En tal sentido, la dogmática jurídica y la jurisprudencia han debido, lentamente, hacerse cargo de la problemática ambiental que el crecimiento y desarrollo de las naciones trajo aparejado como un imperativo impuesto por el contexto actual.

En este escenario -sin perjuicio de los avances experimentados por los Estados Unidos de América en sus políticas verdes³-, son los países desarrollados de Europa los que más han avanzado en la legislación medioambiental, y al día de hoy se puede observar un mayor protagonismo de los mismos en ciertas áreas.⁴

Así, en la Unión Europea se han implementado, por ejemplo, medidas relativas al cambio climático y la responsabilidad medioambiental y se han premunido de herramientas jurídico-legales que le permitan hacer frente a los nuevos desafíos que el desarrollo económico de los países miembros le ha impuesto en temas medioambientales.⁵

Por ello, amén del valor intrínseco que posee volcar la mirada sobre estos

³ Sobre el particular, Vid. <http://www.epa.gov/superfund/spanish/index.htm>. Para una interesante síntesis sobre el Derecho ambiental en Estados Unidos, Vid. HOUCK, Oliver, "Tres Reflexiones sobre el Derecho Ambiental en Estados Unidos", disponible en <http://huspedes.cica.es/gimadus/10/TRESREFLEXIONES.htm>. También, ROADY, Stephen E., "Retroactive Liability for Environmental Harm in The United States: Lesson from Superfund Experience", en VV.AA., *Derecho del Medio Ambiente, Congreso Internacional, Fundación de Derecho Universidad de Chile*, Editorial Jurídica Conosur, (1998), págs.72 a 86.

⁴ Por ejemplo, en Alemania con la *Umweltschadengesetz* o Ley de daño ambiental [USchadG] del año 2007; o en Suecia con la completa revisión de su normativa ambiental (Vid. www.regeringen.se/sb/d/108/a/1352) que los ha llevado a la dictación de un Código medioambiental (*Miljöbalken* 1998: 808 [MB]), disponible en: <http://www.regeringen.se/sb/d/108/a/1348>; etc.

⁵ El origen de las iniciativas comunitarias sobre responsabilidad ambiental se remonta al año 1989, cuando se aprobó por la Comisión Europea una "Propuesta de Directiva de responsabilidad por daños al medio ambiente causados por residuos", la cual fue modificada el año 1991. A ella le siguieron el "Libro Verde sobre reparación del daño ecológico" de 1993; el "Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental" del 9 de febrero del año 2000; la "Propuesta de Directiva de responsabilidad ambiental" del año 2001; hasta llegar al estado actual del arte con la "Directiva sobre responsabilidad ambiental 2004/35/CE" y sus modificaciones (como la "Directiva 2013/30/UE" de 12 de junio de 2013 sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro, y que modifica la Directiva 2004/35/CE.).

países para aprender de los aciertos y errores por los cuales ellos ya han transitado⁶, el ejemplo europeo pone de relieve la importancia de llevar a cabo una revisión de nuestro propio modelo para buscar estrategias jurídicas que permitan tutelar el bien jurídico “medio ambiente”, bajo un esquema que ofrezca suficientes garantías para obtener un verdadero desarrollo sustentable.

Esta búsqueda, tratándose del caso chileno, estimamos puede ser abordada por el análisis del régimen de responsabilidad por daño medioambiental consagrado en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, de 9 de marzo de 1994 (LBGMA), ya que es un pilar fundamental en la construcción de políticas públicas que propendan al aseguramiento de un entorno saludable que se relacione en forma armónica con los avances tecnológicos y con el desarrollo económico de nuestro país.

En tal sentido, nuestra investigación se circunscribe a éste último apotegma y pretende proporcionar instrumentos jurídicos de cambio y perfeccionamiento en el cuidado del medioambiente, a partir del análisis del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en Chile por la LBGMA.

Es, por tanto, un estudio de Derecho chileno, sin perjuicio del análisis de Derecho comparado -especialmente el español- que por su decisiva influencia en nuestra legislación ambiental -y también administrativa y civil- ha sido necesario estudiar, comparar, analizar y exponer en aspectos específicos a lo largo de este trabajo.

Para el seguimiento de tales derroteros hemos estructurado nuestra investigación de la siguiente manera:

⁶ En nuestro país, hace más de 150 años, BELLO ya advertía esta importancia señalando que “existe ventaja en poder aprovecharse de los trabajos de otras naciones ilustradas por la ciencia y por una larga experiencia”. Cfr. Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso Nacional proponiendo la aprobación del Código Civil Chileno.

A guisa de ordenar la exposición, hemos juzgado ineludible incorporar un capítulo introductorio que dé cuenta del concepto de responsabilidad jurídica y exponga las nociones más elementales de los distintos tipos de responsabilidad que conoce el Derecho, a partir del tradicional criterio clasificatorio *-summa divisio-* entre Derecho público y Derecho privado. Ello, por cuanto es necesario establecer el marco teórico básico sobre el cual pueda compararse y contrastarse el régimen de responsabilidad por daño ambiental autónomo y especial que se postulará.

En tal sentido, se analiza -muy brevemente- el concepto de responsabilidad jurídica y se exponen las características fundamentales de sus dos grandes regímenes, esto es, la responsabilidad *sancionadora (penal e infraccional)* y la responsabilidad *civil*, con sus respectivas clasificaciones, enfatizando con especial importancia en los fines y funciones que persigue ésta última -desde que en nuestro medio se afirma que la responsabilidad por daño ambiental en Chile posee dicha naturaleza-. Este análisis nos permitirá establecer los puntos de conexión que cada régimen exhibe con relación al régimen de responsabilidad por daño ambiental objeto de nuestra investigación.

Con posterioridad a ello, procuramos efectuar un análisis crítico del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA, dando cuenta del estado actual del arte y de su aparente dispersión normativa.

De esta forma, se expondrá la prelación normativa -o subsistemas normativos de reparación del daño ambiental- que la propia LBGMA establece, explicando las características del que hemos denominado -siguiendo a un autor⁷- *régimen especial específico*, esto es, aquel -o aquellos- establecidos en leyes especiales.

A continuación, se estudia el *régimen ordinario especial* -aquel que expresamente se regula en la LBGMA- analizando los problemas que la visión

⁷ Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del Empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 23, N°1, (1996), págs. 149 - 151.

exclusivamente civilista que se tiene de él genera, estableciendo como *bases* de solución a dichos problemas, la propuesta de un análisis de sus normas a la luz de los principios que rigen y que informan el Derecho ambiental, pero sólo respecto de aquellos principios que influyen decisivamente en el régimen de responsabilidad por daño que se incardina a esta rama del Derecho. Así, se analizan los principios de *corrección de los daños ambientales preferentemente en su fuente; contaminador-pagador; de prevención; y precautorio.*

Objeto de este apartado es también, siguiendo la prelación de la LBGMA, el análisis de la remisión que el artículo 51 inciso 3º de ese cuerpo legal efectúa al Título XXXV del Libro IV del Código Civil. En él se pretenderá precisar cuál es el concreto rol y sentido de la remisión, considerando que se trata de una norma que forma parte de una legislación especial que, precisamente, ha sido dictada para crear *un nuevo régimen de responsabilidad para la reparación del daño ecológico puro*, según se podrá acreditar a la luz del análisis de la historia legislativa de su establecimiento.

Finalmente, se analizan y estudian los problemas específicos que presentan cada uno de los presupuestos que deben concurrir para que surja la obligación de reparar el medio ambiente dañado. Se debe destacar que este análisis se circunscribirá sólo a aquellas particularidades que presentan estos presupuestos con respecto a los regímenes de responsabilidad del Derecho público y privado. De esta manera, se examinan los elementos *daño; causalidad; y culpa o dolo*, pero, insistimos, sólo en aquellas notas distintivas (problemas) que darían cuenta -o no- de la necesidad de concebir un régimen especial de responsabilidad por daño ambiental en la LBGMA.

Como resulta lógico en una investigación de esta naturaleza, finalizaremos nuestro trabajo a través de la exposición de las conclusiones a las cuales hemos podido arribar a lo largo de nuestro estudio.

PARTE PRIMERA

REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD Y RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y SISTEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD

A. EL CONCEPTO JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD COMO CUESTIÓN PRELIMINAR

1. Justificación de su análisis en la presente investigación

No está demás reiterar, como hemos señalado en la introducción de este trabajo, que resulta necesario -para los efectos del análisis crítico que se realizará sobre el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecida en la LBGMA- comenzar nuestro estudio dando cuenta del marco dogmático y normativo de la categoría jurídica superior a la cual se adscribe el objeto de nuestra investigación, esto es, de la institución de la *responsabilidad jurídica*.

En efecto, a lo largo de este trabajo se intentará comprobar una -o unas- hipótesis referentes a la especial naturaleza jurídica -autónoma, especial o mixta- que tendría el instituto de la responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA, en relación a los regímenes del Derecho civil y el Derecho público (administrativo en concreto).

Consecuentemente, y con el objeto de contrastar las peculiaridades que demostrarían -o no- dicha especialidad, es necesario exponer el marco teórico sobre el cual se pueden establecer los puntos de comparación entre el régimen particular estudiado y las categorías jurídicas superiores a las que se incardina (Derecho público o privado).

En concreto, antes de estudiar la naturaleza jurídica del régimen de

responsabilidad por daño ambiental ordinario establecido en la LBGMA, con el objeto de ubicarlo sistemáticamente y comprobar sus particularidades elucidando si corresponde a un régimen diverso al civil y al administrativo -un fruto de ambas ramas del ordenamiento jurídico, si se nos permite la expresión-, es necesario primero sentar unas bases muy claras con respecto a qué se debe entender por responsabilidad tanto en el Derecho privado como en el Derecho público, para luego juzgar si la responsabilidad analizada en la LBGMA se articula en uno de estos sectores o bien si se trata de un régimen peculiar que da cuenta de una naturaleza jurídica diferente y de ser así en qué grado.

2. La voz responsabilidad: Cuestiones terminológicas

Etimológicamente la palabra *responsabilidad* está compuesta por los sufijos latinos "*bilis*" ("que puede", "que es capaz de"; "que es posible"), e "*idad*" ("de cualidad") y se forma a partir del supino *responsum* del verbo latino *spondere*.

A su vez, este verbo se forma con el prefijo *re* ("reiteración", "vuelta al punto de partida", "idea de vuelta atrás") sobre, según dijimos, el verbo latino *spondere* ("prometer", "obligarse", "comprometerse a algo").⁸ De tal suerte que la idea que encierra la palabra es, como expresa D'ORS, la de prometer a un sujeto que espera una respuesta.^{9,10}

⁸ Vid. SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Nuevo diccionario etimológico latín - español. y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, págs. 660 y 727; y COROMINAS, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3ª Edición, Editorial Gredos, Madrid, 1987, pág. 505.

⁹ Cfr. D'ORS, Álvaro, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 36.

¹⁰ En este punto, es interesante destacar lo que Díez-PICAZO escribía sobre el particular hace varios lustros, al indicarnos que: "Tradicionalmente el Derecho de daños se ha construido jurídicamente sobre el concepto de «responsabilidad», que, hasta nuestros días, constituye la espina dorsal de toda la teoría y de toda la elaboración jurídica. Sin embargo, VILLEY y HENRIOT han puesto de relieve el carácter tardío de este concepto, su falta directa de raíces en el Derecho romano y su construcción a finales del siglo XVIII y al principio del siglo XIX.

VILLEY señala que en latín existen las palabras «respondere» y «responsa», pero que se buscaría en vano la palabra «responsabilis». «Respondere» remite a «sponcio». El «sponsor» es un deudor, esto es, una persona que en el momento de hacerse la pregunta de la estipulación da una contestación. *Responde* afirmativamente a la pregunta del estipulante. El *responsor* es quien, en un segundo

Por su parte, la voz *responsabilidad* es definida por el Diccionario de la Real Academia Española a través de cuatro acepciones:¹¹

Responsabilidad.

1. f. Cualidad de responsable.¹²
2. f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.
3. f. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado.
4. f. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

cambio de palabras, se obliga como garante del deudor principal. Por ello responder significa constituirse en garante y constituirse en garante del curso futuro de los acontecimientos.

«Respondere» es también dar cualquier tipo de contestación. Los jurisconsultos romanos daban «responsa» cuando contestaban las consultas. Y más especialmente se responde a una exigencia, a una pretensión o, más concretamente, a la demanda de un deudor. Así, *respondere creditoribus* o responder ante la justicia.

De estas observaciones se puede concluir que los términos responder y responsable no conllevan necesariamente la connotación de falta, ni de culpa, ni la de acto ilícito. Se responde o se es responsable cuando determinadas consecuencias, en principio del tipo que sean, recaerán sobre la cabeza o sobre las espaldas de uno. Por ello, en alguna medida es falsa la llamada evolución desde una responsabilidad por culpa a una responsabilidad objetiva. Si se quieren mirar las cosas con un cierto sentido de lejanía, no habría más que un único concepto de responsabilidad, que es igual a tener que cumplir una obligación o a tener que compartir las consecuencias de esta obligación." Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, "La responsabilidad civil hoy", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 32, Nº 4, (1979), págs. 730-731. En un sentido similar, SCHIPANI, quien señala que la palabra *responsabilidad* es de tardía aparición en las lenguas modernas. Vid. SCHIPANI, Sandro, "Apuntes sobre el origen del término responsabilidad", en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, año II, Nº VI, (2000), págs. 145-162.

¹¹ Cfr. *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 23ª edición, S.L.U. Espasa Libros, Madrid, 2014

¹² Responsable, a su turno, es definido por el DRAE a su turno como:

Responsable.

(Del lat. *responsum*, supino de *respondere*, responder).

1. adj. Obligado a responder de algo o por alguien. U. t. c. s.
2. adj. Dicho de una persona: Que pone cuidado y atención en lo que hace o decide.
3. com. Persona que tiene a su cargo la dirección y vigilancia del trabajo en fábricas, establecimientos, oficinas, inmuebles, etc.
~ civilmente.

1. m. Der. responsable que, sin estar sometido a responsabilidad penal, es parte en una causa a los efectos de restituir, reparar o indemnizar de un modo directo o subsidiario por las consecuencias de un delito.

Finalmente, ESCRICHE define responsabilidad, en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, como: "*La obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro cualquier pérdida o daño que se hubiere causado a un tercero*".¹³ A su turno, define *responder* como: "*El que está obligado a responder o satisfacer por algún cargo; y el que ha salido por garante o fiador de otro*".¹⁴

3. La responsabilidad jurídica: sus diversos significados en el Derecho

Más allá del plano de las definiciones formales que proporciona un diccionario y que nos permiten acercarnos -o no- al concepto o identidad de un objeto estudiado, creemos que tratándose de una noción tan compleja como lo es la de *responsabilidad*, parece muy iluminador, a efectos de la brevedad que se pretende imprimir a este capítulo referencial e introductorio, analizar el significado de esta voz mediante un clásico ejemplo -propuesto por HART- que pone de manifiesto los diversos alcances que la palabra en cuestión puede tener. Expresa el autor en uno de sus más clásicos trabajos:

"Como capitán de un barco, X era responsable en la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje se embriaga todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron responsable de sus acciones. Durante el viaje X se comportó muy irresponsablemente y varios incidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona responsable. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado responsable de la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente responsable de la muerte de muchas mujeres y niños".¹⁵

Tal como afirma NINO, en una ajustada -pero estimamos feliz- síntesis del

¹³ Cfr. ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Temis, Bogotá, 1977, pág. 486.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Cfr. HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1968, pág. 211.

significado del concepto *responsabilidad*¹⁶, a partir de este ejemplo es posible advertir en la ciencia jurídica cinco tipos de usos de la voz.¹⁷ A saber:

(i) *Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un cierto cargo o relación*: Se usa esta expresión, en el ejemplo, cuando se alude a que en su calidad de Capitán del Barco, X era responsable de la seguridad éste y de su tripulación. Se utiliza el término *responsabilidad*, según se advierte, para hacer referencia a las obligaciones que pesan sobre un individuo en atención a una determinada posición que ostenta (otros ejemplos serían, la *responsabilidad* que pesa sobre el padre respecto los hijos; sobre el rector de una universidad con respecto a los profesores y alumnos de ésta; etc.)

(ii) *Responsabilidad en el sentido de factor causal*: Este modo de empleo de la palabra, se percibe cuando en el ejemplo HART señala que "el capitán fue responsable de la pérdida del buque" o cuando expresa que "el capitán siempre sostuvo que la tormenta fue la responsable". En este sentido, se habla de *responsabilidad* claramente como referencia a un factor causal, a la "causa" de un determinado resultado. Sobre el punto, como bien observa NINO, la palabra puede utilizarse tanto para referirse a individuos como a cosas o procesos, y de ahí que se piense que bajo este prisma el uso de la voz *responsabilidad* carece de todo reproche moral. Empero, como el mismo autor lo indica, pensamos que la circunstancia de que se use el término en este sentido en relación a situaciones indeseadas o desventajosas permite advertir un resabio de reproche inconsciente en

¹⁶ Cfr. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2013, págs. 184-187.

¹⁷ En Chile, CORRAL afirma que "la palabra *responsabilidad* plantea una polisemia en el sentido vulgar y también en el especializado. Se emplea el término en muy diferentes acepciones, desde la obligación de reparar daños producidos por ciertas personas o cosas, a la necesidad de afrontar las consecuencias de los actos propios". Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, 2ª Edición, Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2013, pág. 7. Según FEINBERG, es posible distinguir diez u once sentidos en los que se puede calificar a una persona como responsable. Para un análisis completo sobre su estudio, Vid. FEINBERG, Joel, *Doing and Deserving*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1970, *passim*; y FEINBERG, Joel, "Responsability for the Future", en *Philosophy Research Archives*, N° 14, (1988-89), págs. 93-113.

su uso.¹⁸

(iii) *Responsabilidad como capacidad y como estado mental*: El término responsabilidad también puede utilizarse en referencia a una condición psicológica de un individuo, como cuando en el ejemplo HART señala que "los médicos encontraron responsable al capitán". Bajo este criterio el término responsabilidad se utiliza para hacer alusión a las capacidades mentales de un individuo (imputabilidad), esto es, para señalar que un sujeto no se encuentra privado -por algún motivo, v.gr. enfermedad mental; minoría de edad, etc.- del uso de la razón y en consecuencia se encuentra sana y libremente en condición de auto determinar su voluntad y comprender el valor de sus actos.

(iv) *Responsabilidad como el cumplimiento de un estándar de diligencia*: En estrecha sintonía con lo expuesto precedentemente, el vocablo responsabilidad puede ser utilizado para referirse a la falta de diligencia que un sujeto puede observar en su comportamiento, esto es, al comportamiento negligente de un individuo en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho. En el ejemplo que venimos analizando, la voz responsabilidad se utiliza en este sentido cuando se dice que "el capitán se comportó irresponsablemente y que no era un individuo responsable".

(v) *Responsabilidad como punible o moralmente reprochable*: El ejemplo señala que el capitán "en un proceso judicial fue encontrado responsable por la pérdida de vidas y bienes". En este sentido, y como afirma NINO "responsabilidad significa que el agente es acreedor de una pena o de un reproche moral. Así decimos que un juez encontró al homicida responsable o que Juan es responsable de no haber cumplido una promesa. Quizás éste sea el sentido más comprensivo, pues en buena parte de los usos supone que se han verificado las condiciones que designan las restantes. Así, cuando decimos que el juez declaró responsable a Fulano, o sea que dispuso que sea sancionado, presuponemos que se verificó, entre otras cosas,

¹⁸ Cfr. NINO, Carlos Santiago, ob. cit., pág. 186.

que su acto fue la causa del hecho que se investiga y que tenía capacidad para dirigir sus acciones".¹⁹

Llegados a este punto, y en todo caso, es necesario señalar que el ejemplo propuesto más arriba -y que hemos utilizado sólo a efectos didácticos- responde a la concepción *Hartiana* de la responsabilidad²⁰, debiendo indicarse que existen al menos otras dos concepciones clásicas de la institución que analizamos.^{21,22}

¹⁹ Cfr. NINO, Carlos Santiago, ob. cit., págs. 186-187.

²⁰ Para HART, los métodos ordinarios de definición no se adecuan a las características de los conceptos jurídicos en general y del concepto de responsabilidad en particular. Por ese motivo propone un método de definición o elucidación adecuado a las particularidades de los conceptos jurídicos que consiste en (i) especificar las condiciones en que son verdaderas frases en las que los términos relativos a estos conceptos tienen su función típica; y (ii) establecer cómo se utilizan estas frases para obtener, a partir de reglas generales, conclusiones para casos particulares. Para un estudio completo sobre la visión del autor, Vid., HART, H.L.A., *Punishment and...*, cit. y HART, H.L.A. y HONORÉ, Tony, *Causation in the law*, Oxford Claredon Press, Oxford, 1985. Para un análisis en español sobre la obra jurídica de HART, Vid. los recientes trabajos de, KRAMER, Matthew H., *et al*, *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, trad. Claudina Orunesco y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2012; y MACCORMICK, Neil, *H.L.A. Hart*, trad. Juan Manuel Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010.

²¹ En efecto, el estudio de la Teoría del Derecho da cuenta de al menos otras dos visiones clásicas sobre la noción de responsabilidad.

Así, el concepto de responsabilidad en KELSEN, se vincula a una situación normativa en virtud de la cual un sujeto puede ser sancionado, de tal suerte que su visión de la responsabilidad hace referencia a las condiciones normativas para imputar una sanción en virtud de una conducta ilícita, razón por la cual, para él, ser responsable es ser sancionable. En tal sentido escribe este autor en su Teoría pura del Derecho, "Un concepto esencialmente ligado al de obligación jurídica, pero que corresponde diferenciar, es el de responsabilidad jurídica. Un individuo se encuentra jurídicamente obligado a determinada conducta cuando su conducta contraria es condición de un acto coactivo (como sanción). Pero ese acto coactivo, esto es, la sanción como consecuencia del ilícito, puede dirigirse no contra el individuo obligado -es decir, el individuo cuyo comportamiento es condición del acto coactivo, contra el delincuente-, sino que puede dirigirse también contra otro individuo que se encuentre en alguna relación con el primero, determinada por el ordenamiento jurídico. El individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito responde por el delito, es jurídicamente responsable de él. En el primer caso, responde de la propia ilicitud; tenemos entonces que el individuo obligado y el individuo responsable son idénticos. Responsable es el delincuente potencial. En el segundo caso, responde un individuo del delito cometido por otro; el individuo obligado y el individuo responsable no son idénticos. Se está obligado a un comportamiento conforme a derecho, y se responde de un comportamiento contrario a derecho". Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto Vernego, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pág. 133. Asimismo, en su Teoría General del Derecho y del Estado, KELSEN afirma, "que una persona sea legalmente responsable de determinada conducta o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso contrario". Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, pág. 75.

Sin perjuicio de todo lo dicho, probablemente sea posible sintetizar lo indicado, tratándose de la responsabilidad por daño, expresando que ésta se determina como una obligación en nuestro Derecho, una obligación que luego desarrolla sus características según la causa determinante o el ámbito en el que se produce el daño".^{23,24}

Otra visión del concepto de responsabilidad es aquella postulada por ROSS, para quien el término responsabilidad es un término sistemático que representa una relación entre una pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes y una pluralidad conjuntiva de consecuencias jurídicas. En este sentido, la responsabilidad jurídica se traduce, en la mayoría de los casos, en la relación entre las condiciones en las que se realiza un ilícito -atentado contra el sistema normativo- y la situación normativa en la que alguien es susceptible de ser sancionado. De esta forma, "ser responsable" se traduce en una relación entre la conducta de un sujeto vinculado por un sistema normativo y la expresión de un reproche ante el incumplimiento de las normas de dicho sistema -la sanción-. Así, a partir de estos elementos, puede distinguirse una *responsabilidad* como carga, como imputabilidad, como exigibilidad y como sancionabilidad. Señala ROSS que "cuando se afirma que alguien es responsable se hace sobre la base de que ha actuado en contra de un determinado sistema jurídico, haciendo algo que es reprehensible o prohibido, lo que inspira una reacción en la cual se afirma que es moral o jurídicamente responsable". Cfr. ROSS, Alf, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, University of California Press, Berkley, 1975, pág.13. De esta forma, para ROSS la responsabilidad posee dos notas: (i) en primer término la idea de que la responsabilidad es un concepto sistemático y; (ii) la necesidad de distinguir entre responsabilidad-exigibilidad (*responsability*) y responsabilidad-sancionabilidad (*liability*).

²² Para un completo análisis del concepto de responsabilidad en la Teoría del Derecho, Vid. LARRAÑAGA MONJARAZ, Pablo DE, *El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporánea*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, [inédita], Universidad de Alicante, Alicante, 1996. Para una breve síntesis, Vid. SANZ ENCINAR, Abraham, "El Concepto de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho", en Fernando Pantaleón Prieto (director), *La Responsabilidad en el derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, N°4, Madrid, 2000.

²³ Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Manual sobre la responsabilidad en el Derecho español*, Edisofer S.L., Madrid, 2010, pág. 9.

²⁴ PANTALÉON, afirma que con la palabra *responsabilidad* aludimos a tres cosas diversas: (i) al *tener que responder del daño sufrido por otra persona, resultando el responsable obligado a indemnizar dicho daño al perjudicado*; en segundo lugar, se utiliza en un sentido totalmente diverso, *responsabilidad formará un binomio con la palabra deuda*, integrando la posición pasiva de la relación obligatoria; finalmente se encuentra la voz *responder*, la cual utilizamos como *otro modo de decir «estar obligado»*, y no necesariamente, aunque resulte ser lo más usual, a indemnizar daños y perjuicios, como ocurre, por ejemplo, cuando hablamos de la *responsabilidad solidaria*. Cfr. PANTALÉON PRIETO, Fernando, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, S.L Civitas Ediciones, Madrid, 1996, págs. 16 y ss. Da cuenta también de esta posición, ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo DE, "Sobre las palabras «responder», «responsable» y «responsabilidad», en Estudios de Deusto. Revista de la Facultad de Derecho, vol. 50, N°1, (2002), pág. 13.

B. LA SUMMA DIVISIO DERECHO PÚBLICO/PRIVADO COMO CRITERIO CLASIFICATORIO DE LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA: BREVES NOCIONES SOBRE RESPONSABILIDAD SANCIONADORA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Como explica VERGARA BLANCO -de quien hemos tomado parte del título que encabeza este apartado-, "la bipolaridad público/privado es una *summa divisio* de las disciplinas jurídicas, que marca un clasificadorio fundamental de todas ellas. De ahí que cabe una revisión epistemológica de las disciplinas jurídicas: de la *summa divisio iuris*, que, de una manera heurística, clasifica en público y privado todo el Derecho. De este clasificadorio fundamental surge no sólo una bipolaridad útil para clasificar las especialidades a que se dedican los juristas, sino bases y principios que se transmiten a las normas respectivas; y esas bases y principios, como veremos, pueden ser alterados mediante la técnica de la supletoriedad, integrando normas entre los distintos sectores del Derecho".²⁵

En este sentido, y sobre la base de que la *summa divisio*²⁶ permite clasificar no sólo las disciplinas jurídicas, sino también sus normas e instituciones, en los párrafos que siguen nos proponemos dar cuenta de cómo dicha distinción se manifiesta en los diversos regímenes de responsabilidad, generando dos grandes categorías: la *sancionadora* y la *patrimonial o civil*^{27,28}, y de cómo cada uno de dichos

²⁵ Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro, *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo. El mito del Código Civil como «Derecho Común»*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, págs. 93-94.

²⁶ Como informa MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, "generalmente se considera como punto de arranque de la distinción entre Derecho público y privado un famoso texto atribuido a ULPIANO en el *Digesto* (1.1.1.&2) y las *Instituciones* (1.1.4) de JUSTIANIANO, según el cual: *publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*". Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 15.

²⁷ Para autores como JAQUENOD DE ZSÖGON, las medidas represivas que utiliza el Derecho son tres, (i) la responsabilidad penal, (ii) la responsabilidad civil y; (iii) la responsabilidad administrativa. Cfr. JAQUENOD DE ZSÖGON, Silvia, *El Derecho ambiental y sus principios rectores*, Dykinson S.L, Madrid, 1991, págs. 285-335.

Empero, como veremos más adelante, la posición donde se sitúa la autora nos parece hoy -a la luz del estado de la cuestión no sólo en Chile sino también en el Derecho español, que es desde donde escribe- discutible, por cuanto la distinción entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador debe matizarse fuertemente, postulándose su unidad en cuanto ambas son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado. En efecto, en el *status quaestionis* actual se ha llegado a hablar incluso de

regímenes posee particularidades derivadas, precisamente, de encontrarse incardinados a una u otra esfera del Derecho.²⁹

Derecho Penal Administrativo. Sobre el particular, Vid. GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 3ª Edición, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2013, *passim*. Contra esta opinión, es decir, por una teoría cualitativa o diferenciadora de ambas disciplinas, por todos, Vid. los trabajos de RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de Política jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 169 y ss. y *passim*; y HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 135 - 173 y *passim*.

Por esta razón nos parece más propio hablar de *Responsabilidad Sancionadora* distinguiendo así dos grandes categorías o géneros de responsabilidad, de la cuales pueden surgir especies o subespecies que constituyen (o no) *tertium genus* o regímenes particulares.

En todo caso, pensamos que la distinción en dos grandes categorías posee una virtud más bien didáctica o académica, por cuanto compartimos plenamente la reflexión de LARRAGAÑA, al afirmar que "la diversificación del sistema jurídico en ramas cada vez más específicas supone, para dar una visión completa de la responsabilidad jurídica, hablar, entre otras, de la responsabilidad de la administración pública, de la responsabilidad internacional, de la responsabilidad ambiental, etc. Cfr. LARRAGAÑA, Pablo DE, ob. cit., pág. 27, notal al pie Nº 26.

²⁸ En este mismo orden de ideas, con todo, se debe considerar que hablar de dos grandes grupos de responsabilidad es más bien un esfuerzo de abstracción destinado a considerar los rasgos más significativos del complejo y variado campo de la regulación jurídica. En efecto, como afirma MANN, "casi cualquier atributo asociado con un paradigma aparece en el otro. La prisión, asociada con el proceso penal también existe en la arena civil; el desacato civil, por ejemplo, puede ser sancionado con encarcelamiento. El pago de dinero, directamente asociado con el Derecho civil, toma la forma de multas en el Derecho penal; en este sentido, los paradigmas representan inadecuadamente los procedimientos actuales, pues ignoran la enorme variedad de sanciones híbridas". Cfr. MANN, Kenneth, "Punitive Civil Sanctions: The middleground Between Criminal and Civil Law", en *The Yale Law Journal*, Nº 101, (1992), pág. 1804.

²⁹ Contra esta conclusión, Vid. LLAMAS POMBO, Eugenio, *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, págs. 106 y ss. El mismo autor ha reiterado esta idea algunos años después expresando "Hace tiempo que conocemos la necesidad de someter la vieja *summa divissio* de ULPIANO a meros «criterios de preponderancia» (según recomiendan BULLINGER y RAISER), de manera que Derecho público y Derecho privado ya no se contraponen axiológicamente, sino que se estructuran paralelamente y se complementan recíprocamente, estableciéndose campos de preponderancia o intensidad relativa de lo público y privado". Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, "Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños", en Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 449.

Sobre esta cuestión, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ efectúa un agudo análisis, concluyendo que es un error interpretar la división entre Derecho público y Derecho privado sobre la base de que sólo el primero protege y garantiza los intereses generales y que al segundo le cabe sólo la tutela de los intereses privados. Por el contrario, afirma el autor que, "la división del Derecho de que estamos tratando tiene su fundamento en su misma realidad, desde el momento en que para su debida garantía -entendida en su más amplio sentido- la sociedad necesita erigir un Poder público que dirima definitivamente los conflictos, apaciguándolos con justicia, que esclarezca y determine para todos, en cuanto sea

Es cualquier caso, y más allá del valor, importancia o reconocimiento que se quiera dar a la *summa divisio* público/privado, lo cierto es que la clasificación de la responsabilidad en dos grandes sistemas es posible advertirla "en el propio Derecho romano donde, a partir de las XII Tablas, se comenzó a distinguir dos tipos de infracciones, conforme a su mayor o menor incidencia en el orden público. Los más graves eran los *crimina*, que suponían un atentado contra el Estado, mientras que las otras infracciones eran los *delictia*, que no movían el poder público sino a instancia de parte ofendida; dentro de este último tipo se encontraban las lesiones infringidas a las personas y el daño a las cosas".³⁰

necesario y conveniente, las atribuciones y exigencias que componen el orden jurídico, que actúe previniendo infracciones, procurando lo conveniente para evitarlas y disponiendo los medios para restablecer los derechos lesionados, y las necesidades materiales e inmateriales de cuantas personas forman parte de la comunidad correspondiente, la cual, precisamente, en razón de su unificación en torno al núcleo más fundamental, al menos, de dicho Poder, se constituye en comunidad política, más o menos soberana". Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, ob. cit., pág. 20. De esta forma, para él, "cuanto se refiere a la erección del Poder público y a todo el ámbito de atribuciones y exigibilidades establecidas específicamente en favor suyo o asignadas a cualesquiera otros sujetos -sean otros Poderes públicos, sean sus propios súbditos- específicamente frente a él por su precisa condición de tal, es lo que constituye el *Derecho público*, que podría delimitarse como *la parte del Derecho relativa al Poder público en cuanto tal...* Todo el resto del Derecho puede ser denominado, conforme a una larguísima tradición, *Derecho privado* o *Derecho común*, en cuanto se refiere a la ordenación jurídica común a las personas físicas -o personas por antonomasia, *per se*- en sus relaciones recíprocas, sea individualmente consideradas, sea en su condición de miembros de organizaciones enteramente voluntarias constituidas por ellas". *Ibidem*, pág. 21.

Para un análisis aún más profundo del autor sobre la materia, Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho. Discurso leído el 23 de octubre de 2009, en el acto de su recepción como Académico de Número*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid, 2009, págs. 7-66.

Una postura similar, con una fuerte crítica a lo que denomina «*una monstruosa concepción del Derecho privado*», en: CASTRO, Federico DE, *Derecho Civil español y foral. Parte General*, 3ª edición, tomo I, IEP, Madrid, 1955, págs. 89-90.

³⁰ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al*, *Derecho de Obligaciones. Parte General, Delito y Cuasi delito*, vol. 1, 2ª Edición, Barcelona, 1985, pág. 474. En este sentido, se debe considerar que, como afirma DE LARRAGAÑA, "la distinción entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil sólo tuvo lugar cuando fueron posibles dos clases de consecuencias jurídicas distintas para las conductas socialmente indeseables: el castigo y la obligación de restitución o compensación". Cfr. LARRAGAÑA, Pablo DE, ob. cit., pág. 17. Finalmente, la distinción es posible encontrarla, incluso, en diccionarios jurídicos especializados, desde hace ya varios lustros. Así, v.gr., en CAMPO, Salustiano DEL *et al*, *Diccionario de Ciencias Sociales*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, pág. 762.

En efecto, la distinción nace como consecuencia de dos procesos, por un lado, de la desacralización de las relaciones sociales y, por otro, de la estatificación del Derecho. Como consecuencia del primer proceso, las respuestas ante los ilícitos pierden el tinte de venganza o expiación que les imprimía la necesidad de satisfacer a una divinidad violenta. Como consecuencia del segundo proceso, por un lado, el Estado se reserva la prerrogativa de intervenir en un número cada vez mayor de infracciones relativas al interés común y que constituyen una amenaza al orden social y, por otro lado, la autoridad estatal deja relativamente libre un espacio normativo, referido principalmente a las actividades económicas, donde la intervención autoritativa se centra sólo en dirimir dispuestas particulares.³¹

1. Responsabilidad sancionadora

Al referirnos a responsabilidad sancionadora hacemos alusión a aquel tipo de responsabilidad que surge por la infracción de valores y bienes jurídicos que a la sociedad le interesa resguardar en interés del bien público general.³² Se trata de conductas (delitos o infracciones administrativas) que se encuentran previamente tipificadas en un texto legal -tratándose del Derecho penal, exclusivamente en la Ley- y que tienen asociadas a su verificación una determinada sanción (privación de libertad, multa, etc.).

Dentro del género de la responsabilidad sancionadora, es posible advertir la presencia de dos especies: (i) la responsabilidad penal y; (ii) la responsabilidad administrativa sancionadora o responsabilidad infraccional.³³

Lo anterior se afirma por cuanto hoy, en el ordenamiento jurídico chileno, la incardinación de ambos sistemas dentro de un mismo género de responsabilidad -la

³¹ Cfr. LARRAGAÑA, Pablo DE, ob. cit., pág. 18-19.

³² Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, ob. cit., pág. 14.

³³ Es posible también incorporar un tercer género, conocido como, *Responsabilidad disciplinaria* y que se refiere a las sanciones que pueden ser aplicadas a los funcionarios de un órgano público por sus superiores jerárquicos frente a incumplimientos de sus deberes.

sancionadora-, en tanto ambas son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, es una cuestión bastante pacífica, principalmente en lo que se refiere a las garantías y principios que informan a ambos regímenes.

En efecto, en lo que respecta a las garantías sustantivas que se deben observar en favor de los sujetos y en cuanto a los principios jurídicos que las sustentan³⁴, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria se encuentran de acuerdo en indicar que no existirían diferencias cualitativas entre ambos.

Lo anterior se justificaría porque las sanciones administrativas, entendidas como "un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Mal (fin aflictivo de la sanción) que consistirá siempre en la privación de un bien o un derecho (revocación de un acto favorable, pérdida de una expectativa o de un derecho, imposición de una obligación de pago de multa.)"³⁵ o bien como "aquella pena asignada a la comisión de un hecho típico y antijurídico, calificado como tal en virtud de una ley, e impuesta por la Administración al sujeto a quien pueda imputársele responsabilidad como autor del mismo, con sujeción a las limitaciones a que se encuentra sometido el ejercicio del *ius puniendi* estatal"³⁶, son, como se ha dicho, manifestaciones del *ius puniendi* estatal, ya que por ese tipo de resoluciones la Administración ejerce una función jurisdiccional punitiva y afecta los derechos de las personas (como es la propiedad) de un modo similar al que sucede cuando se imponen penas en procesos criminales.

Así, tanto la Contraloría General de la República como el Tribunal Constitucional han dicho que las sanciones impuestas por la autoridad administrativa forman parte de la unidad del poder sancionador del Estado, de modo que, aunque

³⁴ Y que se refieren, cuanto menos, a (i) el principio de tipicidad; (ii) el principio de legalidad; (iii) el principio de congruencia; (iv) el principio de proporcionalidad de las penas; (v) la irretroactividad; (vi) el principio de culpabilidad; (vii) la presunción de inocencia, etc.

³⁵ Cfr. GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 13ª Edición, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2013, pág. 169.

³⁶ Cfr. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2013, pág. 319.

existen diferencias entre las sanciones penales y administrativas, éstas deben someterse todas a un mismo estatuto garantístico.^{37,38}

Por lo que se refiere a las garantías que conforman el debido proceso, también por disponerlo expresamente la Constitución Política de la República (CPR), en ambos regímenes de responsabilidad éstas deben ser respetadas. Argumento adicional que nos permite afirmar que se trata de especies de un mismo género.

En efecto, según el artículo 19 N° 3 de la CPR³⁹ todo procedimiento debe garantizar su racionalidad y justicia, lo que contiene la llamada garantía al *debido*

³⁷ Dictamen N°28.226 de la Contraloría General de la República, de 22 de junio de 2007; STC 244 - 1996; y STC 480 - 2006.

³⁸ A los efectos de nuestro estudio, en este punto, nos interesa -muy especialmente- destacar que la Administración pública está obligada en virtud de lo prescrito por la CPR y de la Ley N° 19.880, de 29 de mayo de 2003, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA), a acreditar la culpabilidad de las personas a quienes aplica sanciones, por imponerle uno de los principios más básicos del Derecho administrativo sancionador, a saber, el *principio de culpabilidad*. Así, se ha dicho que “no cabe en ningún caso imponer una sanción administrativa, a quien no pueda dirigírsele un reproche personal por la ejecución de la conducta prohibida”. Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro, “Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 11, N°2, (2004), pág. 137-147. Por lo que “sólo puede predicarse responsabilidad por un injusto administrativo a quien teniendo capacidad para comprender la antijuridicidad de su actuar y de adecuar su comportamiento a las disposiciones legales, actúa, no obstante, en contra de las prescripciones del ordenamiento jurídico”. Cfr. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 24, Julio, (2011), págs. 63-78.

Esto es relevante, habida consideración del análisis que más adelante se hará de la subjetividad del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA, como antecedente que no permitiría fundamentar su pretendida naturaleza exclusivamente civil extracontractual. Vid. infra (capítulo séptimo; 2).

³⁹ Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

proceso. Entre los derechos que componen el debido proceso, como ha detallado la jurisprudencia y doctrina⁴⁰, está el derecho a la defensa, la bilateralidad de la audiencia, la publicidad de los actos jurisdiccionales, el emplazamiento, la producción libre de pruebas, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, entre otros.

Según indicábamos, no existe actualmente discusión en cuanto a que estos derechos deben ser respetados en los procedimientos administrativos; al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que los procesos administrativos deben cumplir con las garantías del debido procedimiento, permitiendo a quienes pueden ser alcanzados por los castigos administrativos defenderse de los cargos que les dirija la actividad, rendir pruebas e impugnar la sanción una vez aplicada.⁴¹

Con respecto a los presupuestos que deben concurrir para que surja responsabilidad sancionadora estos son: (i) la *conducta*: puede revestir forma de acción u omisión; (ii) la *tipicidad*: esto es, la adecuación de la conducta al tipo delictual o infraccional, es decir, de la descripción que hace la ley del comportamiento prohibido; (iii) la *causalidad*: es menester, entonces, que la conducta esté directamente relacionada, por un nexo causal, con el resultado; (iv) la *antijuridicidad*: esto es, que el comportamiento, además de ser típico, sea antijurídico, en el sentido que contravenga el ordenamiento jurídico, y además, en el sentido material, que lesione o ponga en peligro de manera efectiva un bien jurídico;

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

⁴⁰ STC 478 - 2006; STC 986 - 2007. En doctrina, por todos, Vid. CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, Ediciones UC, Santiago, 2012, págs. 152-187.

⁴¹ STC 2264 2012, c. 33.

y (v) la *culpabilidad*: el juicio de reproche que se formula a quien ha ejecutado una conducta típica y antijurídica, porque, como dijimos, el sujeto, pudiendo haberse comportado de acuerdo a los mandatos y prohibiciones del Derecho, no lo hizo, yendo en su contra, entonces, el reproche por dicha conducta.⁴²

En síntesis, y sin perjuicio de las evidentes diferencias que puedan existir entre ambos sistemas de responsabilidad (v.gr., autoridad que impone la sanción, sistema de recursos, etc.) los puntos de conexión entre una y otra permiten afirmar que se trata de especies de un mismo género, esto es, la responsabilidad sancionadora.^{43,44}

⁴² Estos requisitos se reconocen tanto para el Derecho penal (Vid. ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, tomo I, trad. y notas Diego-Manuel Luzón Peña (director) et al, 2ª edición, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, págs.193-195), cuanto para el Derecho administrativo sancionador (Vid. GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, ob. cit., págs. 299-517).

⁴³ En la visión de GÓMEZ TOMILLO, ello es una consecuencia más de ser ambas ramas del Derecho una manifestación del *ius puniendi* del Estado, "potestad que ha sido conferida por medio del contrato social a éste para la tutela de bienes jurídicos". Cfr. GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, ob. cit., pág. 94. Afirma el autor que apoya su tesis un amplio sector de la dogmática penalista y administrativista, con citas a: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Civitas, Madrid, 1977, pág. 3; NAVARRO CARDOSO, Fernando, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, S.A. Colex. Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2001, pág.74; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Por un derecho penal sólo penal: Derecho penal, derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador", en VV.AA., *Homenaje al Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Pamplona, 2005, pág. 618; REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, "Comentario a la Ley General de subvenciones", en Germán José Fernández Farreres (director), 2005, *passim*; PALMA DEL TESO, Ángeles DE, "La culpabilidad", en *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, N° extraordinario, (2001), pág. 30.

En todo caso, pone de manifiesto que "este es un punto de vista que algunos autores clásicos no tenían tan claro; K. BINDING estimaba que las normas penales están orientadas siempre a la tutela de bienes jurídicos, mientras que las normas de policía imponían simplemente la obediencia a los súbditos; mientras los primeros implicaban la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, los segundos consistirían en la mera desobediencia al orden administrativo". (Ídem, nota al pie N° 43.)

Asimismo, afirma que se ha dicho que el Derecho administrativo sancionador busca ordenar, de modo general, sectores de actividad, esto es, reforzar mediante sanciones un determinado modelo de gestión sectorial. Ibídem, pág. 97.

⁴⁴ La unidad de ambos regímenes es también posible advertirla desde los fines de ambas ramas del Derecho, ya que analizada la cuestión desde una óptica muy general y siguiendo la tesis de GÓMEZ TOMILLO, una función central de la pena en el Derecho penal (y de las sanciones administrativas en el Derecho administrativo sancionador) es eminentemente la de prevenir. Cfr. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Introducción. Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado", en Manuel Gómez Tomillo (director), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado. Daños punitivos, Comiso y*

1.1. Responsabilidad penal

La responsabilidad penal es aquélla en la que incurre un sujeto que ha llevado a cabo una acción (u omisión) típica, antijurídica y culpable⁴⁵, o expresado en términos diversos, quien ha cometido un delito o cuasidelito que es tipificado y sancionado expresamente por una ley anterior a la perpetración del ilícito, y que deja a dicho individuo en la posición jurídica de soportar un castigo o sanción.

La responsabilidad penal encuentra su fundamento en la circunstancia que tras el delito penal hay un atentado contra el orden público, se han vulnerado principios, actividades y/o bienes considerados como valiosos e indispensables para el desenvolvimiento de la sociedad indiscriminadamente considerada. De esta manera, la sanción adopta una naturaleza de castigo o represión. En concreto, la

Responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 15.

Sobre el particular es interesante la tesis sostenida por REBOLLO PUIG, quien expresa: "Lo anterior, no significa que las sanciones supongan un castigo ciego sin ningún sentido ni que se justifiquen sin más como la respuesta justa a la infracción. Hay que distinguir entre el fin del castigo y el fin del mal en que consiste. Que el concreto mal que se elija como contenido de la sanción no tenga más finalidad que castigar y no realice directamente los intereses públicos, no quiere decir que el castigo mismo no sirva para nada. Claro que castigar sí tiene una finalidad. Las sanciones tienen una finalidad, como la tienen las penas. Aquí también se puede decir que las sanciones administrativas son útiles como sistema de respaldo o tutela del ordenamiento (particularmente, aunque no exclusivamente, del ordenamiento administrativo u de las diferentes potestades administrativas de ordenación), pues sirven para prevenir infracciones futuras y, así, aunque sea de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la Administración. Y en esa prevención, como en Derecho penal, puede verse en mayor o menor medida, según los casos, la vertiente individual o especial, tratando que no vuelva a cometer infracciones el sancionado (mediante la intimidación individual, la corrección o la inocuización), y la vertiente de la prevención general, respecto a toda la colectividad (prevención intimidatoria -amenaza o coacción psicológica- y prevención integradora que crea una actitud de respeto al Derecho. Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, "El contenido de las sanciones"..., cit. págs. 156-157. En un sentido similar respecto al fin de prevención, Vid. NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, *passim*.

⁴⁵ El artículo 1 del Código Penal Chileno expresa:

"Artículo 1º.- Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.

Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario.

El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen".

responsabilidad penal tiene como fundamento sancionar a quien con su conducta reprochable ha violentado intereses jurídicamente protegidos en la ley penal, y que son necesarios para la convivencia y seguridad de la comunidad.⁴⁶

La calificación como ilícito penal de la conducta se debe a una circunstancial opción de política legislativa, pues depende de la ideología y convicciones dominantes en cada momento. Se considera que existen conductas dignas de especial reproche -por tratarse de ataques contra los valores más preciados (la vida, el honor, la seguridad física de las personas, o la estabilidad del orden político por ejemplo)- y se las hace objeto de represión organizada por parte del Estado, mediante la amenaza de una pena (privación de libertad, multas, etc.).⁴⁷

En este escenario, en la responsabilidad penal no se encuentra involucrado sólo un atentado contra un individuo en particular, sino, antes bien, se atenta contra el colectivo social, y por ello es que el legislador establece taxativamente un catálogo de atentados (delitos) a los cuales les asigna una determinada sanción para el evento que un individuo ajuste su conducta a él.

En lo que respecta a la regulación penal del medio ambiente en nuestro ordenamiento jurídico, pensamos que, "como resulta evidente de la presentación de las diversas mociones parlamentarias surgidas en la materia, no existe en Chile una protección penal sistemática y enfocada precisamente a la protección del medio ambiente en sí, como no existía en la mayor parte de las legislaciones del siglo pasado, básicamente porque al consolidarse la codificación decimonónica, no había

⁴⁶ Vid. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio *et al.*, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, págs. 67-68. Para un panorama completo de las diversas tesis ensayadas sobre las funciones de la pena estatal, págs. 55-72. En derecho comparado, Vid. la magistral obra de, ROXIN, Claus, *ob. cit.*, págs. 81-108.

⁴⁷ Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo DE, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, 3ª edición, Madrid, 1993, pág. 49.

una preocupación por el medio ambiente como tal como hemos visto hay hoy en día".⁴⁸

Por ello, nos parece dudoso poder hablar hoy en Chile de un Derecho penal medioambiental como un sistema orgánico de disposiciones tendientes a la protección de medio ambiente, empero, se debe reconocer la existencia de normas dispersas que sí otorgan una tutela penal frente a determinadas conductas atentatorias del entorno ecológico.⁴⁹

En cualquier caso pensamos que "el Derecho penal, en cuanto instrumento protector del ambiente, es auxiliar de las previsiones administrativas y por sí solo carece de aptitud para ser un arma eficaz frente a las conductas de efectos negativos para el entorno general".⁵⁰

En tal sentido, la amenaza de una sanción penal sólo tiende a reforzar el cumplimiento de las normas administrativas que imponen deberes y obligan a determinadas omisiones. El ubicar en primer plano en la protección del medio ambiente el Derecho penal, supone una hipertrofia cualitativa y cuantitativa de esta

⁴⁸ Cfr. MATUS ACUÑA, Jean Pierre *et al*, "Análisis dogmático del derecho penal ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del derecho internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile", en *Ius et Praxis*, vol. 9, Nº 2, (2002), disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122003000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=es#nota36. Así, indican estos autores, que "en ese sentido, nuestra legislación se encuentra en un estadio de desarrollo del Derecho penal ambiental que podríamos denominar de «prescindencia», en que (como también sucede en otras naciones como la Argentina), la regulación penal de hechos que podrían considerarse como de contaminación o peligro de contaminación o daño ambiental, ha de buscarse en disposiciones del Código penal y de leyes especiales, que no han sido establecidas directa e independientemente con ese propósito, sino con el de proteger otros bienes que, al momento de la codificación o al de dictarse las diversas leyes especiales, se consideraron como dignos de una protección penal, atendiendo a la protección penal de intereses generales (como sucede con algunos delitos contra la salud pública) o específicos en algunos casos (como en muchas leyes especiales). Ahora bien, si ordenamos esas normas desde la perspectiva del medio ambiente y los elementos que lo constituyen, podemos constatar que el sistema chileno de protección penal del medio ambiente está compuesto principalmente por diversas normas".

⁴⁹ Cfr. ASTORGA JORQUERA, Eduardo, *Derecho Ambiental Chileno. Parte General*, 3ª edición, Abeledo Perrot - Thomson Reuters, 2012, pág. 345.

⁵⁰ Cfr. JAQUENOD DE ZSÖGON, Silvia, *ob. cit.*, pág. 314.

rama del Derecho y una perversión de su función, eminentemente secundaria en esta materia.⁵¹

1.2. Responsabilidad infraccional o administrativa sancionadora

La responsabilidad infraccional o administrativa sancionadora es aquella que surge para un sujeto cuando ha incurrido en una conducta que se encuentra tipificada como infracción en una ley -en sentido amplio, de manera que incluye los reglamentos que las complementan o regulan su ejecución- que normalmente regulará una materia o un sector específico y cuya tutela corresponde a la autoridad administrativa.⁵²

En este sentido, la potestad sancionadora de naturaleza administrativa, tiene por función habilitar a que en diversas ocasiones se apliquen sanciones a individuos que están o no relacionados directamente a la Administración, esto es, permite aplicar sanciones⁵³ a cualquier ciudadano que haya infringido una norma administrativa.

⁵¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Ediciones Servicio de Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 1983. Es también la opinión de RODRÍGUEZ RAMOS, quien afirma "El Derecho penal ambiental es pues secundario, en el sentido que corresponde a las normas no penales el papel primario en su protección, y accesorio en cuanto a que su función tutelar sólo puede realizarse apoyando la normativa administrativa que de modo principal y directo regula y ampara la realidad ambiental". Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Alternativas de protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales", en *Cuadernos de Política Criminal*, Instituto de Criminología, Nº 19, (1983), págs. 145-146.

⁵² Para un estudio profundo sobre el Derecho administrativo sancionador en sus diversos entendimientos por la dogmática administrativista, por todos, Vid. NIETO, Alejandro, ob. cit.; GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, ob. cit; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 13ª edición, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2013, págs. 169-214. En Chile, un estudio completo en, CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Derecho administrativo sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno*, Legal Publishing - Thomson Reuters, Santiago, 2014; BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho administrativo general*, 3ª edición, LegalPublishing - Thomson Reuters, Santiago, 2014, págs. 319-354.

⁵³ Sobre el concepto y contenido de las sanciones en el Derecho administrativo sancionador, Vid. REBOLLO PUIG, Manuel, "El contenido de las sanciones", en *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, Nº extraordinario, (2001), págs. 151-206.

Sobre el particular se debe considerar, según reconocer la más autorizada doctrina administrativa, que la extensión de esta potestad es amplísima en nuestro Derecho; puede decirse que un gran número de órganos públicos tienen, paralelamente a su competencia gestora, una competencia sancionadora en relación con las mismas materias, actuable sobre todos los administrados en general, sin requerir que los mismos se encuentren en una relación de sujeción especial con la Administración, o con sus medios organizativos, por actos que realizan desde su veste abstracto de ciudadanos, por conductas de su vida social externa.⁵⁴

Con respecto al marco normativo del Derecho administrativo sancionador ambiental en el ordenamiento jurídico chileno, este se regula en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, establecida por el artículo 2 de la Ley N° 20.417, de 26 de enero del año 2010 (en adelante LOSMA).⁵⁵

2. Responsabilidad civil o responsabilidad patrimonial

A través de una descripción sumamente general, es posible afirmar que la responsabilidad civil es aquella posición jurídica -o necesidad- en la que se encuentra un sujeto de reparar el daño que ha causado a otro, ora por haber incumplido una obligación contractual ora por haber ejecutado una acción (u omisión)

⁵⁴ Cfr. GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas, *Curso de...*, tomo I, cit., págs. 169-180.

⁵⁵ Habida consideración de ser la normativa relativa al Derecho administrativo sancionador ambiental de muy reciente aparición en Chile -sin perjuicio de la regulación de infracciones administrativas de esta naturaleza que existía en los derogados artículos 56 a 59 de la LBGMA (las que en todo caso establecían un régimen infraccional que debía ser perseguido ante un Juez de Letras en lo Civil), y de los tipos infraccionales que se regulan en leyes sectoriales- no existe en nuestro país un mayor desarrollo dogmático en la materia. Sin perjuicio de ello, sobre la materia Vid., BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "Fundamentos y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, 1^{er} semestre, (2013), págs. 421-447; y BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2^a edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2014, págs. 449-511. Asimismo, el reciente trabajo de, URZÚA REYES, María Fernanda, *"Derecho administrativo sancionador ambiental. (Superintendencia del Medio Ambiente y sanciones administrativas. Análisis crítico a la luz de la Constitución Política de la República)*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, [inédita], Universidad de Chile, Santiago, 2014.

culpable o dolosa que infirió daño a otro. O, como señala DÍEZ-PICAZO, "a grandes rasgos el concepto de responsabilidad civil giraría alrededor de la obligación de indemnizar el daño causado. La responsabilidad en general no viene a ser otra cosa que la asunción de las consecuencias de un daño normalmente traducidas en una estimación".⁵⁶

Se trata de una institución que "aparece vinculada esencialmente al daño que sufre una o más personas individualizadas, y al deber que tiene alguien de repararlo o compensarlo con medios equivalentes"⁵⁷, en definitiva y en palabras de nuestro máximo tribunal "*por responsabilidad debe entenderse, en general, la obligación en que se coloca (sic) una persona para reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado; la que resulta ser civil si se origina en la transgresión de una norma jurídica que afecte el interés de una determinada persona...*".⁵⁸

A su turno, DE ÁNGEL YAGÜEZ expresa "El no causar daño a los demás es, quizás, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana. No en vano los juristas romanos la incluyeron entre las tres grandes máximas del comportamiento social, junto al vivir honesto y al dar cada uno lo suyo. La sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica: el autor del daño responde de él, esto es, se halla sujeto a responsabilidad. Y, en principio, la responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima".⁵⁹

⁵⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 41. Para él, "la responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de resarcir el daño producido". Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 4ª edición, vol. II, Madrid, 2012, pág. 612.

⁵⁷ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, ob. cit., pág. 16.

⁵⁸ Excma. Corte Suprema, sentencia de 6 de noviembre de 1972, en *RDJ*, t.LXIX, sección cuarta, pág. 181

⁵⁹ Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo DE, ob. cit. pág. 13.

Clásicamente⁶⁰, y más allá de las discusiones que ha suscitado en doctrina⁶¹, se suele dividir la responsabilidad civil en *responsabilidad contractual* y *responsabilidad extracontractual*.⁶²

2.1. Responsabilidad civil contractual

En el ordenamiento jurídico chileno, la responsabilidad civil contractual está regulada en el Libro IV, Título XII, artículos 1545 a 1559 del Código Civil. En consecuencia, se circunscribe a los denominados *efectos de las obligaciones* y puede ser conceptualizada como la obligación que recae sobre el deudor en orden a

⁶⁰ La distinción entre contrato e ilícito como fuente de las obligaciones aparece en GAYO, *Ins. Gai.* 3.88.

⁶¹ Con respecto a las tesis que cuestionan la dualidad de regímenes, Vid. PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 7e édition, Tomo II, N° 876, París, 1917. Para una tesis que postula una unificación moderada de ambos regímenes de responsabilidad, Vid. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 82 y ss. Una visión anterior con una postura más dura de este autor en, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea)", en Alberto Bueres y Aida Kemelmajer (directores), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 105-111. En Chile, para una opinión similar -a propósito del análisis de la culpa-, Vid. CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, tomo XI; y RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *De la responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000. Para una breve síntesis de la cuestión en nuestro país, Vid. MOLINARI VALDÉS, Aldo, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva*, Lexis-Nexis, Santiago, 2004, págs. 15-19.

⁶² Nuevamente DE ÁNGEL YAGÜEZ: "Más no todos los comportamientos dañosos presentan la misma fisonomía ni se enmarcan en idénticas realidades sociales. Al contrario, una sencilla reflexión -ajena a todo tecnicismo jurídico- nos permite vislumbrar dos grandes grupos o categorías de actos dañosos: de un lado, los que consisten en incumplir un pacto; de otro los que se producen en el desarrollo de cualesquiera actividades humanas, pero al margen de toda relación jurídica previa entre dañador y víctima... en el primer caso, el deber de indemnizar deriva de otro deber, el deber de cumplir, que ha sido infringido". Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo DE, ob. cit. pág. 13.

En efecto, como afirma LÓPEZ JACOISTE, "En un caso el sentido de la prestación trata de hacer cumplir lo que se debió cumplir; y de compensar los menoscabos así infligidos. En el otro, se busca la *indemnidad*; resarcir a la persona a quien se infligió una lesión jurídica en la esfera de su personalidad fuera de preexistente vínculo jurídico relevante". Cfr. LÓPEZ JACOISTE, José Javier, *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2010, pág.60.

En Chile, por todos, Vid. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, reimp. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, págs. 34 - 44.

reparar el daño causado a su acreedor por haber incumplido, cumplido parcial o tardíamente su obligación.⁶³

La extinción normal de la obligación ocurre, como sabemos, mediante su cumplimiento o pago, en virtud del cual, de una parte, el deudor queda liberado y de otra el acreedor satisfecho, produciéndose, por tanto, la extinción de la obligación después de haberse alcanzado los fines tenidos en cuenta al constituirse. Empero, puede ocurrir que la obligación no sea cumplida en su momento oportuno de forma imputable al deudor y en tal sentido éste deviene en responsable de los daños o perjuicios que su actuar ocasionó al acreedor.⁶⁴

La forma sencilla de satisfacer al acreedor será, desde luego, la realización efectiva y exacta de la misma prestación ofrecida por éste, a costa suya, es decir, el llamado cumplimiento forzoso en forma específica. Pero no siendo esto posible siempre, en ciertas ocasiones habrá que realizar una compensación económica, un equivalente pecuniario de la prestación no realizada, es decir, lo que en la doctrina romanista se denomina prestación del interés *id quod interest* y en la doctrina moderna *resarcimiento de daños*.⁶⁵

⁶³ Como afirma BARROS BOURIE, "los efectos del contrato incluyen la acción para exigir su cumplimiento y la acción indemnizatoria que se sigue de su incumplimiento. En nuestro Código Civil ambas materias están tratadas bajo el epígrafe «Del efecto de las obligaciones» (artículos 1545 y siguientes). En esta identificación de la responsabilidad civil con el incumplimiento contractual se muestra cómo el derecho de obligaciones, y de la responsabilidad civil en particular, se desarrolló a partir de la doctrina del contrato". Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad...*, cit., págs. 18-19.

⁶⁴ Nuestra Corte Suprema ha señalado al respecto que:

"Cuarto: Que la responsabilidad contractual consiste en el incumplimiento de una o más de las obligaciones que se deriven de un contrato, que puede también importar su cumplimiento tardío o parcial que frustre los propósitos que tuvo en vista el acreedor al contraerla y que suele ocasionarle un daño, bien una disminución o menoscabo en su patrimonio, bien la privación de una ganancia legítima. Quinto: Que en semejantes situaciones tiene el acreedor el derecho de obtener una satisfacción equivalente al objeto de la obligación: el derecho de demandar indemnización de perjuicios. Sexto: Que la indemnización de perjuicios es una estimación en dinero que representa el beneficio que el acreedor habría obtenido del cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación". (Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 2703 - 2003, sentencia de fecha 20-04-2004, caratulada "Luis Alberto Galindo Pérez con Juan Marcos Pérez y otro".)

⁶⁵ Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, 5ª edición, vol. 3, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 212.

Consecuentemente, el efecto típico de la responsabilidad contractual será el pago de una indemnización que represente el beneficio que le hubiere reportado al acreedor el cumplimiento íntegro, exacto y oportuno de la obligación.

En síntesis, "la responsabilidad contractual es un remedio que el derecho confiere al acreedor para hacer frente al incumplimiento de lo pactado. Así se explica que en materia contractual la acción de responsabilidad complementa o sustituya a la acción que tiene por objeto el cumplimiento en naturaleza de la obligación principal. La obligación indemnizatoria (obligación de segundo grado) tiene precisamente por fundamento y medida el incumplimiento de la obligación principal (o de primer grado)".⁶⁶ O, como expresa LARROUMET, "el acreedor goza de un poder de coerción jurídico para exigir del deudor, en cuanto sea posible, la ejecución forzosa en especial de la obligación, o, en su defecto, demandarla por equivalente, lo cual se traduce en una indemnización compensatoria".^{67,68}

En cuanto a los presupuestos para su procedencia, éstos son: (i) el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de la obligación; (ii) el daño; (iii) la relación de causalidad que vincule al incumplimiento y el daño; (iv) la culpabilidad y; (v) la mora.⁶⁹

⁶⁶ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 20.

⁶⁷ Cfr. LARROUMET, Christian, *Teoría general del Contrato*, vol. I, Temis, Bogotá, 1993, pág. 17.

⁶⁸ En Chile, este derecho está contemplado en el artículo 1489 del Código Civil, el cual dispone:

Artículo 1489. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

⁶⁹ Así, se ha dicho "para que proceda [la responsabilidad contractual] es necesario además que el incumplimiento de una obligación ocasione perjuicios; que el incumplimiento sea imputable al deudor; que el deudor se encuentre en mora; y que tratándose de obligaciones contractuales no haya una cláusula exoneratoria". Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De las Obligaciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1941, pág. 182. En un sentido similar -pues omite el requisito de la culpabilidad-, Cfr. URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio, "El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, (2001), pág. 29.

2.2. Responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad extracontractual en el ordenamiento jurídico chileno, puede ser situada dentro de las fuentes de las obligaciones⁷⁰ y se refiere a la situación en la que se encuentra una persona de reparar el daño que ha causado con su hecho culpable o doloso a otro.⁷¹ Ésta se encuentra regulada en el Título XXXV del Libro IV, artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

A diferencia de la responsabilidad contractual, en estas hipótesis no existe un vínculo jurídico previo⁷² y es precisamente el hecho que causa el daño el que hace nacer la obligación de reparar. "El deber de reparar surge de la transgresión, no de una obligación propiamente tal, sino de un deber genérico de no dañar a otro (*alterum non laedere*), que es un principio general de todo el ordenamiento".⁷³

Aquí, "la obligación de indemnizar surge por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás, impuestas por la convivencia. Ejemplo típico sería el del automovilista que atropella a un peatón lesionándole... Estos, y tantos otros supuestos que en la vida real acontecen, engendran la llamada -por contraposición a la anterior-

⁷⁰ El artículo 2284 del Código Civil dispone:

Artículo 2284. Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.

En este título se trata solamente de los cuasicontratos.

⁷¹ Nuestra jurisprudencia ha resuelto que "la responsabilidad es un concepto jurídico que en su acepción civil implica la obligación en que se encuentra una persona de reparar y satisfacer el perjuicio o daño sufrido por otra". Vid. Excm. Corte Suprema, sentencia de 24 de enero de 2002, en GJ N° 259, pág. 38.

⁷² Para PLANIOL, no es efectivo que no exista en la responsabilidad extracontractual una obligación anterior. Dicha obligación sí está presente, y consiste en el deber genérico de no dañar ilícitamente a otro (*alterum non laedere*). Cfr. PLANIOL, Marcel, ob. cit. pág. 284.

⁷³ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, ob. cit., pág. 19.

responsabilidad extracontractual, también denominada, en expresión un tanto ambigua pero ya clásica, responsabilidad civil".⁷⁴

En lo que respecta a los requisitos necesarios que deben concurrir para que surja la responsabilidad extracontractual, éstos son: (i) la acción u omisión; (ii) el daño; (iii) la relación de causalidad entre la acción y el daño; (iv) la culpabilidad y; (v) la capacidad del autor del daño.⁷⁵

2.3. Fines y funciones de la responsabilidad civil extracontractual

Sin perjuicio de que en ambas hipótesis de responsabilidad el daño que se genera posee una naturaleza privada, y por lo tanto la idea que envuelve la sanción es la indemnización de los perjuicios ocasionados, habida consideración de la naturaleza de la presente investigación -y de los motivos por los cuales hemos incorporados estos acápites introductorios en nuestro trabajo- en el presente acápite sólo nos detendremos a analizar los fines y funciones que posee la responsabilidad civil extracontractual.

En efecto, en este punto debemos recordar que nuestro objeto es dar cuenta de las diversas visiones que sobre el particular se han ensayado, en aras de establecer un marco teórico-dogmático que permita servir como punto de referencia al analizar la responsabilidad por daño ambiental establecida en la LBGMA, de tal suerte de poder identificar si dicho régimen de responsabilidad puede ser -y conviene que así sea- considerado como un régimen de responsabilidad civil extracontractual o si por el contrario el análisis de sus normas y de sus fines y funciones daría cuenta de que se trata de un régimen especial de naturaleza diversa.

⁷⁴ Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo DE, ob. cit. pág. 14.

⁷⁵ Algunos incluyen como un requisito más de la responsabilidad extracontractual a la *antijuridicidad*. Sobre el particular, Vid., AEDO BARRENA, Cristián, *Responsabilidad extracontractual*, Librotecnia, Santiago, 2006, págs. 241-254.; CORRAL TALCIANI, Hernán, ob. cit., pág. 111-130.

2.3.1. Su carácter individualista: La protección de la persona (la víctima)

Como alguna vez se advirtió, el tema céntrico de la responsabilidad extracontractual consiste en establecer y configurar -en construir- la relación jurídica. Pues es en virtud de ésta, que por hipótesis previa falta, como obtendrá concreción y exigibilidad la prestación con la cual ha de realizarse la reparación del cuestionado daño. El designio informante de la responsabilidad civil extracontractual consiste en procurar la reparación del daño o perjuicio infligido por una persona a otra que no tenga en justicia por qué soportarlo.⁷⁶

La responsabilidad civil tiene, ante todo, una finalidad reparadora. Su pretensión se circunscribe, eminentemente, a determinar sobre qué patrimonio y en qué medida deben recaer las consecuencias de un acto humano. En tal sentido en la filosofía de nuestro Código Civil -como la del francés que le sirvió de base o del español- la responsabilidad es de corte individualista, es una "sanción" personal que se impone a quien cause a otro un daño ilícito.⁷⁷

De tal suerte que la función de la responsabilidad civil -al menos en el ordenamiento jurídico chileno como en el de los países cuyo Derecho ha servido de fuente para éste- no es la de sancionar (castigar) al autor del daño, sino la de compensar del mismo a la víctima, esto es, resarcir los perjuicios que se le han ocasionado. Sin que tengan esas normas una finalidad preventiva, aunque de hecho consigan, generalmente, ese resultado.⁷⁸

En este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ indicaba, precisamente a propósito de la responsabilidad por daño ambiental, "en el ámbito de la responsabilidad civil en

⁷⁶ Cfr. LÓPEZ JACOISTE, José Javier, ob. cit., pág. 57. En idéntico sentido, Vid. PANTALEÓN, Fernando, "Comentario del artículo 1902", en Cándido Paz- Ares Rodríguez *et al* (directores), *Comentario al Código Civil*, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1971 y ss.

⁷⁷ Cfr. RUBIO GARCÍA-MINA, Jesús, *La responsabilidad civil del empresario. Discurso de recepción de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1971, pág. 28.

⁷⁸ Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo DE, ob. cit. pág. 60.

realidad la discusión acerca de la naturaleza jurídica del medio ambiente como derecho huelga, porque el sistema de responsabilidad trazado por nuestro ordenamiento tiene una única y exclusiva función normativa: la indemnizatoria, reparar los daños causados entre particulares que sean consecuencia inmediata y directa de una conducta lesiva ... porque como reiteradamente insiste la doctrina con el mecanismo de la responsabilidad civil no se previene, ni se tutela, ni se reintegra, ni se castiga: se resarcen daños, personales y reales, en las personas y en las cosas".⁷⁹

Así, según se viene diciendo, el objeto de tutela de la responsabilidad civil es la persona humana -en su integridad, su salud y sus bienes-, no pretende pues la responsabilidad civil ocuparse de otra cosa.⁸⁰ De esta forma, ha de advertirse que la significación de la responsabilidad civil extracontractual como paradigma general de la idea de responsabilidad emana de que, en rigor, ésta no se dirige a reponer derechos concretos como tales, sino la integridad patrimonial y moral de la persona. Como afirmara DE CASTRO, "aceptado el daño de algo que no es un derecho subjetivo, que es precisamente una cualidad de la misma persona, se acoge implícita, pero necesariamente, la figura de la situación protegida y el correspondiente deber general de respeto a la persona".⁸¹

Claro que hay supuestos en que la responsabilidad civil se orienta a reposiciones «*in natura*», pero probablemente no está ahí la proyección paradigmática que la responsabilidad civil despliega hoy en el mundo jurídico. Su proyección

⁷⁹ Cfr. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "Responsabilidad Civil Ambiental", en VV.AA., *La Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa*, Ecoiuris, Madrid, 2003, pág. 94.

⁸⁰ Así, a propósito de la evolución que ha experimentado la responsabilidad civil en las últimas décadas, se ha dicho por parte de la dogmática civil que "el protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que «todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado, o algo parecido»". Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, "Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba" en J.A. Moreno (director), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 299 y ss.

⁸¹ Cfr. CASTRO, Federico DE, *Derecho Civil de España*, Civitas - Thomson, volumen 2, Madrid, 2008, pág. 38.

paradigmática no se dirige a restablecer concretos derechos y entidades en su propia realidad previa al daño. Consiste, sobremanera, en la reparación integral del menoscabo sufrido por la persona y en atribuirle el correspondiente resarcimiento, por lo común, dinerario. Redunda así en salvaguardia de la esfera jurídica de la personalidad, en cuanto susceptible de lesión jurídica.⁸²

De ahí que la trascendencia práctica actual de la responsabilidad extracontractual estriba en que supone una garantía general indemnizatoria en relación a la esfera jurídica de la personalidad. De esta forma, el ámbito jurídico de la responsabilidad extracontractual redunda hacia un área de indemnidad, personal y patrimonial, que al ser injustamente lesionada por terceros delata el menoscabo y da fundamento y curso a la acción indemnizatoria.⁸³ Consecuentemente, los bienes de la persona enmarcados en su ámbito, tanto patrimoniales como de índole moral, precisan ser defendidos, reparados hacia su integridad; y esa reparación es el cometido informante de la responsabilidad civil, la cual asume un punto de vista fundamentalmente referido al sujeto paciente, al respeto y reposición de su plenitud jurídica.⁸⁴

2.3.2. Tesis ensayada por la doctrina sobre las "otras" funciones que cumpliría la responsabilidad civil

En un ya clásico trabajo, SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU distinguieron diversos tipos de funciones de la responsabilidad civil, contradiciendo con su tesis -a la época de su elaboración- a la doctrina civil tradicional que sostenía que la única función de ésta era, según expusimos en el apartado anterior, la de compensar los daños ocasionados a otros.⁸⁵

⁸² Cfr. LÓPEZ JACOISTE, José Javier, ob. cit., pág. 38.

⁸³ *Ibíd.*, pág. 72.

⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 77.

⁸⁵ Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 9-17 y 101-111. Para otros estudios sobre las funciones que tendría la responsabilidad

Así, afirmaban los autores citados que en el Derecho de daños es posible distinguir: (i) una función demarcatoria; (ii) una función compensatoria; (iii) una función distributiva; (iv) una función preventiva y; (v) una función satisfactiva.⁸⁶ Pero poniendo especial énfasis en la función preventiva que tendría la responsabilidad civil.⁸⁷

Con respecto a la función *demarcatoria*, afirman los autores, que sería aquella que permite delimitar las fronteras de los ámbitos de la libertad de actuación en relación con derechos que son también fundamentales (como, verbigracia, el derecho al honor, a la intimidad, etc.). Bajo esta premisa, recuerdan que en Derecho privado el punto de partida es favorable a la libertad de actuación -y en consecuencia el titular de un bien jurídico debe soportar, en principio, los daños que resultan de su titularidad-, empero, lógicamente, ello no impide desplazar los costos de los daños que una determinada actuación ha ocasionado a un tercero a su autor, siempre que exista un factor jurídico de imputación.⁸⁸

DÍEZ-PICAZO reconoce la existencia de esta función al señalar "hay que coincidir con las opiniones recordadas y reconocer que existe esa denominada «función de demarcación»".^{89,90}

civil, Vid. TUNC, André, *La responsabilité civile*, Economica, París, 1981, págs. 133-161; DIAS, R.W.M. y MARKESINIS, B.S., *Tort Law*, 2nd edition, Oxford Claredon Press, Oxford, 1989, *passim*.

⁸⁶ Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, ob. cit., págs. 103-123.

⁸⁷ Sobre el particular, señalan SALVADOR CODERCH Y CASTIÑEIRA PALOU, "... los partidarios de tener en cuenta las potencialidades preventivas del Derecho de daños ni negamos la indemnización compensatoria ni proponemos su sustitución por un sistema de sanciones ejemplares: de lo que se trata es, en primer lugar, de tener en cuenta que, para ser económicamente eficiente, un sistema jurídico de Derecho de responsabilidad civil ha de poder permitir condenar al demandado a pagar al actor una compensación tal que a este último le hubiera resultado indiferente sufrir el daño y cobrar la indemnización o no sufrir aquél ni cobrar ésta (compensación perfecta)... Por así decirlo, la consideración de función preventiva, además de la compensatoria, precisa y enriquece el concepto de compensación, lo integra, pero no lo sustituye". Cfr. *Ibidem*, pág. 113.

⁸⁸ *Ibidem*, págs. 103-105.

⁸⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 43. Afirma el autor en su obra que "la eventual producción de daños como consecuencia de cualquier actividad humana y la eventual aplicación de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual entrañan o pueden entrañar evidentes limitaciones, que pueden ir desde abstenerse de llevar a cabo la mencionada actividad a

En lo que respecta a la función *compensatoria*, ya se ha señalado en los párrafos precedentes que se trata de la tradicional función atribuida a la responsabilidad civil y que se vincula al ejercicio de una adecuada *justicia conmutativa*, esto es, "la forma más sencilla de justicia, la más elemental, la única que tienen en cuenta, al parecer, las definiciones de Cicerón y de Ulpiano".^{91,92}

realizarla sólo limitadamente bajo ciertas condiciones, adoptando las precisas medidas de prevención que pueden significar especiales sacrificios".

⁸⁹ Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando L., "Los sistemas de responsabilidad civil", en L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Busto Lago (coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, tomo I, 5ª edición, Thomson Reuters - Aranzadi, 2014, pág. 266.

⁹⁰ Es interesante observar que, en países como Argentina, se ha llegado a sostener con respecto a esta función que "puede incluso afirmarse que la función demarcatoria es en la Argentina de hoy una exigencia constitucional de un mismo artículo, que sienta dos principios: la libertad de actuación y el *neminem laedere*". Cfr. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pág. 40.

⁹¹ Cfr. DAVIN, Jean, *Teoría General del Derecho*, trad. Javier Osset, Editorial Reus, Madrid, 2011, pág. 426.

La cita hace referencia a Digesto 1.1.10:

"pr. Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.

1. *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

2. *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*

("Es justicia la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho.

1. *Estos son los preceptos del derecho: vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno lo suyo.*

2. *La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo e injusto".*

En efecto, como expresa este autor "el objeto del derecho ajeno, en la justicia conmutativa, es aquello que pertenece a cada uno originalmente y que vuelve a él a efecto de alguna conmutación. Lo que pertenece a cada uno originalmente su ser físico y moral, las propiedades y las facultades de su ser; sus relaciones, situaciones y cualidades de toda clase, familiares, económicas, comerciales, las obras materiales o intelectuales de que es autor; los bienes externos sobre los que ha adquirido un derecho de propiedad o de uso. Ese *suum* inmediato, que se impone al respeto de todos, sólo hace nacer una obligación general de abstención (es el *neminem laedere*). El *suum* comprende también aquello que, sin pertenecer a otro originalmente, viene a él ulteriormente por el juego de las conmutaciones (comunicaciones y contactos), voluntarias o no voluntarias; así, la cosa o la prestación debida, bien a título de intercambio, bien a título de reparación del daño causado, bien a compensación por un enriquecimiento sin causa a expensas de otro". Cfr. *Ibidem*, pág. 428.

⁹² Sobre la utilización de las voces *justicia conmutativa* y *justicia distributiva* como fines de la responsabilidad civil extracontractual, es interesante hacer notar la opinión de PANTALEÓN, quien afirma: "Debo manifestar desde aquí que no tengo pretensión alguna de haber utilizado las expresiones «justicia conmutativa» y «justicia distributiva» en sus exactos significados aristotélicos. Con dicha pretensión, es opinión mayoritaria en la doctrina alemana que sólo la responsabilidad por culpa es manifestación de la justicia conmutativa: los casos de responsabilidad por riesgo lo son de

Sobre esta función, SALVADOR CODERCH Y CASTIÑEIRA PALOU formulan una crítica directa, manifestando que "desde ahora, hay que hacer notar que la función compensatoria supone una intervención del Derecho civil que tiene lugar *ex post facto*, que renuncia (¡en perjuicio de terceros!), por tanto, a cualesquiera consideraciones *ex ante* que pudieran servir para minimizar la ocurrencia de actos dañosos, consideraciones que son relevantes si se tiene en cuenta la posición del Derecho privado en el conjunto del ordenamiento".⁹³

En relación a la función *distributiva*, los autores en análisis señalan que dicha función se circunscribe a distribuir *ex ante* o *ex post* la estimación económica del daño (en el primer caso, verbigracia, a través de la contratación de un seguro de responsabilidad civil y en el segundo forzando, mediante la condena a indemnizar, transferencias de recursos de dañador a la víctima), preferentemente de los costos sociales y no sólo de los privados.⁹⁴

Esta función es aquella que se encuentra constituida por las diversas especies de distribuciones que todo cuerpo está llamado a efectuar entre sus miembros donde el derecho de un individuo (miembro) queda subordinado a las exigencias del bien del cuerpo al que pertenece.⁹⁵

justicia distributiva. En este trabajo justicia conmutativa es la justicia entre iguales característica del Derecho privado; y justicia distributiva es la que reclama el logro de los objetivos del Estado social, típicamente con instrumentos de Derecho público". Cfr. PANTALEÓN, Fernando, "Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas)" en Fernando Pantaleón Prieto (director), *La Responsabilidad en el derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, N°4, Madrid, 2000, pág. 171.

⁹³ Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, ob. cit., pág. 107.

En un sentido similar, otro autor ha afirmado que "está en duda, asimismo, que ésta sea la función más importante del derecho de daños, al igual que está cuestionado que el derecho de daños sea el único instrumento o el mejor para compensar". Cfr. CANE, Peter, *Atiyah's Accidents, Compensation and the law*, 6th edition, Butterworths, Londres, 1999, pág. 16.

⁹⁴ Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, ob. cit., pág. 107.

⁹⁵ Cfr. DAVIN, Jean, ob. cit., págs. 431 y 433. Para un detallado estudio de acerca de la función de la responsabilidad extracontractual como una cuestión de justicia distributiva, Vid. COLEMAN, Jules, *Risks and Wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 2002. En español, Vid. PAPAYANNIS, Diego, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2014. En particular el capítulo VI de esa obra. En contra de la posibilidad que la responsabilidad extracontractual pueda desempeñar esta función, Vid. PANTALEÓN, Fernando, "Los baremos

A su turno, la función *preventiva* es aquella que tiene por objeto minimizar los costos de los accidentes incentivando comportamientos eficientemente precavidos. La tesis de SALVADOR CODERCH Y CASTIÑEIRA PALOU, en este punto, no pretende identificar la función preventiva como una más del Derecho de daños, sino integrarla en el sistema teórico del Derecho de la responsabilidad civil, bajo la premisa que *no se compensa correctamente si, al hacerlo, no se previene*.⁹⁶ Afirman los articulistas que "no hay ninguna buena razón para que el Derecho de daños no pueda ser utilizado, junto con otras ramas del Derecho, como instrumento para reducir el número y gravedad de los accidentes -para salvar vidas humanas, para preservar la salud y la seguridad de las personas, para proteger la propiedad y la empresa e, incluso, para tutelar bienes jurídicos tan deletéreos como el honor y la intimidad".^{97,98}

Se afirma por un sector de la doctrina que una lectura detenida de la máxima *alterum non laedere*, permite advertir que el principio ordena *no dañar a otro*, lo que precisamente puede lograrse actuando antes de que se dañe.⁹⁹ En consecuencia, estiman que "la observación de que la responsabilidad civil no debe tener por función prevenir daños, porque para ello están otras ramas del derecho que lo pueden hacer mejor, como el derecho penal o el derecho administrativo, implica concebir a la ciencia del derecho no como el todo unitario que es, sino como ramas o compartimentos incomunicados entre sí".^{100,101}

indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas", en *Documentación Jurídica*, N° 81, (1995), págs. 171 y ss.

⁹⁶ Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, ob. cit., pág. 110.

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 117. En un sentido similar, DE CUPIS ya había reclamado esta finalidad preventiva. Vid. DE CUPIS, Adriano, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª edición, A. Giuffrè, Milano, 1979, pág. 572; TUNC, André, ob. cit., págs. 133 y ss.

⁹⁸ Fuera de la responsabilidad civil, ya derechamente en materia de responsabilidad ambiental, es interesante el trabajo de HARDIN, donde se analizan las relaciones entre las normas jurídicas y las estrategias políticas relacionadas con el medio ambiente, y los modelos de justicia que los fundamentan. Vid. HARDIN, Garrett *et al*, *Derecho ambiental y justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2012.

⁹⁹ Cfr. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, ob. cit. pág. 44.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Sobre el punto, resulta interesante la tesis de LLAMAS POMBO quien defiende que la única función de la responsabilidad civil es la *compensatoria-resarcitoria*, pero afirma que el Derecho de daños - como una categoría superior o género- sí posee -y de hecho no puede renunciar a- una función

Finalmente, con respecto a la función *satisfactiva*, ésta consistiría en "buscar la satisfacción o reparación (*Genugtuung*) para el dañado por lo que el agente del daño le ha hecho: satisfacción de la víctima y, su contrafigura, expiación por parte del dañador; el Derecho persigue el restablecimiento del equilibrio alterado por el quebrantamiento del orden jurídico, al menos, en los casos más graves".¹⁰²

Como advierte un autor, esta teoría no deja de ser una variante atenuada de la denominada función *punitiva* del Derecho civil, la cual estaría dirigida a reprochar, reprimir o castigar los comportamientos dañosos una vez que éstos han tenido lugar.¹⁰³

En efecto, "esta teoría se basa en el criterio de que la responsabilidad civil ha de operar como una reacción frente al daño «injusto»; y por ello, debe valorar y reparar el daño no sólo desde un punto de vista estrictamente material, sino también desde un punto de vista jurídico. A partir de dicha valoración jurídica, se admite que el alcance de la reparación puede superar la extensión del daño, al tomar en cuenta otros factores jurídicos como la gravedad de la lesión, la alteración del orden jurídico, e incluso el enriquecimiento obtenido por el agente del daño. Y al mismo tiempo, se

preventiva. En este escenario, a su modo de ver las cosas, el moderno Derecho de daños (como género) se ocupará de la prevención de los daños mediante lo que se conoce como *tutela inhibitoria civil* (como una especie) y de la compensación-reparación de los mismos mediante la *responsabilidad civil* (como otra especie). Vid. LLAMAS POMBO, Eugenio, "Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños", en Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 445 - 478. Con cierto grado de semejanza, Vid. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo DE, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 230-231.

¹⁰² Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, ob. cit., pág. 111.

¹⁰³ Para un completo estudio sobre los denominados *Punitive Dammage* y su posibilidad y conveniencia de traslación a los ordenamientos del *civil law*, Vid. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo DE, *Daños Punitivos*, Civitas - Thomson Reuters, Madrid, 2012. Para una brillante síntesis del problema, Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de...*, cit., págs. 44 - 45, con citas a PIZARRO, RAMÓN DANIEL, "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO I/1982" en VV.AA, *Estudios en homenaje al Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1989, págs. 1231 y ss.; y a KEMELMAJER, Aida, "¿Conviene la introducción de los llamados «daños punitivos» en el Derecho argentino?", en *Disertación pronunciada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública de 26 de agosto de 1993*. También Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo, "Punitive Damage", en Fernando Pantaleón Prieto (director), *La Responsabilidad en el derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, Nº4, Madrid, 2000, págs. 167-191.

reconoce que la «cesación de la actividad» fuente del daño responde a una función satisfactiva de la «reparación» que supera la mera compensación, dirigiéndose a la completa restauración del orden jurídico perturbado".¹⁰⁴

De igual forma, se debe considerar que el restablecimiento del orden jurídico alterado por la comisión del ilícito no es una particularidad del Derecho de daños, sino al consustancial a todo ordenamiento jurídico.¹⁰⁵

Finalmente, se crítica que esta pretendida función de la responsabilidad civil provoca un enriquecimiento injusto en la víctima por valor de la reparación que exceda del daño efectivamente producido.¹⁰⁶

2.3.3. Sobre la pretendida función preventiva de la responsabilidad civil

No es este el lugar ni la ocasión para efectuar un análisis pormenorizado de los argumentos que harían o no plausible el reconocimiento de otras funciones - además de la resarcitoria- a la responsabilidad civil -esta investigación versa sobre la responsabilidad por daño ambiental en la LBGMA, de tal suerte que, como se ha dicho, el presente capítulo es introductorio y auxiliar a los fines que se pretenden en este trabajo-. Empero, creemos necesario manifestar, aunque sea brevemente, nuestra posición frente a tal posibilidad en tanto se refiere a un tópico que se encuentra en estrecha relación con el problema de la naturaleza del régimen de reparación de los daños ambientales.

En este sentido, siguiendo a PANTALEÓN, creemos que ninguna de las notas características de la responsabilidad extracontractual se verifican en la pretendida función preventiva. En efecto, la cuantía indemnizatoria no depende de una mayor o menor necesidad de prevención de la conducta dañosa; tampoco depende de la

¹⁰⁴ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, "Prevención y reparación...", cit., pág. 454.

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Cfr. MANNA, A., "Il risarcimento del danno fra Diritto civile e diritto penale", en *Índice penale*, (1991), págs. 587-614.

mayor o menor peligrosidad de la conducta; ni mucho menos de las fuerzas patrimoniales del agente dañador. Tampoco, desde luego, es admisible una condena indemnizatoria a un individuo sin que exista un daño que deba ser resarcido por ésta, por peligrosa que fuere la conducta que no terminó por infligir perjuicio a otro.¹⁰⁷ Dichas funciones deben ser objeto del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador.

De hecho, si se aceptase la pretendida función preventiva -como una función principal y no como una consecuencia indirecta o refleja, de segunda categoría si se quiere- deberían admitirse dos ideas. Por una parte, ese efecto preventivo resulta imperfecto.¹⁰⁸ Por otra, en la medida en que se obtenga a través de elementos susceptibles de ser calificados como sancionatorios, deberían imponerse sometidos al mismo nivel de garantías que el resto de sanciones del Estado¹⁰⁹, lo cual, desde luego, no parece sostenerse en sana lógica civil.

En tal sentido, pensamos que "la responsabilidad civil extracontractual no es, no debe concebirse como un polivalente (preventivo, redistributivo) instrumento de Ingeniería Social, sino como una institución elemental del Derecho Civil con la muy humilde finalidad de realizar la justicia conmutativa entre dañador y perjudicado -esto es que contempla el daño como un problema interindividual entre dañante y dañado- y obliga al primero a indemnizar al segundo cuando existe una razón de justicia conmutativa (ante todo «culpa», pero también «actividad lucrativa especialmente peligrosa» y «sacrificio en interés ajeno»), que así lo exige-. Esto es lo que quiere

¹⁰⁷ Cfr. PANTALEÓN, Fernando, "Como repensar la responsabilidad...", cit., pág. 172.

¹⁰⁸ Ello queda de manifiesto desde que existen situaciones donde el beneficio obtenido por el agente dañador no se traslada en su totalidad a la víctima. De allí que un correcto efecto preventivo requiere, necesariamente, la incorporación de elementos sancionatorios. Esto permite resolver la inquietud sobre por qué no permitir todo y simplemente hacer responsable al autor de las consecuencias, si la compensación deja indiferente al perjudicado. Sobre el particular, Vid. COOTER, Robert D., "Punitive damage, social norms and economic analysis" en *Law & Contemporary Problems*, vol. 60, Nº 3, (1997), págs. 76-81.

¹⁰⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Introducción. Límites entre el...", cit., pág. 17.

decir que su función normativa es indemnizatoria; de ninguna manera, que sólo cumpla su función cuando el perjudicado es indemnizado".¹¹⁰

Asimismo, creemos que es necesario advertir, como bien observa DÍEZ-PICAZO, que el problema que plantea reconocer en las normas de responsabilidad civil extracontractual una función preventiva es que antes que de nada hay que deshacer el equívoco en punto a qué tipo de prevención es al que se alude.

Con respecto a la denominada *prevención general* tal vez sea posible efectuar el ejercicio de aceptar una función preventiva de la responsabilidad civil; pero en lo que se refiere a la *prevención especial* se debe considerar, como lo ha puesto de manifiesto el análisis económico del derecho, la ecuación entre costos de prevención del daño versus los costos de las indemnizaciones. En tal sentido, es difícil aceptar una función preventiva en aquellas hipótesis en que el costo de ser precavido sea muy alto y el costo del beneficio de no serlo también porque las indemnizaciones no superarán unos márgenes aceptables.^{111,112}

Asimismo, pensamos que aun reconociendo que las condenas civiles conservan un efecto disuasivo real aunque estén garantizadas por un seguro, no es posible soslayar que la disuasión de comportamientos antisociales cuando se realiza en el nivel individual tiene exiguos resultados: la mayoría de los accidentes se producen por el uso de cosas peligrosas y los efectos son casi siempre imputables al

¹¹⁰ Cfr. PANTALEÓN, Fernando, "Como repensar la responsabilidad...", cit., pág. 179 y 190.

¹¹¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, "*Derecho de...*", cit. pág. 48.

¹¹¹ Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando L., ob. cit., pág. 266.

¹¹² En un sentido similar, EGEA FERNÁNDEZ, quien se manifiesta derechamente en contra de la función preventiva de la responsabilidad civil al afirma "en mi opinión es dudoso que cumpla una *función preventiva* que vaya más allá de la mera función de *prevención general...*". Cfr. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente", en José Esteve Pardo (coordinador), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, 1ª edición, Diputación de Barcelona - Civitas, Madrid, 1996, pág. 72. En un sentido casi idéntico, el autor reitera su idea -10 años después- en: EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente", en José Esteve Pardo (coordinador), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, 2ª edición, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2006, pág. 398.

azar o a la imperfección técnica de los objetos o a las dificultades del hombre para conocer sus mecanismos.¹¹³

Es más, como se ha expresado "una causa fundamental de la tan descascarada «crisis de la responsabilidad civil extracontractual» se halla en haber pretendido transformar una institución elemental del Derecho Civil, nacida con la modesta finalidad de realizar la justicia conmutativa entre dañadores y dañados, en un polivalente instrumento de Ingeniería Social".¹¹⁴

Finalmente, y como corolario de las ideas expuestas, creemos, cuando menos, que si resulta discutido en la propia doctrina civil el reconocimiento de otras funciones de la responsabilidad extracontractual -además de la compensatoria/resarcitoria- para resolver los problemas que se presentan en dicha sede, parece muy dificultoso, por ahora y de *lege lata*, admitir la existencia de esas otras funciones con el objeto de construir remedios aplicables a otras ramas del Derecho -como lo es el ambiental- sobre la base de ellas. De allí que los mecanismos jurídicos que mejor se avienen con los fines preventivos siguen siendo el Derecho administrativo y en última instancia el Derecho penal.¹¹⁵

¹¹³ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, "Prevención y reparación...", cit., págs. 453-454.

¹¹⁴ Cfr. PANTALEÓN, Fernando, "Como repensar la responsabilidad...", cit., pág. 175.

¹¹⁵ BARROS BOURIE razona en un sentido similar al expresar que "por cierto el riesgo de ser civilmente responsable genera un incentivo para asumir el comportamiento ambientalmente correcto, estimulando así la adopción de resguardos. De este modo, de forma indirecta y dentro de los márgenes impuestos por la idea de justicia correctiva, la responsabilidad civil cumple una función preventiva en la preservación del medio ambiente. Más allá de este ámbito en que las acciones indemnizatorias y de reparación en naturaleza juegan una función implícita en la prevención general, las políticas públicas, que se expresan en regulaciones, autorizaciones y sanciones administrativas (y en el extremo en ilícitos penales), parecen ser los instrumentos más eficaces de prevención ambiental". Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 791.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN LA LBGMA

A. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO: LA DISPERSIÓN DE SU REGULACIÓN

El artículo 51 de la LBGMA dispone:

"Artículo 51.- Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley.

No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño ambiental contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil".

Como se advierte, la LBGMA establece una prelación normativa de fuentes, en virtud de la cual, para obtener la reparación del medio ambiente dañado, se deberá escudriñar la existencia de leyes especiales -sectoriales- que regulen su restauración, para posteriormente, y sólo en la medida que no existan tales normas especiales, dar paso a la aplicación del régimen ordinario de responsabilidad que ha sido creado y establecido en ella. Finalmente, y con el objeto de integrar eventuales lagunas en la materia, la LBGMA dispone el recurso a las normas de responsabilidad extracontractual reguladas en el Código Civil.

Empero lo anterior, se debe mencionar que los sistemas considerados prevalentes prefieren en aquello que han expresamente normado, pero en ausencia de previsiones normativas expresas permiten que la laguna existente en ellos sea colmada con el sistema más próximo. Así queda patente al leer la norma del artículo 51 de la LBGMA.¹¹⁶

¹¹⁶ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño Ambiental y Responsabilidad...", cit., pág. 148.

En este estado de cosas, se hace palmaria la circunstancia que la regulación de la reparación de los daños ambientales en Chile, mantiene -incluso después de la dictación de la LBGMA- una cierta dispersión normativa, por cuanto, sin perjuicio de la existencia de un régimen ordinario de reparación del daño ambiental, es necesario el recurso a un análisis casuístico de la normativa vigente cuando se quiera obtener la reparación de un componente medioambiental específico.

Habida consideración de lo anterior, en los acápite que siguen pretendemos exponer algunas consideraciones sobre la aplicación de los regímenes de reparación del daño ambiental contenidos en las normas sectoriales. A continuación, expondremos el estado de la cuestión relativa al régimen ordinario de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA, dando cuenta de los problemas que su concepción actual presenta.

Hacemos presente que en otro lugar de este trabajo se analizará la remisión que efectúa la LBGMA al Título XXXV del Libro IV del Código Civil¹¹⁷, en tanto constituye, según dijimos, un régimen subsidiario, del régimen ordinario especial establecido en la LBGMA, intentando elucidar si dicha remisión tiene alguna consecuencia en la naturaleza jurídica del sistema de responsabilidad objeto de la presente investigación.

1. Regímenes específicos de responsabilidad por daño ambiental establecidos en Leyes especiales

Según se indicó más arriba, el inciso 2º del artículo 51 de la LBGMA dispone que los regímenes de responsabilidad establecidos en leyes especiales prevalecen con respecto a las normas que sobre la materia regula la propia LBGMA.

Sobre esta cuestión, tal vez lo primero que se deba decir es que llama la atención que, sin perjuicio de tratarse de una norma destinada a establecer el

¹¹⁷ Vid. infra (capítulo cuarto; 2)

carácter supletorio del régimen de responsabilidad por daño ambiental que crea la LBGMA frente a la inexistencia de un régimen especial, establezca previsiones en orden a cuáles deben ser las características que dichos sistemas normativos deben tener para, precisamente, prevalecer sobre la regulación ordinaria de la reparación del daño ecológico puro.

En efecto, dispone el mentado artículo que sólo primaran las disposiciones contenidas en "leyes" "especiales". Consecuentemente, es posible concluir que la LBGMA sólo estimará preferente a aquellos sistemas normativos que regulan el daño ambiental, siempre que reúnan los siguientes requisitos: (i) tratarse de norma de carácter legal, por cuanto el artículo habla de "leyes", de tal suerte que quedarán excluidas las normas reglamentarias; (ii) tratarse de leyes especiales, esto es, aquellas que se refieran a una forma particular de responsabilidad, a una actividad determinada o a un riesgo, peligro o daño específico de algún componente del medio ambiente; y (iii) tratarse de leyes especiales referidas o que regulen hipótesis de daño ambiental.¹¹⁸

Es importante observar que esta prevalencia que la LBGMA otorga a las normas contenidas en leyes especiales, puede presentar problemas severos de interpretación, como pone de manifiesto VALENZUELA¹¹⁹, por cuanto podría ocurrir que leyes anteriores a la dictación de la LBGMA restrinjan la remediación del daño ambiental sólo a la indemnización de perjuicios.¹²⁰

¹¹⁸ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad...", cit., págs. 148 y 149.

¹¹⁹ Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El derecho ambiental. Presente y pasado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, págs. 318.

¹²⁰ En efecto, este autor ofrece a modo de ejemplo la regulación especial establecida en el D.L N° 3.557, sobre Protección Agrícola, publicado en el D.O de 9 de febrero de 1981, el cual establece en su artículo 36 (Modificado por la Ley N° 20.308 de 27 de diciembre de 2008):

Artículo 36.- Si al aplicar plaguicidas se causaren daños a terceros, ya sea en forma accidental o como consecuencia inevitable de la aplicación, éstos podrán demandar judicialmente la indemnización de perjuicios correspondiente dentro del plazo de un año contado desde que se detecten los daños. En todo caso, no podrán ejercerse estas acciones una vez que hayan transcurrido cuatro años desde la aplicación del plaguicida.

A continuación, pone de manifiesto que tratándose de una "ley especial", y por ende que prima por sobre la LBGMA, podría argüirse que en materia de daño ambiental derivado de la aplicación de

Estimamos que la solución a este problema debe ser construida a partir de la diferenciación estricta que se debe efectuar entre daño ecológico puro o daño ambiental y daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental.¹²¹

Asimismo, creemos que si se llegara a dar una hipótesis donde ambos daños coincidieran, la solución a la que se debería arribar es la misma, en cuanto la reparación del daño ecológico puro se deberá llevar a cabo con arreglo a las normas del régimen ordinario que establece la LBGMA, mientras que la indemnización de los daños civiles individuales se deberá realizar con apego a las normas de la ley especial.

En este sentido, la cuestión puede sintetizarse de la siguiente forma: como la LBGMA no regula los daños civiles particulares derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, la prevalencia de las leyes especiales sólo operará cuando éstas se refieran a la reparación de los daños ambientales o ecológicos puros y no cuando dichas leyes especiales se refieran a la responsabilidad civil dimanante del mismo hecho que causó el daño ambiental.^{122,123,124}

plaguicidas no tiene cabida el ejercicio de la acción ambiental. El autor construye una solución para problema sobre la base del siguiente argumento: "Pensamos, sin embargo, que la prevalencia de la legislación especial debe entenderse circunscrita a las áreas en que sus regulaciones se apartan o entran en contradicción con las de la Ley de Bases, pues de otro modo se estaría ante un efecto desmedido en el que las reglas generales quedarían pospuestas no sólo por lo que establece la legislación especial, sino, también, por lo que no establece -entiéndase por sus omisiones y vacíos-, lo que parece absurdo". Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El derecho ambiental. Presente...*, cit., pág. 318. Somos de la idea que este argumento es correcto, pues creemos que la aplicación de los diversos sistemas normativos no es excluyente sino complementaria.

¹²¹ Así, en el ejemplo propuesto anteriormente siempre se podrá ejercer la acción ambiental para la reparación de los daños -estrictamente- ambientales que se inflijan con ocasión de la aspersión del plaguicida, mientras que para la reparación de los daños civiles personales que deriven del mismo hecho se deberá aplicar -esta vez, por sobre las disposiciones del Código Civil (por principio de especialidad)- la regulación del Decreto Ley N° 3.557. Ello, pues, precisamente, la norma no regula los daños ambientales (en los términos establecidos en el literal e) del artículo 2 de la LBGMA), sino daños a las personas, razón por la cual estimamos que en realidad no existiría la contradicción que apunta VALENZUELA.

¹²² Cuestión que, a nuestro juicio, lamentablemente parece no comprendió el Segundo Tribunal Ambiental, quien en una muy reciente sentencia se declaró incompetente de conocer una *acción de*

En otro estado de cosas, juzgamos que la verdadera relevancia de la prelación de fuentes que establece la LBGMA en relación a los sistemas normativos que se deben aplicar para la reparación del medio ambiente dañado, se verificará sólo si en las "leyes especiales" es posible advertir regímenes de responsabilidad objetiva y en tal sentido, constituyeran una verdadera y sustancial excepción al régimen ordinario

reparación (acogiendo una excepción opuesta por una empresa remolcadora que asistió en labores de descarga a un buque que ocasionó un vertimiento de hidrocarburo en la bahía de Quintero y contra quien se había impetrado la correspondiente demanda de reparación del daño ambiental por parte de la Ilustre Municipalidad de dicho lugar), pasando por alto que las normas en las que se fundó la excepción de incompetencia del demandado (D.L. 2.222, artículo 144 y ss.) regulan la responsabilidad civil dimanante del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental y, por lo tanto, no se refieren a la reparación del daño ecológico puro, circunstancia por la cual no excluyen la aplicación de la LBGMA. En efecto en la sentencia en comento, resuelven los sentenciadores:

"vii) Que, frente a lo recién analizado, este Tribunal no puede más que concluir que carece de la necesaria competencia para conocer y resolver la demanda de daño ambiental sometida a su conocimiento por el demandante de autos, dado que ha quedado claro que el régimen de responsabilidad por los daños derivados de derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas consagrado en el D.L. N° 2.222 prima por sobre el consagrado en la Ley N° 19.300". (Cfr. Iltmo. Segundo Tribunal Ambiental, causa rol D - N° 13-2014, sentencia de fecha 6-05-2014, caratulada "Ilustre Municipalidad de Quintero con ENAP Refinerías S.A. y otro").

Cabe destacar que en el caso particular las normas en juego hacían aún más injustificada la decisión del tribunal, desde que el título que regula la materia en el D.L. 2.222 -y que dicha magistratura entendió se aplica preferentemente a la LBGMA- se denomina precisamente "*De la responsabilidad civil por los daños derivados de los derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas*".

En cualquier caso, sobre el punto, nos parece necesario efectuar una última prevención al tenor de lo dispuesto en el artículo 153 del D.L. 2.222. Ello, por cuanto la norma preceptúa:

- a) De los juicios para exigir la restitución o indemnización de los gastos o sacrificios en que se haya incurrido por la adopción de medidas preventivas razonables para prevenir o minimizar los daños por contaminación que puedan derivar de algún siniestro, cualquiera que sea el lugar en que haya ocurrido, que provocó aquellas medidas o sacrificios;*
- b) De los juicios sobre indemnización de los perjuicios que se causen al Estado...*

Por tanto, podría argüirse que estas disposiciones sí se refieren estrictamente a cuestiones vinculadas a la reparación del daño ecológico puro -y no de los daños civiles dimanantes de él- y en tal sentido llevaría razón el Tribunal Ambiental, pero sólo en cuanto en estas exclusivas hipótesis el régimen del D.L. 2.222 debe ser aplicado con preferencia a la Ley N° 19.300, razón por la cual él sería incompetente.

Empero, se debe señalar, que en el caso concreto que hemos analizado ello no ocurrió así, pues la pretensión ejercida no consistía ni en la acción de repetición del literal a) ni tampoco en una pretensión indemnizatoria por parte del Estado, sino derechamente en la reparación del medio ambiente dañado.

¹²³ Sobre la exclusión de la LBGMA de los llamados daños tradicionales Vid. infra (capítulo quinto; 2).

¹²⁴ En idéntico sentido, BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental...*, 2ª edición, cit., pág. 390, quien expresa "Sin embargo, la preeminencia será sólo en cuanto se trate de normas especiales en materia de responsabilidad por daño ambiental, y no respecto de otras normas sobre responsabilidad por daños en general".

de responsabilidad por daño ambiental.¹²⁵

En esta línea de razonamiento, tradicionalmente se han citado como ejemplos de este tipo de regímenes de responsabilidad estricta u objetiva los establecidos en los artículos 8º y 36 del D.L N° 3.557 -ya citado-; en los artículos 49 y 56 de la Ley N° 18.302, sobre seguridad Nuclear, publicada en el D.O de 2 de mayo de 1984; del artículo 144 del D.L N° 2.222, Ley de Navegación, de 31 de mayo de 1978.

Pero es menester señalar que, luego de un análisis de las normas en comento, pensamos con BERMÚDEZ que "en todas estas hipótesis resulta cuestionable que se trate de casos que correspondan a una responsabilidad ambiental especial, toda vez que el daño que se indemniza corresponde a los daños que sufrieron terceros (en su persona o propiedad) y no el daño en el medio ambiente cuya reparación es lo que estrictamente tiende la LBGMA. En consecuencia, más que tratarse de una responsabilidad ambiental especial, en estricto rigor, se trataría de una responsabilidad civil extracontractual nacida a partir de un daño ambiental".¹²⁶

2. Régimen ordinario de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA. Estado de la cuestión y justificación de su análisis: Su concepción tradicional como un régimen de responsabilidad civil extracontractual

En Chile, el régimen ordinario -o general- de responsabilidad por daño ambiental se encuentra regulado en el Título III, artículos 51 a 63 de la LBGMA. Se trata de un conjunto de normas que fueron incorporadas a través del cuerpo legal

¹²⁵ De hecho CORRAL TALCIANI, piensa que "para evitar una regresión en sectores que han avanzado hacia la objetivación, se dispuso que las normas establecidas en leyes especiales sobre responsabilidad por daño al medio ambiente prevalecerían sobre el sistema subjetivo de la Ley de Bases". Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. I, N° 1, (1999), pág. 84.

¹²⁶ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental...* 2ª edición, cit., pág. 390.

sobredicho en el año 1994 y que tuvieron -y tienen- como finalidad establecer un régimen de responsabilidad que regule la reparación de los daños ocasionados al medio ambiente.

Habida consideración de la naturaleza de la LBGMA, esto es, *una ley de bases*, el régimen establecido en ella es, desde luego, de carácter general, es decir aplicable a todos aquellos casos en que se verifique un daño ambiental y que no exista una norma especial que regule su reparación.¹²⁷ Dicha característica queda de manifiesto al leer el primer artículo destinado a la materia, esto es, el artículo 51 citado anteriormente.¹²⁸

Como se advierte, se trata de un régimen de carácter "general" -aplicable a todos los casos de daño ambiental en que no existan leyes especiales-, pero a su vez "especial", puesto que se aplica, precisamente, sólo ante "*toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes*", esto es, sólo ante *daños ambientales* entendido éste en los términos muy precisos definidos en el artículo 2 letra e) de la LBGMA.

Para obtener la reparación del medio ambiente, la LBGMA creó una acción específica, denominada *ambiental* o de *reparación*, regulada en el inciso 1º del artículo 53, el cual dispone:

"Artículo 53. Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria

¹²⁷ Así lo ha reconocido expresamente nuestra Corte Suprema. Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/3422/2011 (considerando decimonoveno).

¹²⁸ Como bien lo expresa BERMÚDEZ SOTO, "lo que se regula en el Título III de la LBGMA, que comienza con el artículo 51, es precisamente el sistema general de responsabilidad por el daño ambiental. Es decir, en él se contempla todo un sistema normativo, específicamente dirigido a regular la forma en que se responderá por los daños causados al medio ambiente". Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental...*, 2ª edición, cit., pág. 390. La misma idea ya había sido expresada por el autor en: BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "Roles del Consejo de Defensa del Estado en la protección del medio ambiente: Acción ambiental y recurso de protección en materia ambiental" en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XX, (1999), pág. 246.

ordinaria por el directamente afectado".

El ejercicio de la acción se debe impetrar, luego de publicarse la Ley 20.600, de 28 de junio de 2012 que crea los Tribunales Ambientales (LTA), ante el Tribunal Ambiental competente, esto es, aquél del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado.¹²⁹

Es relevante en este punto mencionar que en el régimen chileno la persecución de la reparación del medio ambiente no se encuentra entregada o radicada en la Autoridad administrativa ambiental. En efecto, el *locus standi* ha sido conferido, según dispone su artículo 54, a:

Artículo 54: "las personas naturales o jurídica públicas o privadas que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado".

Así, la legitimación activa se encuentra otorgada a los particulares que *hayan sufrido el daño ambiental*¹³⁰ -según los términos de la ley-; a un órgano público desconcentrado -las Municipalidades- encargado de la administración de una específica zona territorial en conformidad a la competencia que les otorga su Ley¹³¹; y al órgano del Estado encargado de velar judicialmente por los intereses de éste - Consejo de Defensa del Estado-, es decir, no a un órgano específico ambiental de la Administración del Estado que persiga, a través de un procedimiento administrativo, la reparación del medio ambiente.

¹²⁹ Artículo 19 de la LTA.

¹³⁰ Sobre el particular volveremos a referirnos en lo sucesivo, por cuanto estimamos que la enunciación del tipo normativo es erróneo, dado que el daño ambiental lo sufre precisamente el *medio ambiente* y no un particular.

¹³¹ Ley N° 18.695 de 26 de julio de 2006, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades [En adelante LOCM].

2.1. La inquietud sobre la naturaleza jurídica del régimen. Su concepción como un régimen de responsabilidad civil extracontractual. Aclaraciones terminológicas

Frente a esta situación, y ante esas -y algunas otras- peculiaridades del régimen, surge una inquietud esencial que debe ser dilucidada y que resulta determinante para los efectos del presente trabajo, ¿cuál es la naturaleza jurídica del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA?

Como hemos dicho, este cuerpo legal crea un régimen de responsabilidad por daño ambiental que no atribuye a un órgano administrativo ambiental la labor de reparación del daño ecológico puro -esto es, en él no es la Administración Pública la que persigue la reparación del ambiente dañado- pese a que el régimen se encuentra incardinado al Derecho ambiental el cual, a su turno, es Derecho público.¹³² Por ello, la pregunta apremia con mayor inquietud, si el régimen no es de Derecho administrativo, ¿entonces cuál es su naturaleza jurídica?

Probablemente por esta razón -no tratarse de un régimen de responsabilidad administrativa- y sin perjuicio de no existir mayor desarrollo dogmático en la materia - como veremos a lo largo de esta investigación- la visión que la doctrina y la jurisprudencia han sostenido desde un comienzo es que el régimen poseería una naturaleza civil, esto es, que estamos en presencia de un régimen de responsabilidad civil extracontractual.¹³³

¹³² Empero esta conclusión, la circunstancia que la legitimación activa para demandar la reparación del daño ecológico puro se encuentre radicada en el Consejo de Defensa del Estado y en las Municipalidades, otorga tintes administrativistas al régimen, sin perjuicio que dichos órganos carezcan de auto tutela en materia de daño ambiental.

¹³³ Para comprender mejor esta situación, es interesante observar el contexto histórico en el cual se dicta la LBGMA en nuestro país. En efecto, si el Derecho ambiental posee, como rama del Derecho, un nacimiento relativamente reciente -la década de los setenta de la centuria recién pasada, sin perjuicio de poder encontrar precedentes en el Derecho romano como expone JORDANO FRAGA (Vid. JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*, J.M.Bosch Editor, S.A., 1995, págs. 15 a 53)- en Chile su génesis es muy posterior pudiendo probablemente afirmarse que su establecimiento como sistema de Derecho se dio en los años 90. De esta forma, y aún cuando no exista un registro histórico, es posible postular que las fuentes consultadas por los legisladores -y

En este punto, se debe considerar una cuestión terminológica de suma relevancia en torno a la denominación que se da al régimen. Es usual que en doctrina comparada se utilice el término *responsabilidad civil* o patrimonial como sinónimo de *responsabilidad de los particulares* y en contraposición a la *responsabilidad penal* o *administrativa sancionadora* de éstos, o bien para diferenciarla del régimen de responsabilidad patrimonial de la administración.¹³⁴

Pues bien, para los efectos de esta investigación, cuando hablamos de régimen de responsabilidad civil extracontractual nos referimos a la responsabilidad regulada expresamente en el Código Civil y que ha sido desarrollada por la dogmática y jurisprudencia de dicha rama del derecho, es decir, nos referimos a una responsabilidad que se encuentra gobernada por las normas y principios propios del Derecho civil.

la dogmática de la época- fueron el Derecho europeo y muy particularmente de Derecho español. En este sentido, cobra relevancia el hecho que en dicha época en Europa la disputa sobre cuál era el régimen más idóneo para la tutela del medio ambiente se encontraba en pleno apogeo, no habiéndose optado aún por uno de naturaleza pública y administrativa como ocurrió con la dictación de la Directiva 2004/35/CE. En tal sentido, es muy probable que la tendencia a pensar o concebir el régimen de responsabilidad por daño ambiental que creaba la LBGMA, como un régimen exclusivamente de responsabilidad civil extracontractual haya sido influenciado por esta circunstancia. Un ejemplo que nos permite demostrar estos asertos, se obtiene cotejando el artículo 55 de la LBGMA con el literal 2.1.5. (ii) del LIBRO VERDE *sobre reparación del daño ecológico*, que dispone, *grosso modo*, que aquellas actividades que se desarrollan amparándose en un autorización administrativa legalmente obtenida y plenamente respetada por el operador que haya causado daños ecológicos, no deben ser consideradas responsables del mismo. Vid. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social: Libro Verde sobre reparación del daño ecológico*, COM(93) 47 final, Bruselas, 14 de mayo de 1993. [En adelante Libro Verde].

¹³⁴ Para este tema en particular, Vid. LOZANO CUTANDA, Blanca, "La Responsabilidad por Daños Ambientales", en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Tratado de Derecho Ambiental*, Ediciones CEF, Madrid, 2014, págs. 339-390; GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas, *Curso de...*, tomo I, cit., págs. 369-450.

2.2. Necesidad de un análisis profundo sobre la naturaleza jurídica, la extensión y los límites del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA

En este escenario, y como cuestión preliminar, es importante destacar que en nuestro medio jurídico todavía no se ha llevado a cabo, en profundidad, a la luz de las diversas fuentes del derecho, un análisis doctrinario y jurisprudencial del régimen general de responsabilidad por daño medioambiental consagrado en la LBGMA, que permita ofrecer una propuesta de interpretación de sus normas, considerando las particularidades que presentan los daños ambientales y a la luz de los principios generales del Derecho ambiental, haciendo su aplicación más efectiva, o bien que sirva de base para la elaboración de futuras propuestas de modificación a la misma.

Así, nuestro estudio pretende examinar la naturaleza jurídica, la extensión y los límites de este régimen de responsabilidad, precisamente a partir del análisis de las particularidades que presentan los distintos presupuestos necesarios para su configuración.

Para tales efectos se pretenden identificar los errores y virtudes de la visión doctrinaria y jurisprudencial del sistema vigente, lo cual se realizará circunscritos a las hipótesis que guían nuestra investigación y que se refieren fundamentalmente a postular la autonomía y especialidad del régimen de responsabilidad por daño ambiental; así como, a la elucidación respecto a qué régimen se debe aplicar para la *reparación de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*.¹³⁵

Lo anterior se plantea, por cuanto existen limitaciones estructurales de la responsabilidad civil que afectarían sustancialmente la tarea de reparación de los

¹³⁵ Sobre la distinción entre daños ambientales -o ecológicos puros- y daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental -o daños civiles que tengan como antecedente un daño ambiental- Vid. *in extenso*, infra (capítulo quinto; 2).

daños ambientales¹³⁶, y en tal sentido la concepción de la naturaleza jurídica del régimen en términos exclusivamente civiles puede generar inconvenientes que atenten contra los fines y funciones principales del mismo.¹³⁷

De esta forma, a lo largo de nuestro trabajo, nos abocaremos a la descripción y análisis de las particularidades que presentan los elementos que configuran el régimen de responsabilidad por daño ambiental consagrado en la LBGMA, con el objeto de intentar identificar cuál es su auténtica naturaleza jurídica, la cual, a la luz de los indicios que *prima facie* se advierten, parece ser particular y autónoma (o, si se quiere, mixta con presencia de elementos de Derecho privado y Derecho público).

Finalmente, hacemos notar que acompañaremos el estudio con nuestras explicaciones, interpretaciones y críticas, intentando con ello dar cumplimiento a una de las principales labores del jurista, esto es, la dilucidación de los principios jurídicos

¹³⁶ En efecto, y a modo meramente ejemplar, creemos que dos circunstancias demostrarían este hecho:

(i) el daño ambiental tiene un período de latencia prolongado en tanto se manifiesta con bastante posterioridad a su gestación y sus efectos son permanentes en el tiempo -lo que hace necesario probar daños futuros, amén del inconveniente que supone no poder asegurar que las víctimas de un daño civil dimanante de un daño ambiental que accionen no en beneficio propio sino para obtener la restauración de éste último -conforme lo permitiría en principio el artículo 54 de la LBGMA- vayan a destinar efectivamente el monto de la indemnización a la reparación del ecosistema; y

(ii) ello ensombrece la reconstrucción de la cadena casual entre conducta del demandado y daño. (Cfr. BANFI DEL RÍO, Cristian, "De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental", en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, N° 2, (2004), pág.31) y pone de relieve la dificultad de conciliar la razonabilidad y previsibilidad propias de la lógica causalística de la responsabilidad civil (Ibídem, págs. 21 y 22).

¹³⁷ Así lo ha afirmado con entusiasmo, en España, la propia doctrina civil al sostener que "alguna vez he insistido en que la concepción tradicional del instrumento de la responsabilidad civil como medio de reparación de daños causados por y a particulares no es adecuada para resolver los problemas de los daños al medio ambiente. Las soluciones del Derecho civil en general y de la responsabilidad extracontractual son eminentemente individualistas y no sirven, salvo que se cambien sus postulados, para dirimir otros conflictos que no sean estrictamente privados". Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "¿Es oportuno una Ley de Responsabilidad Civil Medioambiental?", en *Diario la Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-34, N° 1, (1998), versión electrónica proveída por la Universidad de Valladolid, pág. 34. En este mismo sentido la doctrina administrativista, por todos, Vid. LOZANO CUTANDA, Blanca, "La Responsabilidad por Daños Ambientales"..., cit., pág. 350.

que informan su disciplina.¹³⁸

B. OBJETO TUTELADO POR EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDO EN LA LBGMA: EL MEDIO AMBIENTE O UNO O MÁS DE SUS COMPONENTES

Responder a la pregunta ¿qué es el *medio ambiente*? constituye probablemente una de las cuestiones más complejas e inextricables que se presentan para el jurista que desarrolla su labor en el ejido del Derecho ambiental. Es una materia que, con seguridad, en todos los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados, sería un tema que de suyo podría ser objeto de un trabajo como este.

De hecho, es una cuestión de la que cualquier dogmático que estudia esa disciplina ambicionaría escapar, pero a la cual se encuentra irremediabilmente atado y, en consecuencia, compelido a analizar, desarrollar y criticar. En efecto, y como ha dicho un autor "pareciera que todos sabemos lo que es el medio ambiente, hasta que intentamos definirlo".¹³⁹

En este estado de cosas, encontrándonos, según se dice, irremisiblemente obligados a acometer dicha tarea, la circunstancia de que nuestro trabajo se encuentre referido al Derecho chileno, y en concreto a una institución regulada en una ley específica, nos proporciona algún grado de satisfacción, por cuanto nos permite desarrollar el análisis circunscritos a un marco expresamente delimitado por la norma.

Lo anterior se dice, porque el concepto de *medio ambiente* a los efectos de la LBGMA, y en consecuencia a los de la responsabilidad por daño ambiental que dicho cuerpo normativo regula, se encuentra expresamente definido en ese texto legal y, por tanto, al jurista que quiera desarrollar dogmáticamente el concepto no le cabe

¹³⁸ Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Manuel Rodríguez Molinero, Editorial Ariel Derecho, 2ª edición, Barcelona, 2001, pág. 298.

¹³⁹ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad...", cit., pág. 153.

más que interpretarlo en sus precisos términos, sin que pueda proponer *contra legem* algo que implique exceder los márgenes de lo dispuesto por la ley.¹⁴⁰

En tal sentido, en este trabajo nos focalizaremos en indagar exclusivamente cómo debe ser comprendido e interpretado el término dentro de los márgenes del régimen de responsabilidad por daño ambiental que establece la LBGMA.^{141,142}

¹⁴⁰ En un sentido similar al nuestro, véase CUBILLOS PRIETO, quien señala "si bien, como se ha indicado «son innumerables las conceptualizaciones ensayadas para definir o describir el medio ambiente», tal problema no se presenta en el caso de la legislación chilena, toda vez que la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente define, para todos los efectos legales, al medio ambiente como...". Cfr. CUBILLOS PRIETO, Gonzalo, "La extensión de la garantía constitucional referida al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", en Enrique Navarro (editor), *20 años de la Constitución Chilena 1981- 2001*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2001 pág. 259.

¹⁴¹ La bibliografía sobre las diversas orientaciones jurídicas que se han ensayado con respecto al término *medio ambiente* -que podríamos agrupar en tres: (i) naturalistas o ecologistas; (ii) antropocéntricas; y (iii) eclécticas-; es inabordable. Empero, para una visión panorámica, arbitrariamente, podemos sugerir la revisión de las obras de: BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho ambiental...*, 2ª edición, cit., págs. 60-69; BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2014, págs. 435-557 y 633-723; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*, Aranzadi, Navarra, 1996, págs. 19-28; JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho...*, cit., págs. 55-112; JORDÁ CAPITÁN, Eva, *El Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 92-109; KRAMER, Ludwing, *Derecho Medio Ambiental...*, cit., págs. 1-33; LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho Ambiental Administrativo...*, cit., págs. 63-79; MACERA, Bernard-Frank, *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 79-92; MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Ambiental*, 3ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 21-34; MIGUEL, Carlos DE, *Derecho español del...*, cit., págs. 31-37; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, "Concepto del Medio Ambiente", en Luis Ortega Álvarez y Consuelo Alonso García (directores), *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 31-52; SIMÓN YARZA, Fernando, *Medio Ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, págs. 13-45 y *passim*; SORIANO GARCÍA, José Eugenio y BRUFAO CURIEL, Pedro, *Claves de Derecho Ambiental*, tomo III, Iustel, Madrid, 2013, págs. 15-26.

¹⁴² Sin perjuicio de lo dicho en la nota precedente, intentando exponer una brevísima síntesis sistemática de la forma en que la doctrina ha abordado este asunto, y siguiendo a un autor, podemos señalar que "desde el punto de vista de los componentes que constituyen el ambiente, habitualmente se practica la idea de dividir los diversos enfoques distinguiendo las posiciones restrictivas de las extensivas... Los autores que participan de la corriente restrictiva, suelen poner el acento en dos factores que caracterizan esta aproximación. En primer término, apuntan al tipo de elementos que integran el ambiente, jurídicamente considerado. En tal perspectiva, serían parte de aquél, sola y exclusivamente, los elementos naturales y, dentro de éstos, únicamente el agua y el aire; o, además, el suelo, la flora y la fauna. En segundo lugar, para cierta tendencia, inserta en esta posición restrictiva, se incluye como segundo factor el tratarse estos elementos naturales, de bienes de titularidad común... Característico del sector de la doctrina que ve el ambiente en un sentido extensivo, es considerar como jurídicamente ambiental no sólo los elementos naturales. En esta línea de

Esto nos parece un ejercicio correcto, por cuanto independiente de cual sea la concepción de *medio ambiente* a la que se adscriba -en la basta elaboración jurídica que se ha hecho de él- la única que realmente importará a efectos de la responsabilidad por daño ambiental de la LBGMA, insistimos, será aquella que fue plasmada en ese cuerpo legal.

Sin perjuicio de lo anterior, y sobre la base de que, según se analizará, las definiciones de la LBGMA parecen no ser vinculantes ni mucho menos interpretativas de la CPR, es necesario, primeramente, referirse a la construcción jurídica que se ha efectuado respecto del concepto de medio ambiente en sede constitucional, por cuanto, no obstante situarse dicha cuestión fuera de los contornos de nuestra investigación, la importancia que deviene de tratarse de una materia regulada en la Carta Magna hace imperativo su análisis en tanto ninguna ley puede ser interpretada de forma tal que contravenga la CPR.

Antes de dar paso a nuestro análisis, quisiéramos exponer una última consideración preliminar que dice relación con la terminología *medio ambiente* que se utiliza en este trabajo.

Al respecto, se debe señalar que si bien compartimos la opinión de los autores que creen que existe una "clara redundancia del empleo acumulativo de los términos «medio» y «ambiente»"¹⁴³, igualmente utilizamos las voces en comento, dado que, como ellos mismos lo reconocen, es una terminología aceptada y recepcionada por

pensamiento, pueden diferenciarse, aunque no con cierta dificultad, tres posiciones. Para una de ellas, dentro del ambiente debieran comprenderse los componentes artificiales construidos por el hombre. En la otra, se encuentran aquellos que adicionan los factores culturales e históricos. Por último, se distinguen quienes propugnan un concepto, más descriptivo, sintético o sistemático, es decir, que no indican concretamente de qué tipo de bienes y elementos se compone el ambiente, pero insinuando un campo sumamente extenso en dicha nomenclatura. Se podría incluir en este enfoque doctrinario, no tanto por su carácter -descriptivo-, sino por su nueva mirada, a los autores que leen el ambiente como un bien jurídico, básicamente unitario y autónomo". Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile*, 2ª edición, Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, 2010, págs. 21-24.

¹⁴³ Cfr. MACERA, Bernard-Frank, ob. cit., págs. 79-80; MARTÍN MATEO, Ramón, ob. cit., pág. 21; y en Chile, BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental...*, 2ª edición, cit., págs. 60-70.

la Asociación de Academias de la Lengua Española y por la propia CPR y la LBGMA, de manera tal que posee un uso expreso en la norma, es utilizado en la literatura jurídica, está ampliamente difundido y es conocido por todos, razón por la que estimamos que un cambio en los giros idiomáticos más que favorecer la comprensión del objeto de estudio podría labrar confusión o dar espacio a interpretaciones indeseadas.

1. El medio ambiente en la Constitución Política de la República

El artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República preceptúa:

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

8°.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;

A la luz de lo dispuesto en la norma transcrita, pensamos que la primera consideración en la que se debe reparar, aun cuando parezca una cuestión de Perogrullo, es que se advierte que la CPR regula el medio ambiente -o se pronuncia sobre éste- únicamente a propósito de una de las garantías que establece en favor de las personas, en concreto, a propósito del *derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación* que consagra en favor de todos los seres humanos que habitan en nuestro país.

En tal sentido, se advierte que no existe en el texto constitucional una regulación del concepto *medio ambiente* ni tampoco una referencia a qué se debe comprender por éste, precisamente, porque la tutela constitucional que se

reglamenta en la Carta Magna no está dada para protegerlo en cuanto tal¹⁴⁴, sino solo en cuanto es el *entorno que permite el desarrollo de la vida de los seres humanos*.¹⁴⁵

En este escenario, es posible percibir que existe una profunda diferencia entre la regulación del medio ambiente que se establece en el texto constitucional -referido a proteger a las personas en un aspecto específico, como lo es cautelar el medio en el que se desenvuelven- de aquel que se proporciona en la LBGMA.

En este último, la protección está dada *para* el medio ambiente, es decir, se otorgan herramientas para el resguardo del sistema global. Mientras que en el artículo 19 N° 8 no se consagra el derecho a un medio ambiente incontaminado, sino el derecho a vivir en él. Ello pone de relieve que el derecho garantizado por la CPR tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son los hombres y mujeres («todas las personas» dice el artículo 19 en su encabezamiento).

¹⁴⁴ Como expresa uno de los comisionados de la *Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile* [C.E.N.C.], que fue el órgano encargado de redactar las normas constitucionales vigentes, "esta garantía constitucional cautela el bien jurídico de vivir en medio ambiente libre de contaminación y no alcanza, por tanto, otros valores ecológicos y de preservación o conservación del patrimonio natural o cultural. La tutela jurídica de la naturaleza es un encargo al Estado, pero no adquiere, en el texto constitucional, caracteres de un derecho reconocido o asegurado a los seres humanos. En consecuencia, la Constitución no pretende, por imposible, como quedó constancia en el debate transcrito, la existencia de un medio ambiente incontaminado, puro, limpio; lo que asegura es el derecho a un medio en que se esté produciendo un proceso de limpieza y purificación del ambiente en que viven las personas". Cfr. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 311.

¹⁴⁵ Es decir, la CPR se ocupa del medio ambiente sólo en cuanto éste es un elemento que se debe proteger para consagrar positivamente y en forma eficaz *un derecho humano* -el vivir en un ambiente adecuado para su desarrollo-, esto es, se regula una de "aquellas facultades que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional". Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, pág. 51. EVANS DE LA CUADRA señalaba al respecto "el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación es un derecho específico para las personas naturales, para los seres humanos, consecuencia del derecho a la vida, la integridad física y psíquica y del derecho a la salud. Por consiguiente, no es un precepto de carácter económico, sino el reconocimiento de un derecho humano y no beneficia a las personas jurídicas, sino sólo a las personas naturales". Cfr. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 311.

Este razonamiento que sostenemos ha sido reconocido por la doctrina nacional donde se ha dicho que "en segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de protección, la tutela [de la LBGMA] no está sólo circunscrita a lesiones al medio ambiente que afecten la vida del hombre, sino que la ley es clara en señalar que se trata de un sistema que rige y condiciona la existencia de la vida, pero en sus múltiples manifestaciones, como cuando se daña a la flora, ambientes no habitados (como construir una carretera en la Patagonia), etc., casos que, por no importar «contaminación» a «personas», no han encontrado protección en la sede constitucional, ni siquiera en su fase de amenaza".^{146,147}

En este sentido, la CPR conceptualiza y disciplina la tutela del *medio ambiente* sólo en un aspecto muy particular del mismo: como elemento indispensable para el desarrollo de la vida humana. Mientras que la LBGMA lo hace en un espectro amplio, amplísimo, como una realidad omnicomprensiva según se verá algunas líneas más adelante.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Cfr. DELGADO SCHNEIDER, Verónica, "La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras", en *Revista de Derecho Universidad de Valdivia*, vol. XXV, N° 1, (2012), pág. 52. De hecho, la autora pone de manifiesto que: "la garantía constitucional establece que la Constitución asegura a todas las «personas» el derecho a «vivir» en un medio ambiente «libre de contaminación». Por ello, y entre otras razones se rechazó, por ejemplo, el recurso destinado a parar la muerte de lobos de mar por la autoridad por afectar las redes de los pescadores. La Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia que señalaba «No obstante, lo analizado en los fundamentos anteriores, es del caso señalar que el recurso de protección... está dirigido a proteger a las garantías constitucionales de las personas y no alcanza su ámbito de protección a otros seres vivientes, lo que hace imposible impetrar, a través de esta vía, una tutela sobre estos mamíferos marinos (considerando 10º)».... Sentencia C.S., 25.02.99, «*Sociedad de amigos de los animales con subsecretaría de Pesca*», Recurso de Protección, Rol 259 - 1999, N° Legal Publishing: 15724".

¹⁴⁷ Un fallo de nuestro Tribunal Constitucional ratifica muy bien esta cuestión. En efecto, en el caso denominado de los *relaves del Estero Carén*, dicha magistratura afirmó "no es suficiente para acreditar la existencia de una situación de riesgo que ponga en peligro los derechos a la vida e integridad física y psíquica de las personas el que las aguas del curso de un río no sean aptas para el consumo humano". (Vid. STC 577 - 2006, c.14). Como se advierte, en sede constitucional, para los sentenciadores la contaminación de las aguas del estero no revistió ninguna relevancia en la medida que no afectaron la salud e integridad de las personas.

¹⁴⁸ Vid. infra (este capítulo; 2).

Bajo este prisma, y comoquiera que la CPR regula el medio ambiente a propósito de una garantía que otorga a las personas, resulta evidente que la noción constitucional del medio ambiente es rigurosa y directamente antropocéntrica y por ende más restrictiva que la de la LBGMA.

En tal sentido, "la Constitución no pretende cautelar en forma concreta otros bienes jurídicos, como las bellezas naturales, el paisaje, la intangibilidad y preservación de los recursos que la naturaleza pone a disposición de los hombres, las aguas, los bosques o la defensa de una política ecológica determinada. Estos son elementos de la vida social que pueden ser protegidos por textos legales en que se cumpla el encargo hecho al Estado de tutelar la preservación de la naturaleza".^{149,150}

¹⁴⁹ Cfr. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, ob. cit., pág. 312. En un sentido idéntico, SOTO KLOSS quien expresa "la preservación de la naturaleza, la protección o cuidado de los recursos naturales, el hábitat de los peces o las aves o los animales, es un deber jurídico puesto a la carga del Estado y de sus órganos que la ley cree al efecto; es una de las funciones del Estado, y es una de las competencias atribuidas por la ley (art. 62 inc. 4º N° 2 de la Constitución) a determinados órganos estatales (v.gr. CONAF, etc.), pero ello nada tiene que ver ni se encuentra incluido en el derecho fundamental, subjetivo, individual, que se le reconoce a cada persona por el constituyente para vivir en un medio ambiente libre de contaminación". Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

¹⁵⁰ En la historia fidedigna del establecimiento de esas normas, existe un antecedente que reafirma esta cuestión, así en las Actas de la C.E.N.C. se indica:

"El señor Ortúzar (Presidente) observa que, en una indicación primitiva, el señor Evans abordaba algunos aspectos que no están consignados en el texto de la nueva, motivo por el cual se pregunta si su autor ha considerado que tal vez podrían ser materia de un precepto distinto o si, simplemente, no lo tuvo presente; pero, insiste, esa indicación primitiva se refería también a la obligación del Estado de preservar el paisaje, el patrimonio histórico y artístico del país.

Consulta al señor Evans acerca de si él cree que ese aspecto debiera ser materia de otra disposición, por lo que nada debiera decirse a su respecto en el precepto en debate.

El señor EVANS informa que eliminó la referencia señalada por el señor Presidente, porque, cuando presentó esa indicación, hubo un comentario en la Comisión que le pareció muy adecuado en el sentido de que parecía que estaban confundidas dos ideas: una, relativa al medio ambiente, a lo que propiamente se llama equilibrio ecológico -materia muy específica y determinada-, y otra, concerniente a todo aquello que constituye la preservación del paisaje, vinculado al patrimonio cultural y artístico.

El señor DÍEZ acota que de esa manera la defensa del patrimonio ecológico aparece como disminuida.

El señor EVANS afirma que, exactamente, ello es así.

Entonces, prosigue, aparecían mezcladas una serie de ideas que no convenía consignar en un mismo precepto. Señala que no tiene mucha seguridad en cuanto a que se deba consignar un precepto separado respecto de la preservación, conservación o cuidado del patrimonio cultural, artístico, histórico y general del país, porque, si bien tiene evidentemente muchísima

Pero además, pensamos que esa tutela está circunscrita sólo a los elementos naturales del ambiente. En tal sentido, compartimos la opinión de GUZMÁN ROSEN, quien resume y justifica esta tesis en forma, a nuestro juicio, certeramente elocuente, razón por la cual permítasenos exponer *in extenso* su postura:

"Sostengo que en sede constitucional se ha querido expresar que el ambiente se conforma únicamente por elementos naturales. En primer lugar, porque, como se tendrá oportunidad de estudiar, los dos deberes que en el artículo 19 N° 8 CP[R] se le adjudicaron al Estado son complementarios: uno se refiere a la tutela del derecho en sí, mientras el otro escapa de la esfera de lo subjetivo para adentrarse en el campo de lo objetivo, cualificándolo y especificándolo, entendiendo que debe hacerse cargo de la *preservación de la naturaleza*.

Esto constituye una primera señal inequívoca en el sentido que la CP[R], de lo que realmente se ocupa, es de los factores bióticos y abióticos del ambiente en tanto integrantes de la naturaleza; y en segundo lugar, porque aunque el artículo 19 N° 24 CP[R] se refiere a las limitaciones y obligaciones impuestas sobre la propiedad, tendentes a conservar el patrimonio ambiental, según se lee de la discusión acerca de la locución «patrimonio ambiental», la C.E.N.C. la entendió originariamente referida a un elemento que formaba parte de la

importancia -hay debates en este momento acerca de la demolición de algunos edificios tradicionales, tema en el cual el Colegio de Arquitectos está interviniendo en forma activa-, la verdad es que se encuentra con que en la legislación positiva nacional hay tanto precepto que aborda esta materia, que resulta muy difícil encontrar una senda constitucional. Por ejemplo, la ley que acaba de crear el servicio Nacional de Turismo entrega a este organismo ciertas atribuciones en el campo de la colaboración para preservar el patrimonio artístico y cultural del país como medio de atracción turística; y lo mismo ocurre en lo tocante a la conservación del paisaje. Hay una norma expresa en el decreto ley N° 1.224, de 8 de noviembre de 1975 -que creó el servicio mencionado- que se refiere específicamente a este punto. Opina que, además, algo tiene que decir en esta materia el Ministerio de Educación y, asimismo, los colegios profesionales vinculados al tema o que puedan tener interés en él.

De manera que le parece extraordinariamente difícil abordar un precepto constitucional relativo a la preservación o cautela del patrimonio artístico y cultural y del paisaje. Parece, agrega, que no fuera indispensable proceder así, y opina que, desde luego, considerarlo en este precepto -que sí tiene una trascendencia enorme- le resta énfasis. Por eso fue que lo eliminó. (Cfr. ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, sesión 182ª, celebrada en miércoles 14 de enero de 1976 disponible en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_C_omision_Ortuzar.pdf.

integridad territorial del país, con el objeto de defenderse de actos realizados por otros Estados que pudiesen afectar su soberanía y, con ello, incidir en su derecho de mantener a sus habitantes libres de contaminación. Luego, es claro que ese atentado a tal prerrogativa estatal no podía sino derivar de una alteración en los componentes naturales del ambiente dentro de sus fronteras circunscrito".^{151,152,153}

¹⁵¹ Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *La regulación constitucional del ambiente...*, cit., pág. 35.

¹⁵² Contra esta opinión, véase CEA EGAÑA, quien expone "agregamos que, en nuestro concepto, del texto constitucional puede desprenderse cierta tendencia a la aceptación de la ecología en su visión extensa y, por lo tanto, comprehensiva de la contaminación en su acepción amplia." (Cfr. CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, 2ª edición, Ediciones UC, Santiago, 2012, pág. 314.) Empero, el autor reconoce, a reglón seguido, que "... aclaramos que los tribunales han optado hasta la fecha, por la acepción restringida, la cual, lo reconocemos, fue también la considerada en la Comisión de Estudio, ya que, de otro modo, podría llegarse a la paralización de actividades empresariales necesarias para el normal desenvolvimiento de la sociedad... Resumiendo el criterio actual de la jurisprudencia y doctrina chilena, manifestamos que coinciden en dar al precepto un significado al medio ambiente natural, es decir, la contaminación del agua, el aire o atmósfera, de los alimentos y bebidas, por ejemplo. Pero en la Ley de Bases se hallan preceptos que permiten defender la tesis amplia, v.gr., los contenidos en la letras h) y l) de su artículo 1 (SIC)". (Ibídem, págs. 314-315). También contrario a la tesis restrictiva sobre el concepto de *medio ambiente* utilizado por la CPR, a los efectos de la tutela que proporciona, se manifiesta CUBILLOS PRIETO quien expresa "si lo que la Constitución en definitiva protege es el derecho del hombre a un desarrollo sustentable, necesariamente debe entenderse que la garantía constitucional comprende la conservación de los recursos naturales". (Cfr. CUBILLOS PRIETO, Gonzalo, ob. cit. pág. 263-265 y *passim*). No obstante, a nuestro juicio, el autor yerra en su análisis. En efecto, él distingue -correctamente- tres esferas de tutela del medio ambiente (el uso sustentable de los recursos naturales renovables; la regulación de la contaminación; la protección y conservación de los recursos artificiales y socio-culturales). Pero luego, al estudiar la doctrina existente, asume que lo que está afirma es que la CPR no tutela la protección de los recursos naturales y sólo se ocupa de la contaminación del ambiente. En este sentido, lo que pasa por alto el articulista, es que la doctrina afirma que la CPR no tutela los recursos naturales *en cuanto tales*, no otorga una protección *directa al medio ambiente* protegiendo los recursos naturales; pero nadie discute que éstos sí son protegidos en cuanto afecte directamente el desarrollo de la vida del ser humano, es decir, se protegen en cuanto su vulneración afecte la garantía establecida en favor de las personas.

¹⁵³ Nuestra Corte Suprema, en un fallo citado hasta la saciedad por un sinnúmero de autores (Vid. entre otros, VERDUGO MARINKOVIC, Mario *et al.*, *Derecho Constitucional*, tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 295; CEA EGAÑA, José Luis, ob. cit., pág. 316; CUBILLOS PRIETO, Gonzalo, ob. cit., pág. 262; GARCÍA PINO, Gonzalo, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia medioambiente", en Gonzalo Aguilar Cavallo (coordinador), *Evaluación Ambiental, Participación y Protección del Medio Ambiente*, Librotecnia, Santiago, 2013, pág. 32; VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Ediciones UC, Santiago, 2006, pág. 300.), al intentar precisar, entre otras, la definición de medio ambiente que utiliza la CPR, hace una mención al *desarrollo de la vida* sin explicitar que se trata de los *seres humanos*, lo cual podría permitir sostener la tesis de CEA EGAÑA expuesta en la nota anterior. Señaló en dicha oportunidad el máximo tribunal:

En síntesis y recapitulando, la diferencia más elemental que existe entre el concepto de medio ambiente dentro del contexto del *derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación* (regulado en la CPR) y el concepto de medio ambiente como elemento que *dañado significativamente debe ser reparado* (según lo dispone la LBGMA), se circunscribe a que en el texto constitucional "el medio ambiente es considerado como el entorno de desarrollo del ser humano y es funcional a éste y, por lo tanto, en ello radica su valor y su necesaria protección como bien jurídico"¹⁵⁴, protección que es restringida únicamente a la persona humana; mientras que en la LBGMA, como se verá a continuación, todo indicaría que estamos en presencia de una noción extensa, comprensiva -casi- de todo cuanto existe en la realidad.

2. El medio ambiente y sus componentes en la LBGMA

La LBGMA define expresamente qué debe entenderse por medio ambiente - cuando menos en lo que respecta a las instituciones que dicha normativa regula- en su artículo 2 letra II). En efecto, dispone dicho precepto:

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

*II) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.*¹⁵⁵

"El medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y la fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los órganos y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida". (Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 19.824 - 1985, sentencia de fecha 21-08-1985, caratulada "Palza Corvacho, Humberto con Director de Riego de la I Región y Otros". Considerando 10º).

¹⁵⁴ Cfr. VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, "Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental", en *Revista de Derecho Público*, N° 80, (2014), pág. 154.

¹⁵⁵ En el Mensaje Presidencial con el cual se dio tramitación al Proyecto de Ley enviado por el ejecutivo al Senado, se definía, en la letra h) de su artículo 1, *Medio Ambiente* como: "el sistema

A la luz de la definición transcrita, lo primero que se advierte es que para la LBGMA el *medio ambiente* posee una naturaleza amplia, omnicomprendiva si se quiere, por cuanto abarca no sólo elementos físicos, químicos y biológicos, sino también elementos culturales e incluso sus interacciones.^{156,157}

ecológico global formado por componentes naturales y artificiales, tanto físicos como biológicos y las interacciones de todos estos elementos entre sí, en el cual se sustenta y favorece la existencia y desarrollo de la vida". Vid. HL19.300, pág. 20. Asimismo, se definía, en el literal m), del mismo artículo, *Patrimonio Ambiental* como: "los recursos naturales renovables y demás componentes del medio ambiente". Vid. Ídem.

Esta última definición, no obstante, fue eliminada del texto definitivo de la Ley, probablemente, como afirma un autor, "por considerársela incluida en la definición del medio ambiente". Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad...", cit., pág. 160.

¹⁵⁶ Es interesante, y un elemento a considerar, el reproche formulado por CORRAL TALCIANI, quien señala "la definición es criticable desde un punto de vista jurídico, ya que resulta tan abierta que impide incluso distinguir las acciones propiamente dañosas del medio ambiente, de aquellas que se integran a él e interactúan con los demás elementos conformando el sistema global al que se refiere la ley. En otras palabras, también la tala de un bosque nativo, la emisión de tóxicos, el vertido de sustancias químicas, puede ser considerado en estricta lógica como elementos artificiales o socioculturales que se unen a los demás para conformar el sistema global que «rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones»". Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de impacto ambiental...", cit., pág. 81.

En otra ocasión, en el mismo sentido, este autor manifestó que "en todo caso, el haberse conceptualizado el medio ambiente incluyendo los elementos socioculturales y considerando la acción humana como una de las formas de interacción de los elementos que lo componen, se hace muy compleja la labor de distinguir la acción humana dañosa del medio ambiente de la acción humana meramente modificatoria y, a su vez, integrante del medio ambiente. Dogmáticamente, estaría justificada la conclusión de que las definiciones de medio ambiente y daño ambiental se repelen, puesto que la misma conducta humana que altera las condiciones existentes del medio ambiente, no podría ser nunca considerada «dañina» o «nociva», sino mera variación o modificación de un medio ambiente en permanente cambio. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad...", cit., págs. 164-165.

¹⁵⁷ En tal sentido, no cabe duda que la definición de la LBGMA adscribe a aquellas tendencias que conceptualizan el medio ambiente en forma amplia, incluyendo no sólo los elementos naturales, sino también los incorporados por el hombre (artificiales), los factores culturales, históricos, etc. Bajo este supuesto, merece la pena mencionar que se trata de una concepción muy semejante a la que se formulara en un histórico fallo del Tribunal Constitucional Español, donde se afirmó que:

"Así el medio ambiente como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por los recursos naturales (...). La flora, la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres "reinos" clásicos de la Naturaleza con mayúsculas, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural. Sin embargo ya desde su aparición en el ordenamiento jurídico en el año 1916, sin saberlo, se incorporan otros elementos que no son Naturaleza, sino Historia, los monumentos, así como el paisaje, que no es sólo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto de cada época". (Vid. STC 102/1995 de 26 de junio de 1995).

"Es un término amplio que involucra todo lo que rodea a los seres vivos. En el hecho, lo que ésta definiendo la ley es la biosfera o ecosfera, como también se llama, que comprende todo aquello que se encuentra dentro de los límites físicos de la existencia de la vida en el planeta y que abarca la litosfera, de una cierta profundidad en la tierra, la hidrosfera, desde el fondo oceánico, hasta la atmósfera.

Es decir, todo aquello en que se manifiesta la vida desde las profundidades del océano hasta los 7.500 metros de altura, aproximadamente, sobre el nivel del mar, todo lo cual forma la delgada capa de 16 kilómetros en que se manifiesta la vida en la tierra, llamada biosfera".^{158,159}

Estas notas distintivas de la definición legal de la LBGMA han sido subrayadas por la doctrina señalándose que deben destacarse aquí tres conceptos muy positivos contenidos en la definición transcrita: (i) la inclusión de elementos naturales, artificiales y socioculturales como componentes del medio ambiente; (ii) la modificación de éstos en el tiempo; y (iii) la consideración del medio ambiente como un sustrato *neutro* que rige y condiciona la vida.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Cfr. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental Chileno*, 3ª edición, LegalPublishing - Thomson Reuters, Santiago, 2013, pág. 19.

¹⁵⁹ En un sentido similar, VALENZUELA FUENZALIDA expresa "una tal definición del medio ambiente no deja lugar a parcelas de la realidad que escapen a la esfera de lo ambiental, lo que no puede ser de otro modo, por lo demás, si se acepta que el rasgo distintivo de lo medioambiental [no] radica en versar sobre una parcela propia y diferente de la realidad, sino en «leer» la globalidad de la realidad a partir de una percepción sistemática de la organización de la vida y de los factores que la rigen, la sustentan y la condicionan". Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 319. En otra ocasión, este mismo autor señaló que concibe el medio ambiente como "un sistema ecológico, o, más precisamente, como un acoplamiento organizado de subsistemas ecológicos funcionalmente independientes... los subsistemas ecológicos y los problemas ambientales conexos a ellos van desde lo abiótico o ámbito de lo inerte como el aire y el agua, por una parte, a los biótico o sector ecológico de los elementos vivos compuesto por el hombre, los animales y vegetales, de otra". Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *Medio Ambiente en Chile*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1985, págs. 338 - 339. También adscribe a la tesis que concibe el medio ambiente en un sentido amplio, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente adecuado. ¿Qué protege? ¿A quiénes protege?", en *Gaceta Jurídica*, N° 232, (1999), Pags. 10 - 11.

¹⁶⁰ Cfr. FÁVERO VALDÉS, Gabriel DEL, ob. cit., pág. 7.

Ello, por cuanto "la versión propuesta originalmente por el Ejecutivo restringía los componentes del medio ambiente sólo a aquellos de carácter natural, olvidando que el mismo también es producto de la actividad del hombre, de la cultura, de los fenómenos sociales, políticos y económicos. Además, le adjudicaba al medio ambiente la virtud de *favorecer* la existencia de la vida, atributo que determinados ambientes no poseen en la realidad, pero que según la definición original debían conservar en cualquier circunstancia".¹⁶¹

Pero también ha sido fuertemente criticada por la doctrina nacional, señalándose al respecto:

"El problema que se desprende de la amplitud del concepto legal radica en que, a partir de su sola lectura, dados los elementos que comprende, se podría afirmar que el medio o entorno es prácticamente todo y, por tanto que el derecho público subjetivo que a él se tiene, comprende un objeto tan amplio como dicho concepto. Sin embargo, ello llevaría a afirmar que cualquier alteración del medio, dónde y cómo sea que ella se produzca (incluso fuera de las fronteras del Estado), afecta a tal derecho y, por tanto, podría activar los mecanismos de protección constitucional y legal. Extremo poco deseable, por lo menos. Lo que está claro es que el entorno es algo más que lo inmediato que rodea al individuo, algo más que aquellas esferas cubiertas por otros derechos como el derecho a la vida, pero limitado, sin llegar a elementos distantes, cuya incidencia es indirecta o inmediatamente imperceptible".¹⁶²

¹⁶¹ Ídem.

¹⁶² Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., pág. 63. En todo caso, este mismo autor pone de manifiesto que la *amplitud* es sólo relativa. En efecto, afirma el autor "Entonces la amplitud del concepto medio ambiente es sólo aparente o, más bien, sólo lo es en un aspecto. Es amplia en cuanto se refiere a una multiplicidad de objetos (naturales, artificiales incluso de naturaleza sociocultural), pero es acotada por esta idea de medio ambiente que rige y condiciona las diversas manifestaciones de vida, la que obliga a situarse relativamente respecto de un ser humano, un animal / vegetal o grupo de estos, y desde allí avanzar hasta aquél último elemento que rige y condiciona la existencia y desarrollo de esa forma de vida en particular. Por tanto, lo que interesa, desde la perspectiva jurídica, no es todo el medio ambiente, sino ese ambiente o entorno adyacente que rige y condiciona la existencia y desarrollo de las vida en sus múltiples manifestaciones hoy día y en ese contexto en particular". Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., pág. 64.

Asimismo, se ha criticado la incorporación de elementos ajenos a los recursos naturales, afirmando que:

"No se puede estar en más desacuerdo que con la definición ofrecida por la LBGMA, en el sentido de incorporar componentes artificiales y socioculturales. Desde el punto de vista de su integración, es necesario reiterar que hay un aspecto práctico -en la perspectiva de hacer del concepto algo operativo- que impide incluir el elemento artificial, en el sentido de no existir -o, si los hay, de escaso número- figuras jurídicas del derecho ambiental aplicables a ellos, junto con lo cual habría que añadir que el factor no natural se encuentra en una relación de dependencia con lo que consideramos entorno propiamente tal...

... Puesto de otra forma, los elementos artificiales tienen que ver con el entorno en la medida que constituyen medios a través de los cuales se pueden producir transformaciones en él, pero ello no se traduce en que lo integren. Para regular tales aspectos están llamadas las disciplinas de la planificación territorial.

El disenso se extiende igualmente sobre los aspectos socioculturales. Tal vez lo que más conspira en contra de su inclusión es la tremenda complejidad de delimitar adecuadamente su fondo y su contorno y, por lo mismo, su núcleo central, lo cual repercute inexorablemente en su funcionalidad instrumental, sumando factores complejos en la ecuación que deben construir y resolver los agentes públicos y privados, y la ciudadanía, en el logro mancomunado de una gestión ambiental adecuada. Las soluciones, pues, a las preocupaciones vinculadas con tales elementos, debiesen buscarse en una sede diferente del Derecho Ambiental".¹⁶³

En todo caso, estimamos que por valiosas que puedan parecer para algunos las críticas formuladas por los autores antes citados, se debe recordar lo señalado al comienzo de este acápite, en cuanto a que lo cierto es que esa "es" la definición que proporciona la LBGMA y es con ella con la cual deben pechar los juristas. Cualquier

¹⁶³ Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *La regulación constitucional del ambiente...*, cit., pág. 33.

disquisición, por elocuente que sea, nos parece un ejercicio infructuoso si es *contra legem*, a no ser que se pretenda como propuesta de *lege ferenda*.

Finalmente, en otro estado de cosas, se debe advertir que el daño cuya reparación regula el régimen en estudio puede ser, según la definición que proporciona la LBGMA, inferido al medio ambiente o a uno o más *de sus componentes*.¹⁶⁴ Dado lo anterior, y para concluir estos apartados referidos al *objeto* regulado por el régimen de responsabilidad establecido en la LBGMA, se debe esclarecer cuáles -y qué- son los *componentes del medio ambiente* que pueden ser dañados por el hombre, de manera tal que éste se haga responsable de su reparación.

En este sentido, estimamos que, a la luz de la definición de *Medio Ambiente* proporcionada por la LBGMA -en relación con las de *Conservación del Patrimonio Ambiental* y *Daño ambiental* contenidas en la misma ley-, y siguiendo a un autor, a efectos jurídicos los *componentes del medio ambiente* regulados y protegidos por el régimen de responsabilidad establecido en la LBGMA, son, cuanto menos:

- "(i) el aire, la atmósfera y el espacio exterior;
- (ii) las aguas, en cualquiera de sus estados físicos, sean terrestres o marítimas, superficiales o subterráneas, corrientes o detenidas incluidas la alta mara;
- (iii) la tierra, el suelo y el subsuelo, incluidos los lechos, el fondo y el subsuelo de los cursos o masas de aguas terrestres o marítimas;
- (iv) la fauna, terrestre o acuática, en estado de libertad o natural, doméstica o domesticada, nativa o exótica, en todas sus entidades taxonómicas;
- (v) la flora, terrestre o acuática, nativa o exótica, en todas sus entidades taxonómicas;

¹⁶⁴ Es relevante también a los efectos del presente análisis, considerar la definición contenida en el literal b) del artículo 2 de la LBGMA, la cual expresa:

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

b) Conservación del Patrimonio Ambiental: el uso y aprovechamiento racional o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y capacidad.

- (vi) la micro flora y micro fauna de la tierra;
- (vii) la diversidad genética y los factores y patrones que regulan su flujo;
- (viii) las fuentes primarias de energía;
- (ix) las pendientes topográficas con potencial energético;
- (x) las fuentes naturales subterráneas de calor que, combinadas o no con agua, puedan producir energía geotérmica;
- (xi) las bellezas escénicas naturales y el paisaje, rural o urbano;
- (xii) el clima y los elementos y factores que lo determinan; y
- (xiii) los procesos ecológicos esenciales, tales como la fotosíntesis, la regeneración natural de los suelos, la purificación natural de las aguas y el reciclado espontáneo de las sustancias nutritivas".¹⁶⁵

3. El alcance de la voz para "todos los efectos" legales que utiliza la LBGMA al proporcionar sus definiciones: especialmente las de medio ambiente y daño ambiental

3.1. Antecedentes

Visto lo anterior, cabe realizar una precisión entorno al término "*para todos los efectos legales*" que utiliza el encabezado del artículo 2 de la LBGMA que, recordemos, es el que define *medio ambiente* y *daño ambiental*, entre otras nociones.

En tal sentido, la pregunta que se debe elucidar a partir de dicho tipo normativo es ¿a qué se refiere la LBGMA cuando señala que sus definiciones se establecen para *todos los efectos legales*?

Sobre el particular, creemos que es posible arribar a dos conclusiones diversas, según la interpretación que se efectúe de la norma. A saber:

¹⁶⁵ Cfr. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho ambiental chileno...*, cit., págs. 27-28.

(i) Una primera interpretación, nos indicaría que la ley dispone que las definiciones señaladas en los diversos literales de su artículo 2 se establecen con el sólo objeto de ser utilizadas en el ámbito jurídico de la LBGMA. Esto es, consisten en palabras técnico-jurídicas que tratándose de las instituciones que regula la LBGMA excluyen la utilización de cualquier otra definición que no sea la proporcionada por ella -como la que podrían utilizar quienes desarrollan actividades de ingeniería ambiental, por ejemplo-.

Esto tendría relevancia, por ejemplo, con la noción del término *daño ambiental* que deberían utilizar quienes presentaran informes técnicos en un proceso de evaluación ambiental. Así, el ingeniero o técnico ambiental que analice un determinado problema deberá considerar como daño ambiental sólo aquellos fenómenos que coincidan rigurosamente con la definición de la LBGMA. Mientras que en una auditoría ambiental realizada en forma ajena al SEIA o a los instrumentos que regula la LBGMA -o por motivos no *legales*- la utilización del término no tendría por qué coincidir con la del artículo 2 en comento.

En concreto, al indicar que sus definiciones son *para todos los efectos legales*, la LBGMA estaría disponiendo que para todos los efectos legales derivados de la aplicación de esa ley, sólo se utilizan estas definiciones y por ende se excluyen todas aquellas definiciones que otras ciencias puedan emplear con respecto a los mismos conceptos que regula la LBGMA.

En tal sentido, al utilizar la expresión *para todos los efectos legales*, la LBGMA no pretende hacer extensivas sus definiciones a otras ramas del derecho, sino sólo excluir de su ámbito de aplicación cualquier otra definición que una ciencia diversa a la jurídica pueda utilizar con respecto a los mismos conceptos que ella define.

(ii) Por el contrario, una segunda interpretación sugiere que al indicar que las definiciones de la LBGMA se entienden *para todos los efectos legales*, lo que se señaló por el legislador es que éstas son vinculantes y extienden su ámbito de

aplicación a todas las ramas del ordenamiento jurídico¹⁶⁶, de tal suerte que el énfasis no está situado en que dichas palabras sólo están destinadas al jurista o a quien intervenga en cuestiones legales en conformidad a la LBGMA, sino que han sido elaboradas para ser aplicadas a todas las disciplinas jurídicas y en todas las ocasiones en que se necesite precisar el contenido de una determinada institución ambiental.

En concreto, el énfasis está puesto no en que las definiciones sólo son aplicables en el desarrollo de las actividades que regula la LBGMA, sino en que éstas son vinculantes para todas las disciplinas jurídicas (penal, administrativa sancionadora, civil, etc.) en las que se ventilen cuestiones que utilicen alguna de las categorías definidas por la LBGMA.

Así, verbigracia, la noción de *daño ambiental* o *medio ambiente* que se debe utilizar para determinar la existencia de un delito o una infracción administrativa ambiental debe ser siempre ajustada a los términos de los literales e) y m) del artículo 2 de la LBGMA, de manera tal que un daño que no revista esas características no puede ser considerado *daño ambiental* a efectos legales, sean estos la aplicación de una sanción, la concesión de un beneficio tributario, etc.

Bajo este prisma, por aplicación del principio de especialidad y temporalidad todas aquellas definiciones contenidas en cuerpos normativos que no posean una naturaleza ambiental -y en tal sentido no sean normas ambientales *especiales* con

¹⁶⁶ Que parece ser la tesis que sostiene una autora al afirmar que “un aspecto que debemos tener presente de estos conceptos y de los demás contemplados en el artículo 2 de la Ley N° 19.300 es que han sido dados no sólo para el ámbito de la Ley N° 19.300, sino que para todos los efectos legales. De esta manera, cuando hablamos de «medio ambiente», en otras disposiciones, debemos entender que se trata del sistema global definido en la Ley N° 19.300”. Cfr. SILVA ABRANETTO, Ximena, “La acción judicial para la reparación del daño ambiental y su ejercicio por el Consejo de Defensa del Estado”, en Ximena Silva Abranetto (directora), *Cumplimiento de la Legislación Ambiental y Reparación de Daños al Medio Ambiente*, Consejo de Defensa del Estado (editor), Santiago, s.d, pág. 46.

respecto a la regulación de la LBGMA- o que sean anteriores a la entrada en vigencia de la LBGMA, habrían sido derogadas con la dictación de ésta.^{167,168}

3.2. El problema de la vinculación de las definiciones que proporciona la LBGMA en sede constitucional

En cualquier caso, como será fácil advertir, bajo este criterio, el problema más agudo que se presenta se vincula a determinar si las definiciones que proporciona la LBGMA hacen o no extensivo su ámbito de aplicación a la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 8 de la CPR.

Abordando derechamente el problema, pensamos que una tesis como esta debe descartarse principal y eminentemente por dos motivos: (i) en primer lugar, porque las leyes interpretativas de la constitución^{169,170} deben ser aprobadas por

¹⁶⁷ Con excepción, desde luego, de aquellas que precisamente por aplicación del principio de especialidad prevalecen sobre la LBGMA en conformidad con lo dispuesto en su artículo 51 inciso 2°.

¹⁶⁸ Como ocurriría, por ejemplo, con la definición de daño ambiental contenida en el Código de Comercio, cuyo artículo 1128 dispone:

"Artículo 1128. Para los efectos de este párrafo, se entenderá que:

4° Daño al medio ambiente, es el daño físico significativo a la salud humana, a la vida animal o vegetal y a los recursos marinos en aguas sometidas a la jurisdicción nacional y áreas terrestres adyacentes a aquéllas, producidos por contaminación, envenenamiento, explosión, fuego u otras causas similares.

¹⁶⁹ Como expresa ZÚÑIGA URBINA, "en la doctrina nacional la «ley interpretativa» de la Constitución es concebida como un tipo específico de interpretación, denominada auténtica (las otras denominadas interpretación judicial e interpretación doctrinal), que determina el sentido y alcance de una norma jurídica -norma constitucional- oscura, falta de claridad o imprecisión; y que se afianza en un principio general del derecho romano, recogido en la máxima: «*Ejus est legem interpretari, cujus est condere*»". Cfr. ZÚÑIGA URBINA, Francisco, "Constitución y Ley Interpretativa. Algunas notas sobre una paradoja y peligros relativos a este tipo de ley", en *Ius et praxis*, N° 2, (2009), págs. 255-281.

La Corte Suprema, a su turno, ha señalado al respecto que:

"aunque la legislación positiva no define la ley interpretativa o declarativa, la doctrina generalmente aceptada entiende por tal la ley que se propone aclarar o determinar el sentido dudoso, oscuro o controvertido de otra ley" y que "no puede calificarse de interpretativo el precepto que manifiestamente considera una situación no prevista en la ley más antigua" y que "no puede estimarse como ley interpretativa una ley posterior si la existente es de sentido claro, no se presta a dudas y no requiere interpretación". (Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 4-10-1974, disponible en: RDJ, tomo 71, segunda parte, sección tercera, pág. 189).

quórum especiales¹⁷¹, quórum que tratándose de la LBGMA desde luego no se dieron.¹⁷² Este argumento nos parece suficientemente contundente como para descartar la posibilidad en estudio¹⁷³; y (ii) porque existen antecedentes de historia legislativa que demuestran que tratándose de ciertas definiciones, se dejó constancia expresa que éstas no pretendían interpretar de modo alguno las normas constitucionales referidas a la materia.^{174,175}

Finalmente, el Tribunal Constitucional precisando el concepto de ley interpretativa ha manifestado que:

"No corresponde, por medio de una ley interpretativa de una norma constitucional agregar nuevos elementos a lo que ésta indica e introducir conceptos que no han sido siquiera insinuados por la Carta Fundamental. Ello implicaría una modificación de la disposición constitucional. Por medio de una ley interpretativa sólo cabe proporcionar claridad o precisión a la redacción de una norma constitucional, cuando su propio texto sea susceptible de originar confusión o desentendimiento, para asegurar con esa interpretación su correcta, uniforme, armónica y general aplicación". (STC 158 - 92, c. 6).

¹⁷⁰ Para un estudio en detalle sobre este tipo de leyes, Vid. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª edición, tomo VII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, págs. 39-57.

¹⁷¹ Dispone el inciso 1º del artículo 66 de la CPR:

Artículo 66.-Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

¹⁷² Advertencia que también formula VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, ob. cit., pág. 147. Aunque sin manifestar una posición con respecto a si la LBGMA debe, en alguna medida, ser considerada para interpretar el alcance de la voz *medio ambiente* en la CPR.

¹⁷³ El mismo argumento es utilizado por GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *La regulación constitucional del ambiente...*, cit., pág. 29. También, BERTELSEN REPETTO, quien señala "La Constitución, como indicáramos anteriormente y como es usual en las Leyes Fundamentales, no define ni lo que es medio ambiente ni lo que es contaminación. Dado que tampoco existe una ley interpretativa de la Constitución que haya precisado con carácter obligatorio el significado de estos términos, ellos están entregados en su determinación a lo que resuelvan los tribunales. Hay que advertir que la promulgación de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente no ha modificado esta situación, pues las definiciones que ella formula en su artículo 2º no revisten, cuando se refieren a conceptos usados en la Constitución Política, el carácter de leyes interpretativas de la Constitución, y tienen un alcance simplemente legal que no impide que los tribunales de protección entiendan los términos usados por la Carta Fundamental en otro sentido". Cfr. BERTELSEN REPETTO, Raúl, "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. N° 25, N° 1, (1998), pág. 156.

¹⁷⁴ Como da cuenta un autor, "la Comisión del Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado quiso dejar constancia expresa que los conceptos *Conservación del Patrimonio Ambiental; Preservación de la Naturaleza y Protección del medio ambiente*, no incidirían en la interpretación de la Constitución". Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad...", cit., pág. 162.

En un sentido idéntico lo informa: DINAMARCA GARATE, Jaime, *Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente*, Cámara de la Producción y del Comercio A.G, Concepción, 1996, pág. 104

En todo caso, debemos mencionar que una opinión diversa a la nuestra expresa DEL FÁVERO, quien al analizar las definiciones de la LBGMA efectúa una clasificación entre aquellas que "*dicen relación con expresiones o conceptos utilizados por la Constitución Política y que se estimaba necesario explicitar*"; las que contienen nuevos conceptos jurídicos de especial relevancia; las que definen los instrumentos de gestión ambiental; y las referidas a los instrumentos de evaluación ambiental".¹⁷⁶

En una línea de pensamiento similar a la del autor recién citado se manifiesta BERMÚDEZ SOTO, quien expresa: "resulta evidente que la definición legal de medio ambiente es de carácter amplio. Lo cual tiene importancia dado que se proyecta su aplicación hacia todo el Derecho ambiental, incluyendo al constitucional... Ello debido al carácter de concepto que «*para todos los efectos legales*» deberá ser tenido en cuenta (art. 2 LBGMA), y la amplitud del ámbito de aplicación de la LBGMA (art. 1). Esto se corrobora con la jurisprudencia del TC, el cual ha utilizado los conceptos definidos para todos los efectos legales para fundar sus sentencias, por ejemplo en la sentencia 577/2006, cuestión que debe ser criticada desde la perspectiva de la interpretación constitucional".¹⁷⁷

Siguiendo estas tendencias se ha afirmado que "las normas constitucionales citadas [artículos 19 N° 8; 19 N° 24 y 19 N° 26] evidencian la necesidad de definir lo que se entiende por medio ambiente, contaminación, preservación de la naturaleza y

En efecto, así se advierte en el Informe de la Comisión aprobado en sala el 8 de abril de 1993, donde se indica: "Vuestra Comisión, a fin de evitar interpretaciones erróneas, consideró necesario dejar expresa constancia que, a su juicio, no revisten carácter de normas interpretativas de la Carta Fundamental". Vid. HL19.300, pág. 68.

¹⁷⁵ En la doctrina nacional es posible advertir autores que estiman que a pesar de las prevenciones que indicamos, resultaría evidente que los conceptos de la LBGMA pueden tener una gravitación en el ámbito de la interpretación jurisprudencial de las normas constitucionales, por cuanto el artículo 1 de dicho cuerpo normativo comienza indicando que la *protección del medio ambiente*, la *preservación de la naturaleza* y la *conservación del patrimonio ambiental* se regularan por las disposiciones de esa ley. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad...", cit., pág. 162.

¹⁷⁶ Cfr. FÁVERO VALDÉS, Gabriel DEL, "Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente", en *Revista de Estudios Públicos*, N° 54, (1994), pág. 5.

¹⁷⁷ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos...*, 2ª edición, cit., pág. 63.

conservación del patrimonio ambiental. La ley estableció el significado de tales términos".¹⁷⁸

En lo que a nuestra opinión respecta, no podemos dejar de manifestar nuestro rechazo a una tal interpretación.¹⁷⁹

Empero lo anterior, concordamos con GUZMÁN ROSEN en cuanto "lo dicho puede perfectamente tener un efecto equivalente a cero. Aunque sea axiomático que en este ámbito la LBGMA no es interpretativa de la CP[R] -con las consecuencias que de ello emanan-, tal condición no aborta la posibilidad de hacer uso de sus definiciones a los efectos de una adecuada y sistemática interpretación, tanto en el ámbito doctrinario como de lo judicial. Por tal razón es que acertadamente se ha dicho que «si bien no es posible sostener que se interpreta la Constitución con estas definiciones, queda claro que esta ley es la que regula dichos derechos y deberes [derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, protección del medio ambiente, preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental], ésta es la que los define -para efectos de su regulación- y en consecuencia, aun cuando la Comisión no lo haya querido, la ley terminará por acotar el campo de la interpretación constitucional»".¹⁸⁰

De hecho, como el mismo autor advierte, a nuestro entender correctamente, nuestro Tribunal Constitucional, sin perjuicio de confirmar el carácter no interpretativo que tiene el artículo 2 de la LBGMA, en función de las voces que utiliza la Constitución, ha señalado que:

¹⁷⁸ Cfr. FÁVERO VALDÉS, Gabriel DEL, ob. cit., pág. 6.

¹⁷⁹ En un sentido correspondiente al nuestro GUZMÁN ROSEN, al expresar "un aspecto que es de primera necesidad esclarecer antes de abordar el examen del alcance conceptual que la ley establece en esta materia, es si éste se proyecta o no sobre las expresiones contenidas en el texto fundamental, lo cual a mi juicio no sucede, de forma tal que la circunstancia que se encuentre definido "medio ambiente" en la ley, no conlleva que esa noción sea jurídicamente transferible y aplicable a lo que la constitución establece en la materia". Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *La regulación constitucional del ambiente...*, cit., pág. 28.

¹⁸⁰ Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *La regulación constitucional del ambiente...*, cit., pág. 29.

"... en tal sentido, y a pesar de que no tiene el carácter de una ley interpretativa de la Constitución, no puede prescindirse de los conceptos que formula -«para todos los efectos legales»- el artículo 2º de la Ley Nº 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, para apreciar si la presencia de un contaminante es más que un impacto o alteración del ambiente y merece ser calificada de contaminación...".^{181,182}

4. Recapitulando

Finalmente, dejando atrás este tema específico de la pretendida extensión de los términos de la ley en sede constitucional, pero en sintonía con nuestro parecer al respecto, creemos que la tesis referida al significado de la expresión "*para todos los efectos legales*" que se ajusta mejor al espíritu de la LBGMA, y que se corresponde de mejor manera con los fines que se propusieron al elaborar el listado de definiciones, es la primera que hemos expuesto, y en tal sentido pensamos que al señalar la ley que sus definiciones se entenderán *para todos los efectos legales* lo que está enfatizando es que dichas definiciones sólo son aplicables en el entorno legal de las instituciones que regula la LBGMA, excluyendo a cualesquiera otras que

¹⁸¹ Vid. STC 577 - 2006, c. 13.

¹⁸² En España, a propósito del problema de las relaciones entre las diversas leyes del Estado (en el contexto de las Autonomías locales), se presenta una cuestión con cierta analogía a la situación que estudiamos. En efecto, en dicho ordenamiento jurídico se dice que algunas leyes cumplen una "función constitucional", esto es, como explica GÓMEZ-FERRER MORANT, "las relaciones entre leyes del Estado no pueden explicarse únicamente en virtud del principio de competencia o de jerarquía. Es preciso complementarlos con la idea de la función que cumple cada Ley en el sistema jurídico, de acuerdo con la Constitución, que es la clave para dar razón de la superioridad de unas leyes sobre otras, en los supuestos en que ni uno ni otro principio permitan resolver cuál es la Ley que debe prevalecer cuando dos o más leyes inciden en la regulación de una misma materia" Y continua el autor "La conclusión anterior se refuerza si se observa que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional consagra la idea de la función que cumplen determinadas leyes, a los efectos de que el Tribunal las tome en consideración como parámetro de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de otras... Este precepto, en la parte transcrita, pone de manifiesto que existen determinados tipos de leyes que cumplen, de acuerdo con la Constitución, una función que las sitúa en una posición de superioridad respecto de otras". Cfr. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "Relaciones entre leyes: Competencia, jerarquía y función constitucional", en *Revista de Administración Pública*, Nº 113, (1987), pág. 23. Para dos ejemplos prácticos de la "función constitucional" de ciertas leyes en el ordenamiento jurídico español, Vid. SANZ RUBIALES, Iñigo, *El contencioso interadministrativo (Litigios entre Administraciones Públicas Territoriales)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 82-84; y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 76-78.

hayan sido elaboradas en disciplinas diversas a la jurídica y cuyo objeto de estudio sea el medio ambiente.

Lo anterior se piensa, por cuanto cada disciplina jurídica posee unos fines y funciones diversos, acordes con su objeto de protección o bien jurídico tutelado, y en tal sentido la importación de definiciones establecidas en una ley cuyos fines específicos son la *protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*, la *protección del medio ambiente*, la *preservación de la naturaleza* y la *conservación del patrimonio ambiental*¹⁸³, puede restringir, perjudicar o incluso distorsionar el cumplimiento tales funciones y fines.¹⁸⁴

En todo caso, debemos mencionar que nuestra tesis se estrella con un antecedente de historia legislativa que parece dar razón a la segunda teoría expuesta.

En efecto, el mensaje presidencial con que se dio inició a la tramitación de la LBGMA, señalaba al comenzar el artículo 1º propuesto:

"Para los efectos de la presente ley se entenderá por:..."

Pero posteriormente el Senado, haciéndose cargo de indicaciones formuladas por diversas entidades consultadas (CIPMA, CAP, SNA, Gestión ambiental consultores, SOFOFA, CODEFF e INTEC), modificó la norma quedando con su actual redacción:

*"Para todos los efectos legales se entenderá por:..."*¹⁸⁵

¹⁸³ Artículo 1 de la LBGMA.

¹⁸⁴ Así, por ejemplo, la utilización del concepto de medio ambiente que establece la LBGMA, a efectos penales, podría restringir o ampliar más allá del fin perseguido por la norma los tipos penales que se regulen en una determinada ley.

¹⁸⁵ Cfr. TOLEDO TAPIA, Fernando, *Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Historia fidedigna y concordancias internas*, Comisión Nacional del Medio Ambiente, Santiago, 2000, pág. 15.

Por ello, a la luz de este antecedente, y sin perjuicio de los argumentos expuestos que avalarían nuestro parecer, no es de extrañar que en lo sucesivo esta cuestión sea zanjada por nuestros tribunales superiores dejando expresa constancia de que las definiciones de la LBGMA poseen un efecto extensivo que vincula a todas las disciplinas jurídicas del ordenamiento nacional.

Es más, como nos refiere este autor "se sustituyó el encabezamiento, «*para darle carácter general a las definiciones contenidas en éste, y no circunscribirlas sólo al ámbito de la presente ley*»".

PARTE SEGUNDA

**PROBLEMAS ACTUALES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO
AMBIENTAL EN LA LBGMA Y SU SOLUCIÓN A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL
DERECHO AMBIENTAL**

CAPÍTULO TERCERO

PROBLEMAS ACTUALES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

A. INCONVENIENTES DE LA CONSIDERACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL ESTABLECIDO EN LA LBGMA COMO UN RÉGIMEN EXCLUSIVAMENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Señalábamos algunos acápites atrás que el Derecho civil daría cuenta de una serie de falencias que lo hacen un instrumento inadecuado o insuficiente por sí solo para la prevención y reparación de los daños ambientales y que, en consecuencia, el régimen de responsabilidad por daño ambiental consagrado en la LBGMA -que precisamente busca esos fines- poseería una naturaleza especial y autónoma, constituyendo un *tertium genus*, lo cual significaría, si se nos permite una expresión coloquial, que estamos frente a un régimen que constituiría un espécimen cuyos padres son tanto el Derecho privado como el Derecho público.^{186,187}

¹⁸⁶ Contra esta posición -aunque exclusivamente referido a la española Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental [BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2007] [en adelante Ley 26/2007]-, VALENCIA MARTÍN quien señala:

“Clarifica mucho las cosas, a mi juicio, pensar que en Derecho existen básicamente dos grandes géneros de responsabilidad: la responsabilidad civil o patrimonial (contractual y extracontractual), encaminada a reparar o indemnizar daños y perjuicios, por un lado, y la responsabilidad penal, dirigida a castigar al culpable de una infracción, por otro. Lo demás son esencialmente especies. Las sanciones administrativas, por ejemplo, son una especie de las sanciones penales, y la responsabilidad patrimonial de la Administración, una especie de la responsabilidad civil extracontractual.

Con las responsabilidad «medioambiental» pasa lo mismo. No se trata, a mi juicio, en modo alguno, de un *tertium genus* o nuevo género de responsabilidad. Es también una especie, no de la responsabilidad penal, puesto que no se ocupa de sanciones, sino de la responsabilidad civil (extracontractual), pues versa también sobre la reparación de daños, en este caso,

De esta forma, es necesario referirse a continuación a cuáles serían los problemas que presenta seguir la estructura clásica de la responsabilidad civil para la prevención y reparación de daños medioambientales, y que mostrarían la conveniencia o no de erigir un régimen especial y autónomo de responsabilidad por daño ecológico puro que permita cubrir dichas insuficiencias y proporcione instrumentos jurídicos efectivos para el cumplimiento de los fines propuestos.

medioambientales”. (Cfr. VALENCIA MARTÍN, Germán, “La responsabilidad medioambiental”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 25, (2010), pág. 6).

Sobre este punto, y circunscritos exclusivamente a la Ley 26/2007, nos permitiremos discrepar de tan autorizada voz -muy probablemente, parte de la mejor doctrina hispana de Derecho ambiental- por cuanto, a nuestro juicio, es muy dudoso que un régimen de responsabilidad: (i) donde ésta es perseguida y ejecutada de oficio por la Autoridad administrativa; (ii) en la que no intervienen los tribunales de justicia -salvo los controles propios del contencioso administrativo, desde luego-; (iii) de naturaleza objetiva -o predominantemente objetiva-; (iv) donde no existe una víctima; y (v) donde la *justicia correctiva* no encaja; pueda ser calificada de responsabilidad civil especial. De hecho, se trataría de una especialidad de tal magnitud que terminaría por desvirtuar todos los cimientos de la responsabilidad civil clásica.

Finalmente, debemos mencionar que, también en España, se manifiesta en un sentido similar al nuestro LOZANO CUTANDA, quien afirma:

“se trata de un nuevo régimen jurídico [aquel establecido por la Ley 26/2007] dirigido a la prevención y reparación de los daños al medio ambiente, de un *tertium genus*, podemos decir, en la cobertura de los daños medioambientales. La denominada responsabilidad medioambiental...se dirige no sólo a la reparación sino también, y de modo prioritario, a la prevención de los daños ambientales, disponiendo al efecto que en el supuesto de una amenaza inminente de producción de un daño medioambiental, como consecuencia de cualquier actividad económica o profesional, el operador (con independencia de que sea o no responsable de adoptar medidas de reparación conforme a lo dispuesto en el Proyecto), deberá acometer sin demora y sin necesidad de advertencia o requerimiento administrativo «las medidas preventivas apropiadas», así como poner en conocimiento de inmediato el suceso a la autoridad administrativa competente.

Se tratan éstas de obligaciones legales que no responden a la institución de la responsabilidad extracontractual, tal y como ésta se configura tradicionalmente, cuyo presupuesto y eje principal lo constituye la figura del daño...”. (Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca, “Capítulo XI. Infracciones y Sanciones (arts. 35 a 40)”, en Blanca Lozano Cutanda (coordinadora), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental. Ley 26/2007, de 23 de octubre*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, págs. 400-401).

¹⁸⁷ A propósito del deber de reparación, CONDE ANTEQUERA se pronuncia en un sentido muy similar al nuestro al expresar: “sin embargo, lo menos arriesgado sería considerar que la restauración ambiental es una institución de naturaleza híbrida, entre la responsabilidad -institución del Derecho Privado y la responsabilidad propia del Derecho Público puesto que, si bien puede tener su origen en la reparación «in natura» del Derecho Civil, en la actualidad no cabe duda de que su utilidad ha trascendido al ámbito público y se ha configurado en el Derecho ambiental como una medida de gran funcionalidad, incluso más que en el ámbito privado, por lo que ha sido reconocida y regulada su exigibilidad por el Derecho Público dado el carácter público-colectivo del bien jurídico dañado que requiere ser restaurado”. Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, *El deber jurídico de restauración ambiental*, Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 101-102.

1. La responsabilidad que regula el régimen se refiere al daño ambiental o daño ecológico puro: Conceptualización y características de este fenómeno

Ante todo, es menester recordar que la responsabilidad de la que hablamos se ocupa de la reparación del *daño ecológico puro* o simplemente -como lo llama la LBGMA- *daño ambiental*, esto es, aquél donde no existe una víctima individual en el sentido tradicional que la dogmática del Derecho de la responsabilidad civil le atribuye al término y que se refiere no a la relación entre dos individuos, sino entre los organismos y el entorno.¹⁸⁸ Como afirma VALENZUELA FUENZALIDA, "dada la definición de daño ambiental, quien lo sufre no puede ser, bajo ningún supuesto, una persona determinada, quienquiera que ella sea, sino el medio ambiente o uno o más de sus componentes individualmente considerados".¹⁸⁹

De tal suerte que es oportuno advertir, desde un comienzo, que estamos en presencia de una hipótesis completamente diversa de aquellas que regula la responsabilidad civil.¹⁹⁰

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

¹⁸⁸ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, *El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 34.

¹⁸⁹ Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 327. En un sentido idéntico, se manifiesta GONZÁLEZ PÉREZ, al indicar "en el caso del daño ambiental no hay un sujeto individualizadamente perjudicado". Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2000, pág. 179.

¹⁹⁰ Para una autora, "el daño personal o reflejo [llamado por nosotros como daño tradicional o daño civil derivado del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental] es el daño ambiental en «su perspectiva humana», es decir, es el perjuicio personal o patrimonial sufrido por la vía del ataque al medio ambiente. El daño ambiental puro o *strictu sensu* es aquel causado al medio ambiente o a uno de sus elementos como realidad autónoma de los valores ortodoxos asociados a la salud y al patrimonio. Su titular es la comunidad toda y cada uno de sus miembros. Se trata de un daño a un bien de todos, por ende, «público» o «colectivo». Cfr. DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 49. En un sentido similar, Vid. CAMPS, Carlos Enrique, "Particularidades del proceso civil por daño ambiental", en *Jurisprudencia Ambiental*, IV, Nº 6120, (1998), pág. 31.

individuo o la compensación del atentado que ha sufrido en su esfera extrapatrimonial, sino, antes bien, se trata de la reparación de la *pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo que sufre un 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 el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones*.¹⁹¹

En este estado de cosas, una primera cuestión a considerar es que un régimen de responsabilidad por daño ambiental debe tener como primer fin la reparación *in natura* del daño al entorno, esto es, *reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible restablecer sus propiedades básicas*¹⁹², amén de llevar a cabo una función fuertemente preventiva.

En consecuencia, la posibilidad de obtener una reparación por equivalencia - indemnización de perjuicios-, que será el mecanismo propio con el cual la reparación civil operará, no parece ajustarse bien a este fin, máxime cuando incluso de aceptarse la posibilidad de una reparación por equivalencia en metálico, no puede asegurarse que quien accione en favor del medio ambiente destinará dicha suma de dinero a la restauración ambiental.^{193,194}

¹⁹¹ Vid. LBGMA, artículo 2 II).

¹⁹² Vid. LBGMA, artículo 2 s).

¹⁹³ Cfr. BERGKAMP, Lucas, "The Commission's White Paper on Environmental Liability: a weak case for an EC strict liability regime" en *European Environmental Law Review*, N° 9, (2000), págs. 105-114.

¹⁹⁴ Y es más, dicha posibilidad parece vedada desde el propio texto de la LBGMA, por cuanto ésta, *producido daño ambiental concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado* (art. 53 inciso 1º), reparación que consiste exclusivamente según los términos de la ley -reiteremos- en "*la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas*" (art. 2 letra s), no otorgándose, en consecuencia y según se advierte, para el caso del daño irreversible ninguna posibilidad de conceder una indemnización sustitutoria sino, por el contrario, imponiéndose la obligación de restablecer las condiciones básicas del ambiente dañado. A mayor abundamiento, se debe recordar que a los titulares de la acción ambiental se les concede ésta con *el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado* (artículo 54 inciso 1º de la LBGMA). En cualquier caso, el tenor del artículo 3 de la propia ley permitiría sostener, a juicio de algunos, la

En este sentido, como señala un autor "no existe hasta el momento un Derecho civil ecológico, por una razón bien sencilla. La piedra angular de la responsabilidad civil no es el concepto de «casa», sino el del daño. Este sólo existe cuando se refiere a una persona concreta que lo sufre. La existencia de una víctima individual constituye un requisito indispensable desde el punto de vista lógico, pues el daño no existe en abstracto, de forma despersonalizada, sino referido a quien lo padece".¹⁹⁵

Se opone asimismo a la idoneidad del Derecho civil para lograr la reparación del daño ambiental, la circunstancia de que el daño ecológico puro posee una notoria característica: la incertidumbre. Luego, la incertidumbre del daño se proyecta así como una sombra que oscurece prácticamente todos los presupuestos de la responsabilidad civil.¹⁹⁶

Pero además, el daño ambiental presenta otras características que lo diferencian y alejan del sistema de reparación clásico regulado por el Derecho civil, estas son: (i) *velocidad*, (ii) *imperceptibilidad*, (iii) *irreversibilidad* y (iv) *su universalidad*.¹⁹⁷

posibilidad de que el daño ambiental sea *indemnizado*, pues así parecería señalarlo para el caso que no *fuere posible repararlo a costo de su causante*. Sobre este último problema, Vid. VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Las acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de responsabilidad aplicable", en Carlos Pizarro Wilson (director), *Cuadernos de Análisis Jurídicos N°4. Colección Derecho Privado. Regímenes especiales de Responsabilidad*, Ediciones Universitarias Diego Portales, Santiago, 2007, págs. 134 a 138, quien se manifiesta a favor de la indemnización como *reparación en equivalencia* cuando la *reparación en especie* no es posible. A nuestro juicio, la redacción de este artículo daría cuenta más bien de la existencia, en la LBGMA, de una *antinomia* insoluble. Acerca del problema de las antinomias en el Derecho, Vid. CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011, págs. 283-330.

¹⁹⁵ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 32.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pág. 35.

¹⁹⁷ Al respecto afirma FERNÁNDEZ BITTERLICH "la velocidad con que se produce el daño se refiere a la rapidez con que éste es causado en la mayoría de los casos, generado a causa principalmente de la tecnología empleada, la cual es cada vez es más agresiva en contra de los factores naturales, acrecentado por la fórmula costo-beneficio. Si tomamos como ejemplo el uso de la motosierra, que sustituyó el hacha para la corta de árboles, o el uso de ciertos tipos de artes de pesca que limpian el fondo marino, nos podemos dar cuenta de la velocidad con que se puede deteriorar el ecosistema. En otros casos, la característica es la imperceptibilidad, en que el daño al ecosistema es producido de

A lo cual, cabe adicionar que en la mayoría de los casos se trata de daños *anónimos* o *despersonalizados* en los que es imposible determinar a la persona responsable del siniestro; daños causados por acciones que aisladamente consideradas no hubieran afectado de forma sensible al medio ambiente (daños tolerables), pero que concurriendo, unas con otras, ocasionen el desastre o el daño de magnitud considerable (contaminación por sinergia).¹⁹⁸

Características que, en el plano jurisprudencial, han sido reconocidas y declaradas por nuestro máximo tribunal, como ocurrió en una sentencia donde se resolvió:

"Noveno: Que lo expresado obliga a traer a colación algunas consideraciones doctrinarias en relación al concepto de daño ecológico o ambiental y que lo diferencian de la noción clásica o tradicional del daño civil, al cual se le aplica lisa y llanamente el estatuto del Derecho Privado. En síntesis, los autores han manifestado que el daño ambiental puede presentar todas o alguna de las siguientes características: a) Su producción puede afectar a un número indeterminado de víctimas; b) Los efectos que ocasiona son permanentes o dilatados en el tiempo; c) Una vez tomadas las medidas de reparación, hay falta de certeza acerca de la recuperación total e íntegra del medio ambiente afectado; y d) Su manifestación externa puede ser posterior al de su ocurrencia. Resulta esclarecedor citar el siguiente párrafo: "También se ha dicho que los daños ambientales son diferentes a los restantes perjuicios, "no es un daño común", si

forma inadvertida para la comunidad, como es el caso de la contaminación del suelo por pesticidas de largo efecto residual, o su salinización o desertificación producida por su mal uso. Otro elemento que lo caracteriza es su irreversibilidad, esto es, que una vez producido el daño al ecosistema o a algunos de sus componentes, no es posible que vuelva a recuperarse, a escala humana, o bien, el costo que tiene su recuperación hace rechazar la idea de intentarlo. De allí la necesidad de aplicar el principio de la prevención, evitando, por todos los medios, que el daño se produzca. Finalmente, otra característica del daño que debe tomarse en cuenta en la confección y aplicación de las normativas jurídicas, es su universalidad, ya que no sólo afecta al patrimonio de una persona, comunidad o país, sino a una región o incluso conjunto de países, como fue el accidente nuclear de Chernobyl". Cfr. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental Chileno...*, cit., pág. 173.

¹⁹⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "¿Es oportuno elaborar una Ley de Responsabilidad Civil Medioambiental?", en *Diario la Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-34, N° 1, (1998), versión electrónica proveída por la Universidad de Valladolid", pág. 12.

puede usarse esta expresión para aludir a un perjuicio cuya realidad es fácilmente comprobable; por el contrario: a) son, en muchas ocasiones, despersonalizados o anónimos, con graves dificultades para la determinación del agente; b) suelen alcanzar y provocar un número elevado de víctimas, un barrio, una región, el país; c) pueden ser el resultado de actividades especializadas que utilizan técnicas específicas, desconocidas para las víctimas, y d) también ser un daño cierto y grave para el ambiente, el agua subterránea o un lago, pero respecto de las personas que lo invocan sin relevancia, o no tenerla en la actualidad".¹⁹⁹

Finalmente, se debe destacar que el Derecho ambiental requiere de la responsabilidad que ésta ponga en ejercicio sus mecanismos de protección ante la sola amenaza del daño, por cuanto sus consecuencias perniciosas son -en no pocas ocasiones- irreversibles y el perjuicio exponencialmente expansible. Así por lo demás lo demandan principios rectores de la disciplina como son el de corrección del daño preferentemente en su fuente; contaminador pagador; precautorio y preventivo. Por el contrario, la responsabilidad civil sólo se activa ante la presencia de un daño concreto, real, efectivo y actual, o dicho en palabras sencillas no existe responsabilidad civil extracontractual si no existe daño.²⁰⁰

¹⁹⁹ Excma. Corte Suprema, causa rol 14.209 - 2013, sentencia de fecha 2-06-2014, caratulada "Estado de Chile con Empresa Minimal Enterprises Company".

²⁰⁰ Lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico, es sin perjuicio de la norma contenida en el artículo 2333 del Código Civil chileno que consagra una especie de régimen preventivo. Dicha disposición reza:

"Artículo 2333. Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción".

De igual forma, con lo preceptuado en los artículos 932 y 948 que consagran acciones posesorias especiales.

2. La relación de causalidad en las acciones de reparación de los daños ambientales

Un segundo aspecto que da cuenta de los problemas que presenta concebir el régimen de responsabilidad por daño ambiental como un régimen exclusivo de responsabilidad civil extracontractual, dice relación con que ésta última es un discurso causalista que implica un intrincado juicio de previsibilidad y una difícil identificación de las fuentes del daño ambiental puro.²⁰¹ En tal sentido, las trabas que en materia de fijación del nexo causal impone la responsabilidad civil a la restauración de los daños ambientales, transforma a esta última tarea en un laberinto, las más de las veces, sin salida.

Otro aspecto a considerar dice relación con que las fuentes de la contaminación son obscuras y generalmente variadas, lo cual genera problemas al momento de determinar la participación que corresponde a cada actividad en la producción del daño. Ello, sin mencionar la dificultad que entraba la individualización del autor del daño.²⁰²

Un elemento adicional a considerar es que, según indicábamos previamente, la responsabilidad civil por la sola creación de riesgos es discutible, su ámbito de acción natural y el elemento que la pone en ejercicio es el daño. Luego, la responsabilidad que es proporcional a la probabilidad de que el riesgo creado devenga en daño es inconsistente con la reparación integral de los daños basada en la causalidad, en cuanto ésta es probada aplicándose la regla de la preponderancia de la evidencia.²⁰³

²⁰¹ Cfr. BANFI DEL RÍO, Cristián, ob. cit. pág. 24.

²⁰² Cfr. BANFI DEL RÍO, Cristián, ob. cit. pág. 31.

²⁰³ Cfr. CANE, Peter, "Using Tort Law to Enforce Environmental Regulations?" en *Washburn Law Journal*, N° 41, (2002), pág.466-467.

3. Fin de la norma: protección del medio ambiente versus justicia conmutativa o correctiva

En sintonía con lo expuesto, no será la eficiencia ni la prevención donde se encuentre la explicación más plausible de la responsabilidad civil, sino en la justicia correctiva.

La responsabilidad civil es un dispositivo de vigilancia social de la justicia correctiva, que se justifica en tanto sistema casuístico y bilateral de concesión de derechos mediante la aplicación *ex post* de reglas a daños causados *ex ante*. Esta función es propia de una relación privada, entre víctima y victimario, sujeta al verificación judicial. Ésta emprende esta tarea independientemente de la prevención de los costos de los accidentes y de otros generales.²⁰⁴

Como expresaba DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ hace varios lustros el "Derecho civil y especialmente la responsabilidad extracontractual son ramas e instrumentos del Derecho que intentan resolver conflictos interindividuales, entre los particulares o como mucho entre éstos y la Administración cuando ésta también actúa como privado. Sus soluciones son, por tanto, individualistas y no sirven, salvo que se cambien sus postulados, para dirimir otros conflictos que no sean estrictamente entre particulares".²⁰⁵

Por otro lado, probablemente la cuestión más importante a destacar es que

²⁰⁴ Cfr. COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle. In defence of a pragmatist approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, págs. 18-62. Es la misma idea que expone CORRAL TALCIANI, al señalar "La pena busca disuadir, sobre la base de conductas que se estiman reprochables por sí, con prescindencia de si en el caso concreto el comportamiento causa un daño efectivo a una persona en valores o bienes individuales e identificables. En cambio, la responsabilidad civil busca, por sobre todo, restablecer el equilibrio, principalmente pecuniario, cuando el actuar injusto de alguien ha dañado a otro". Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño Ambiental y Responsabilidad del Empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. N° 23, N° 1, (1996), pág. 145.

²⁰⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "Responsabilidad Civil...", cit., pág. 91.

para el Derecho civil sólo existe una víctima posible, el ser humano.²⁰⁶ De esta forma, podría servir de instrumento de reparación de daños ambientales sólo en consideración a que la persona también forma parte del medio ambiente o se ve afectada -aunque sea indirectamente- por los daños ambientales. El derecho ambiental en cambio "tiene por objeto la protección de un bien público constituido por un medio ambiente sustentable y amigable"²⁰⁷, en la responsabilidad por daño ambiental no existen víctimas o si se quiere las víctimas son los propios recursos naturales dañados que, obviamente, no pueden plantear acciones para obtener una indemnización, entre otras razones porque no es una indemnización lo que pretende la responsabilidad por daño ambiental.²⁰⁸

Pero incluso, bajo este último prisma es dudosa su idoneidad como mecanismo de protección ambiental, por cuanto al Derecho civil ni siquiera le interesan todas las relaciones interpersonales, éste, según hemos dicho, sólo se pone en marcha para realizar la justicia conmutativa entre dos iguales, autor del daño y perjudicado. De tal suerte que el medio ambiente nunca tiene la condición de víctima en el sentido estricto o técnico-jurídico, máxime si resulta evidente que no posee personalidad jurídica y legitimación para reclamar en un juicio.²⁰⁹

En este mismo orden de ideas, en el Derecho privado se reconoce "la forma más intuitiva de la justicia, que se centra exclusivamente en el tipo o naturaleza de la relación. Lo esencial desde el punto de vista de esa justicia correctiva o conmutativa es el vínculo entre las partes, y no un fin social más general que resulta ajeno a esa

²⁰⁶ Como reconoce RUDA, a pesar de estimar que la distinción del medio ambiente y la persona es sólo teoría ya que pasaría por alto el hecho de que las personas también forman parte del medio ambiente y que en definitiva la víctima de los daños ambientales seamos todos, "... la vertiente colectiva o comunitaria del deterioro del medio ambiente contrasta con el hecho de que el Derecho de la responsabilidad civil adopte un punto de vista antropocéntrico e individualista. Al mismo no le interesa lo que acontezca realmente en la naturaleza, ni lo que le suceda al colectivo de modo reflejo o indirecto, a menos que ello se traduzca al mismo tiempo en un daño a personas concretas o a sus bienes".²⁰⁶ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 33.

²⁰⁷ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 787.

²⁰⁸ Cfr. ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 96.

²⁰⁹ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 32.

precisa relación. Así, mientras en la lógica de la organización el derecho es un técnica para obtener fines públicos (distributivos o de otra especie), que por nobles y fundamentales que sean resultan extrínsecos a la relación entre las partes, el Derecho civil o comercial son Derecho privado porque atienden exclusivamente a la justicia de la precisa relación"²¹⁰, mientras que la protección ambiental es una meta social propia de las políticas públicas, alejada del ámbito de los principios o reglas jurídicas y de la forma tradicional de entender el Derecho privado, que se contraponen a una técnica de regulación empleada en busca de distintos bienes.²¹¹

En conclusión, pensamos con un autor que "es difícil que el daño ambiental puro pueda ser adecuadamente protegido mediante la responsabilidad civil en Chile. A ésta, en cambio, conciernen los daños sufridos por personas individualizadas"²¹², así el establecimiento -en nuestro ordenamiento jurídico a través de una relectura de las normas de la LBGMA- de un régimen especial de responsabilidad por daño ambiental fundado predominantemente en el Derecho público -pero sin desconocer aquella cuota de Derecho privado que posee en su "*codificación genética*"-, permitiría ofrecer soluciones más eficientes y completas.

Cuando menos, nos parece que si esta base no resuelve todos los problemas que plantean las especificidades del daño ambiental en lo que concierne a su reparación, sin embargo, tiene el mérito de propiciar que se desplace el tema de la reparación del daño ambiental desde la esfera del Derecho civil a la esfera del Derecho ambiental que es lo que le corresponde.^{213,214}

²¹⁰ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, "Lo Público y lo Privado en el Derecho", en *Estudios Público*, Nº 81, (2001), págs. 19-20.

²¹¹ Cfr. BANFI DEL RÍO, Cristián, ob. cit. pág. 33.

²¹² Cfr. BANFI DEL RÍO, Cristián, ob. cit. pág. 34. Así también DíEZ-PICAZO, "Tiene razón probablemente Genoveva Veney cuando subraya que los redactores de los códigos civiles dieron a la responsabilidad civil una estructura de carácter netamente individualista". Cfr. DíEZ-PICAZO, Luis, *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 728.

²¹³ Cfr. BRAÑES, Raúl, *Informe sobre el Desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Oficina Regional para América Latina y el Caribe, D.F. México, 2001, págs. 60-61.

4. El objeto de la pretensión: Reparación del medio ambiente versus indemnización de los perjuicios civiles

En plena sintonía con lo expuesto en precedencia, se debe hacer notar que el objeto de la pretensión que se ejerce en las acciones donde se persigue la responsabilidad civil de un individuo es diametralmente opuesto a aquel que se ejerce en la acción de reparación o acción ambiental.²¹⁵

En efecto, la responsabilidad civil busca la indemnización de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que experimenta un individuo con ocasión del daño ilegítimo que otro le ocasionó.^{216,217}

²¹⁴ Contra esta posición JORDÁ CAPITÁN, quien postula una tesis en virtud de la cual la exclusión del Derecho privado se debería a una supuesta intención de monopolizar por parte del Estado la cuestión de las agresiones a los elementos ambientales, con un pretendido fin de evitar un control de sus propias actividades dañosas. Vid. JORDÁ CAPITÁN, Eva, "La dicotomía ...", cit., pág. 105; JORDÁ CAPITÁN, Eva, *El derecho a un medio ambiente...*, cit., págs. 111 y ss.

²¹⁵ En este sentido también Vid. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental...*, cit., pág. 167; y VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 324. Aunque para ellos, como para la casi totalidad de la doctrina nacional, de acuerdo a la LBGMA nacen dos acciones, lo cual juzgamos es un error puesto que ese cuerpo normativo sólo hace nacer una acción frente a la producción del daño ambiental, esto es, la *acción de reparación o acción ambiental*.

²¹⁶ Si se argumentara que la responsabilidad civil también contempla la reparación en especie o *in natura*, en todo caso, se arribaría a una conclusión idéntica con respecto a la diferencia de la pretensión. En efecto, la reparación en especie o *in natura* de la responsabilidad civil consiste "en la ejecución de actos o en la adopción de medidas que hagan desaparecer el daño en sí mismo, siempre que esos actos o medidas no sean la mera cesación del estado de cosas ilícito creado por el delito o cuasidelito. Si estas medidas consisten en la mera cesación de este estado, no hay propiamente reparación" (Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, ob. cit., pág. 385), y en el caso del daño ambiental la reparación *in natura* -entendida en estos términos- no es posible de ser predicada para la mayoría de los casos, ¿cómo recuperar un río contaminado, una selva quemada o la extinción de una especie? (Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental...*, 2ª edición, cit., pág. 408.). De allí que en esta sede, la pretensión ejercida es una *especial forma de reparación*, que comúnmente se denomina *in natura* o en *especie*, y que se encuentra contemplada en el artículo 2 letra s) de la LBGMA.

²¹⁷ Contra esta opinión, JORDÁ CAPITÁN quien expresa "sin embargo, la responsabilidad civil en este sector [el de la responsabilidad por daño ambiental] ha demostrado en estos últimos años su utilidad por cuanto su finalidad primordial es la *reparadora*, en su sentido más estricto, y no fundamentalmente la indemnizatoria como se afirma en la propia Ley [se refiere a la Ley española sobre responsabilidad ambiental, 26/2007 de 23 de octubre], suponiendo además el necesario contrapunto a una exclusiva intervención estatal en la materia". Cfr. JORDÁ CAPITÁN, Eva, "La dicotomía daños ambientales-daños a

Mientras que en la responsabilidad ambiental no se persigue indemnización de perjuicios alguna²¹⁸, "ya que la indemnización de perjuicios en estricto rigor no repara el daño, sólo lo compensa"²¹⁹, lo que aquí se busca es la reparación del medio ambiente dañado²²⁰, reparación que podrá consistir en la reposición de éste o de uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, en el restablecimiento de sus propiedades básicas.²²¹

la persona en el sistema español de responsabilidad. Su repercusión", en *Revista de Derecho Privado*, Nº 6, (2013), pág. 101.

²¹⁸ Como en ocasiones parecen olvidar nuestros Tribunales de Justicia -e incluso nuestra Corte Suprema- al admitir a tramitación y pronunciarse sobre demandas cuyas pretensiones han sido "*la indemnización de perjuicios por daño ambiental, ejercidas por particulares*". Sobre este tema, Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 17.148 - 2014, sentencia de fecha 06-10-2014, caratulada "Calfiñir Llancaqueo María con Aguas Araucanía S.A" -en especial el considerando 3º de la sentencia de replazo donde se expresa:

"*Que constituye, asimismo, un hecho debidamente comprobado en autos que la actora [una persona natural de etnia indígena] padeció un daño ambiental de aquellos a que se refiere la ley antes citada [LBGMA]...*" - obviando la elemental circunstancia que el daño ambiental definido en el artículo 2 letra e) de la LBGMA es aquél que sufre, precisamente, el *medio ambiente*, y en consecuencia la actora de esos autos mal podría haberlo padecido; y

Excma. Corte Suprema, causa rol 7.467 - 2013, sentencia de fecha 24-06-2014, caratulada "Aníbal Montalva Rodríguez y otros con Aguas Andinas", en especial su considerando 11º, donde se expresa:

"*UNDÉCIMO:... Ahora bien, a pesar de que esta disposición legal no fue aplicada por el fallo recurrido, al suprimirse la referencia que hacía de ella la sentencia de primer grado en su considerando 63º, de todos modos los jueces del fondo establecieron, por los medios de prueba legal, la obligación de la demandada de responder por el daño ambiental causado a los vecinos directamente afectados, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 y 53 de la ley sectorial en comento.*

²¹⁹ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental...*, 2ª edición, cit., pág. 408.

²²⁰ Así lo ha reconocido nuestra Corte Suprema en un fallo -bastante contradictorio con el que citamos previamente- donde acertadamente resuelve:

"*Décimo: Que en estos autos se dedujo la acción ambiental creada por la Ley Nº 19.300 que tiene por objeto lograr la restauración del medio ambiente, contemplada en el artículo 2 letra s) que prescribe: "la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas". (Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 15.996 - 2014, sentencia de fecha 01-09-2014, caratulada "Fisco de Chile con Molibdenos y Metales S.A. y otra").*

Así también lo estima parte de nuestra doctrina. Por todos, Vid. DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 61. En dicha oportunidad, la autora afirma "la acción ambiental se concede para obtener la reparación del medio ambiente dañado, reparación que es material, *in natura*, en «moneda verde», por la propia definición que la ley da de esta expresión".

²²¹ Artículo 2, letra s) LBGMA.

En concreto, "las pretensiones que sobre estos dos tipos de daños pueden plantearse son también distintas. Así, la pretensión que se plantea con relación a un daño estrictamente patrimonial es una pretensión resarcitoria: una indemnización que venga a cubrir el monto del perjuicio patrimonial causado. La que se plantea contra lo que es propiamente ambiental es una pretensión restauradora: recuperar, volver en lo posible al estado natural de antes de que se produjera el daño".²²²

O, dicho de otro modo, como bien lo ha resuelto la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta -en una causa donde confirma una sentencia de primera instancia y que luego terminaría por avenimiento ante la Corte Suprema-:

"Noveno: Que no puede perderse de vista que la acción que ha dado origen a esta causa es la acción reparatoria en naturaleza que contempla el artículo 53 de la Ley Nº 19.300, la que tiene como efecto neutralizar el daño ocasionado al medio ambiente, obligando al que lo causó a su reparación material, sin que ello obste al ejercicio de acciones indemnizatorias por los demás efectos dañosos y sin perjuicio de las sanciones administrativas que sean procedentes".²²³

En este sentido, deberá considerarse que los particulares sólo tienen pretensiones civiles frente a otros particulares o la Administración en la medida que la agresión medioambiental afecte un interés privado perfectamente individualizado (por ejemplo, la propiedad o la salud), lo que no siempre ocurre en el caso de daños a bienes ambientales públicos (pensemos por ejemplo, en la destrucción de un hábitat situado en un parque natural de titularidad pública o en la pérdida de un ejemplar de una especie protegida).

En este sentido se refiere, con gran expresividad, a la existencia de «lugares huérfanos», en los que no existen intereses particulares que puedan verse afectados

²²² Cfr. ESTEVE PARDO, José, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 94.

²²³ Ilma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 340 - 2007, sentencia de fecha 03-03-2008, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/5368/2008; 38366

y que estimulen, por tanto, la acción de los ciudadanos en su defensa.²²⁴ En estos casos, ni siquiera será posible entablar una acción de responsabilidad civil porque los bienes que han sido destruidos o deteriorados no eran de propiedad de nadie, pudiendo ocurrir -y de hecho ocurriendo con mucha frecuencia- que dichos bienes posean un alto valor ambiental.

Así acontecería, verbigracia, con "un grupo de aves migratorias de una especie en peligro de extinción. Su pérdida, por ejemplo, por intoxicación al ingerir sustancias contaminadas, tendría una muy negativa significación ecológica, sería un grave daño medioambiental; sin embargo, ninguna persona podría interponer una acción de responsabilidad civil por daños puesto que esas aves no formaban parte del patrimonio de persona alguna".²²⁵

En síntesis, lo importante -como destaca la doctrina especializada- es tener claro que el daño que se busca reparar no es el que sufren los particulares en su patrimonio, vida o salud, con ocasión de un daño ambiental, sino reparar el daño ambiental "puro", "público" o "colectivo".²²⁶

²²⁴ Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca, "La Responsabilidad por Daños Ambientales", en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Tratado de Derecho Ambiental*, Ediciones CEF, Madrid, 2014, pág. 350. En este mismo sentido, Vid. GOMIS CATALÁ, Lucía, "La Ley de Responsabilidad medioambiental en el marco del derecho de la Unión Europea", en Blanca Lozano Cutanda (coordinadora), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medio Ambiental. Ley 26/2007, de 23 de octubre*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pág. 109.

²²⁵ Cfr. ESTEVE PARDO, José, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 94.

²²⁶ Cfr. DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 49. Quien continua graficando "Si se contamina un río, la acción civil por daño ambiental busca su descontaminación, por ejemplo, dragándolo para sacar los metales pesados depositados en su fondo, y no la reparación económica por los daños causados al dueño de los vacunos que murieron por envenenamiento, o los niños que se intoxicaron al beber agua captada de ese río, o el camping que no recibió más clientes, etc. En este último caso, se señala que estos «daños reflejos» se han podido demandar siempre, como daño emergente, lucro cesante o daño moral, en base al derecho común (en Chile, arts. 2314 y siguientes del Código Civil)". Nos parece que el aporte de la autora es correcto y muy bien visto, con la excepción de su referencia a *la responsabilidad civil por daño ambiental*, puesto que estimamos que la *responsabilidad que persigue la reparación del medio ambiente*, no es en propiedad una responsabilidad civil como se pretenderá probar en la tesis sostenida en esta investigación.

5. Otros problemas clásicos de los daños ambientales que no encuentran respuesta en la estructura tradicional de la responsabilidad civil

La doctrina ha identificado otros problemas que darían cuenta de la insuficiencia del Derecho civil para resolver los problemas que presentan los daños ecológicos puros, a saber (i) la contaminación anónima o crónica; (ii) la contaminación histórica; y (iii) los daños ecológicos transfronterizos.²²⁷

5.1. La contaminación anónima o crónica

Aquí estamos en presencia de daños ecológicos puros que son consecuencia de la acumulación de diversos actos u omisiones realizadas por un conjunto indeterminado de individuos a los cuales no es posible identificar para imponer la correspondiente obligación de reparación.

5.2. La contaminación histórica

En estas hipótesis el daño ecológico puro se verifica como consecuencia de depósitos de materiales o residuos que fueron dejados en un determinado lugar en un tiempo más o menos remoto, por individuos que pueden ser identificados pero que ya no existen, son actualmente insolventes o en el minuto en que llevaron a cabo las conductas lo hacían con plena sujeción a la normativa ambiental vigente en esa época.

5.3. Los daños transfronterizos

Como expresa DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "si la ecología nos ha enseñado algo es la trabazón o la solidaridad entre las diferentes partes de un conjunto. Por supuesto las fronteras nacionales no son barreras físicas que impidan la difusión de los daños

²²⁷ Es la opinión que sostiene -y compartimos- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "*La responsabilidad ambiental...*", cit., pág.102.

ecológicos pero, además, cualquier incidente en un punto o conjunto repercute en todo él. No hace falta volver a mencionar aquí las repercusiones que en todos los países del mundo pueden producir los agujeros en la capa de ozono, ni el efecto que la progresiva desaparición de la selva amazónica puede producir en la península ibérica".²²⁸

Naturalmente, todas estas cuestiones no encuentran una solución precisa en un esquema que ha sido construido para la protección de un sujeto al que se busca indemnizar el daño que otro le ha ocasionado y que razona, en consecuencia, en clave individual, donde el fin superior es la protección del ser humano individualmente considerado en su calidad de víctima de otro.

6. Recapitulando y a modo de corolario de lo expuesto

Finalmente, y como corolario de todo lo expuesto, podemos afirmar que, siguiendo nuevamente a DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en resumen podrían darse tres motivos que darían cuenta de la insuficiencia de la responsabilidad civil como herramienta exclusiva para la reparación de los daños ecológicos puros:

(i) En primer lugar, el hecho de que para la protección del medio ambiente es imprescindible ostentar la titularidad de éste y no es posible hablar de un derecho subjetivo, ni absoluto, ni relativo, ni real, ni personal al medio ambiente (en tal sentido, no se debe confundir un *interés jurídicamente protegible* con un *derecho subjetivo*);

(ii) El sistema de responsabilidad civil trazado por nuestro ordenamiento tiene una única y exclusiva función normativa: la indemnización, reparar los daños causados entre particulares que sean consecuencia inmediata y directa de una conducta lesiva, y para que se ponga en marcha no es necesaria una lesión a derechos, sino que basta la simple existencia de un daño. Un daño individual o en

²²⁸ Ídem.

cotitularidad de varias personas, pero que sea en cualquier caso un daño cierto y no difuso, y el ecológico en este sentido por su propia naturaleza lo es; y

(iii) Cuando el medio ambiente como «víctima» del daño viene lesionado, no podemos afirmar jurídicamente que estemos ante un daño patrimonial, para cuyo concreto resarcimiento está pensado el mecanismo de la responsabilidad civil, porque los bienes ambientales carecen de titularidad jurídico-privada, no integran el patrimonio de un sujeto determinado.²²⁹

B. LA RELECTURA DE LAS NORMAS DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL ESTABLECIDAS EN LBGMA: BASES PARA UNA SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS QUE LA CONCEPCIÓN ACTUAL DEL RÉGIMEN PRESENTA

A la luz de lo expuesto, surge entonces otra inquietud a resolver ¿Por qué es importante una relectura de las normas de la LBGMA que permita concebir el régimen de responsabilidad por daño ambiental consagrado en ella como un régimen especial y autónomo, un auténtico *tertium genus* entre el Derecho privado y el Derecho público?

Y la respuesta que podría articularse, creemos, es porque la responsabilidad por daño ecológico puro -y en consecuencia la reparación del deterioro al medio ambiente- quedó a medio caminar en el sistema de Derecho ambiental chileno - incluso luego de las reformas implementadas a partir del año 2010-, dado que si bien no podría afirmarse que este régimen posea una naturaleza exclusivamente civil, tampoco puede sostenerse que forme parte del Derecho administrativo²³⁰ (en tanto no existe una Autoridad administrativa ambiental -en Chile, por ejemplo, la Superintendencia del Medio Ambiente o el Servicio de Evaluación Ambiental- que

²²⁹ Cfr. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "Responsabilidad Civil Ambiental", en VV.AA., *La Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa*, Ecoiuris, Madrid, 2003, pág. 95.

²³⁰ Para una revisión más acaba de la reparación del daño ambiental como un tema de Derecho administrativo, Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *La reparación de los daños causados a la administración*, Cedecs Editorial S.L, Barcelona, 1998, pág. 227-238.

posea potestades -ni siquiera legitimación activa- para exigir la reparación al medioambiente²³¹).

²³¹ Ello, sin perjuicio de las facultades que ostenta la SMA con respecto a la aprobación de los "planes de reparación" y los "programas de cumplimiento", en conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente [en adelante LOSMA], respectivamente. En efecto, dichas normas disponen:

Artículo 42.- Iniciado un procedimiento sancionatorio, el infractor podrá presentar en el plazo de 10 días, contado desde el acto que lo incoa, un programa de cumplimiento.

Para estos efectos se entenderá como programa de cumplimiento, el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique.

No podrán presentar programas de cumplimiento aquellos infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental o hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas o hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves. Con tal objeto, deberá considerarse el plazo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 37.

Aprobado un programa de cumplimiento por la Superintendencia, el procedimiento sancionatorio se suspenderá.

Dicho procedimiento se reiniciará en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, evento en el cual se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38, salvo que hubiese mediado autodenuncia.

Cumplido el programa dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo se dará por concluido.

El Reglamento establecerá los criterios a los cuales deberá atenerse la Superintendencia para aprobar un programa de cumplimiento.

Con todo, la presentación del programa de cumplimiento y su duración interrumpirán el plazo señalado en el artículo 37.

Artículo 43.- Sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan, una vez notificada la resolución de la Superintendencia que pone término al procedimiento sancionador, el infractor podrá presentar voluntariamente ante ella una propuesta de plan de reparación avalada por un estudio técnico ambiental.

El Servicio de Evaluación Ambiental deberá pronunciarse acerca de los aspectos técnicos del plan de reparación que el infractor deberá implementar a su costo y dentro de los plazos que al efecto le fije tal autoridad.

Una vez recibidos por la Superintendencia el plan de reparación y su respectiva aceptación por el Servicio de Evaluación Ambiental, ésta lo aprobará, y le corresponderá la fiscalización de su cumplimiento.

Desde la aprobación del plan de reparación a que se refiere el inciso anterior y mientras éste se ejecute, el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental se suspenderá. Si se ejecutare dicho plan satisfactoriamente, la acción señalada se extinguirá.

Si existiere daño ambiental y el infractor no presentare voluntariamente un plan de reparación, se deberá ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental.

El reglamento establecerá el plazo que tendrá el Servicio de Evaluación Ambiental para pronunciarse respecto de la proposición de reparación, avalada por un estudio técnico ambiental, y el plazo en el cual el infractor deberá implementar dicha reparación.

Esto último, a pesar de que como se ha dicho -y juzgamos con acierto- un sistema público de control del cumplimiento de regulación ambiental tiene mayor eficacia preventiva respecto de riesgos y daños de compleja detección, por cuanto al Estado puede no parecerle decepcionante (o no tanto como a los privados) investigar las causas del daño ambiental difuso, a pesar de que sea prohibitivo desde la perspectiva de los costos *versus* los beneficios, mientras que, por el contrario, es improbable que los particulares se involucren en intrincados juicios encaminados a determinar responsabilidades por riesgos y daños ambientales, dado que les preocupa su propio patrimonio y no el interés general, atendida la escasa posibilidad de identificar a los responsables y la relativamente baja indemnización esperada.^{232,233}

Por ello, y sobre la base de lo expuesto, creemos que un análisis de las normas de responsabilidad por daño ambiental que la LBGMA consagra, a la luz de los principios que informan el Derecho ambiental, demostraría que el sistema de responsabilidad por daño ecológico puro regulado en dicha ley posee una naturaleza jurídica particular y especial²³⁴; régimen que debe ser puesto en marcha a través de

²³² Ello, pues mientras el Poder Judicial resuelve conflictos en derecho, la Administración determina y satisface el interés público y en tal sentido sólo ella puede saber cuál es el interés público ambiental. Es más, el administrador puede tener un fuerte aliciente para hacerlo, a saber: la perspectiva de aplicar sanciones más rigurosas mientras más complejo resulte descubrir al infractor y establecer el tipo de daño ambiental infligido. En efecto, existe una clara correspondencia entre el ocultamiento de las infracciones y la intención de eludirlas. Cfr. BANFI DEL RÍO, Cristian, ob. cit. págs. 63.

²³³ Con respecto a esta preeminencia de la intervención de la Administración pública en la labor de la reparación de los daños ambientales se ha manifestado la propia doctrina civil. Sobre el particular, Vid. QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, "Principi europei e rogole di responsabilità ambientali in Spagna", en VV.AA., *Principi Europei e Illecito Ambientale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, pág. 166 y ss. En Chile, en un sentido idéntico BARROS BOURIE, al señalar que "la preservación del medio ambiente es un asunto de interés público que típicamente pertenece al derecho de las regulaciones administrativas. Ello es consecuencia de que el derecho del medio ambiente supone definiciones que no solamente son juzgadas en razón de *criterios normativos*, como lo es la técnica preferente del razonamiento judicial, sino particularmente en cuanto a sus *efectos* para el bienestar general de la comunidad". Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., págs. 789-790.

²³⁴ Lo cual es sin perjuicio de la *responsabilidad infraccional por daño ambiental* que se encuentra regulada actualmente en la LOSMA.

la *acción de reparación o acción ambiental*²³⁵, debiendo utilizarse para la resolución de sus problemas, criterios y elementos que flexibilicen las exigencias propias de la responsabilidad civil²³⁶ y considere los principios propios del Derecho ambiental, así como los fines y funciones que informan a todas las ramas del Derecho público.

Asimismo, y como una consecuencia lógica de lo expuesto en precedencia, pensamos que no forma parte de su regulación la indemnización de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental²³⁷ dado que la reparación de éstos debe ser exigida a través de la *acción ordinaria o de indemnización de perjuicios clásica* del Código Civil, aunque la misma pueda -si así se quiere por la víctima del daño civil- ser ejercida conforme a las normas procesales que consagra el artículo 46 de la Ley 20.600.²³⁸

En concreto, con el objeto de establecer unas bases que permitan resolver los problemas que la concepción actual del régimen presenta, en esta investigación se pretenden comprobar -fundamentalmente- las siguientes hipótesis:

²³⁵ MUÑOZ VALENZUELA sostenía, avanzando incluso un paso más allá, hace algunos años que "ésta acción especial afirma la autonomía del Derecho Ambiental, y coopera en el objetivo de combatir directamente la depredación ambiental. No obstante, falta una mayor precisión acerca de la forma efectiva de llevar a cabo la pretendida reparación" (que es precisamente el fin que pretende elucidar esta tesis). Cfr. MUÑOZ VALENZUELA, Macarena, "El Principio quien contamina paga a la luz de la legislación medioambiental chilena", disponible en: www.cde.cl/wps/wcm/connect/df96c1004fbf46ce4e7365/10.pdf?MOD=AJPERES, pág. 12.

²³⁶ Tal como afirma BARROS, "En un gesto de sinceridad, no puede pretenderse que el sistema de responsabilidad civil y los tribunales que lo aplican tengan que preocuparse -menos resolver- de otra cosa que dirimir conflictos de intereses entre muy concreto actor y demandado". BARROS BOURIE, Enrique, "Responsabilidad civil en... cit., pág. 63-64.

²³⁷ Estimamos que dicho cuerpo normativo no establece en caso alguno un régimen especial que rijan la responsabilidad civil dimanante del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, sino sólo contiene algunas disposiciones que alteran las reglas generales del Código Civil cuando se trata del resarcimiento de éste tipo de daños civiles. Estas son las norma de prescripción del art. 63 y la del art. 52 inc. 2º referida a la causalidad. En cualquier caso, somos de la opinión que dichas disposiciones sólo constituyen vicios de técnica legislativa -o si se quiere excesos del legislador-, ya que establecen modificaciones a la acción de indemnización de perjuicios del Código Civil cuando los daños provienen del mismo hecho que ocasionó un daño ambiental, sin que exista justificación alguna para hacerlo. Sobre el particular profundizaremos en lo sucesivo, Vid. infra (capítulo quinto; 2).

²³⁸ Vid. infra (capítulo quinto; 2; 2.3)

En primer lugar: La LBGMA estableció un nuevo régimen de responsabilidad, especial y autónomo del Derecho civil y el Derecho público (administrativo), denominado *responsabilidad por daño ambiental*, destinado únicamente a la reparación de éste.

En este escenario, la investigación llevada a cabo sugiere comprobar si la evaluación y determinación de la presencia de los presupuestos que deben concurrir para que surja la responsabilidad ambiental²³⁹ debe efectuarse en conformidad a unas normas y principios propios de Derecho ambiental, en ocasiones diversos a los que informan la responsabilidad civil extracontractual, sin perjuicio de poder recurrir a los mecanismos que proporciona el Derecho civil -en tanto existe una remisión legal expresa- pero sólo en aquellas hipótesis donde éste auxilio permita tutelar de mejor forma -otorgue ventajas a la consecución de la reparación- el bien jurídico medio ambiente, descartándose en todos aquellos casos en que la regulación civil se oponga a la LBGMA, a los fines y funciones del Derecho ambiental, y especialmente si confabula con la prevención o reparación de los daños ambientales.

Esto se traduce, entre otras cuestiones, en la posibilidad de utilizar mecanismos que permiten flexibilizar las exigencias que el Derecho privado impone para dar por establecida la presencia de dichos presupuestos tratándose de la responsabilidad civil, como lo es, v.gr., la aplicación directa de los principios de Derecho ambiental para hacer responsable a individuos por conductas que crean riesgos de daños ecológicos puros o constituyen una amenaza de éstos o bien la posibilidad de dar por acreditada la concurrencia de la relación causal sólo sobre la base de una probabilidad preponderante.

²³⁹ Dichos presupuestos son, a la luz de lo dispuesto en el artículo 51, los siguientes: (i) una acción u omisión; (ii) un daño ambiental; (iii) la relación de causalidad que vincule a ambos; (iv) la capacidad del autor; y (v) la culpabilidad de éste. Así ha sido resuelto por nuestra Excelentísima Corte Suprema, Vid. Excm. Corte Suprema, causa rol 21.327 - 2014, sentencia de fecha 20-11-2014, caratulada "Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena"; y Excm. Corte Suprema, causa rol 15.996 - 2013, sentencia de fecha 01-09-2014, caratulada "Fisco de Chile con Molibdenos y Metales S.A. otra".

En segundo lugar: Como consecuencia de lo anterior, el estudio de la materia sugeriría comprobar si es efectivo que la LBGMA no concede, para perseguir la responsabilidad por el daño al medio ambiente, una acción especial de naturaleza civil-ambiental. En tal sentido, dicho cuerpo normativo otorgaría sólo una acción: la *ambiental*, cuya pretensión debe ser eminentemente la reparación del daño ecológico puro *in natura*.

Ello se traduce en que el resarcimiento de los daños civiles particulares derivados del mismo hecho que ocasionó el daño al medioambiente -responsabilidad civil dimanante del daño ambiental- debe ser regulado por el régimen de responsabilidad extracontractual clásico del Código Civil.

Por tanto, la principal consecuencia que se sigue de esta teoría, es que para la determinación de la presencia de los presupuestos o elementos que hacen surgir la responsabilidad por los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, se deben utilizar los criterios y aplicar las exigencias propias de esa rama del Derecho, sin que corresponda ni sea posible beneficiar a los sujetos activos de esas acciones de indemnización ordinaria, con la utilización de mecanismos que permitan flexibilizar tales exigencias -salvo en cuanto éstas posean un origen legal, - como ocurre, v.gr., con las previsiones normativas del artículo 62 de la LBGMA o el 46 de la LTA-.

CAPÍTULO CUARTO

PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL DERECHO AMBIENTAL COMO BASES PARA LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD. INTEGRACIÓN Y SUPLETORIEDAD DE LA LBGMA

1. El papel de los Principios Generales del Derecho ambiental en la interpretación de las normas de la LBGMA

1.1. Cuestiones preliminares

En los acápites previos se ha revelado el estado actual del arte y se ha propuesto, como idea fuerza, la concepción del régimen de responsabilidad por daño medioambiental consagrado en la LBGMA como un *tertium genus* -esto es, como un régimen de naturaleza jurídica mixta que se ubica entre el Derecho privado y el Derecho público- lo que permitiría tutelar de mejor forma el bien jurídico *medio ambiente*.

En tal sentido, en las páginas que siguen se pretenderá comprobar si ésta propuesta podría construirse interpretando sus normas a través de algunos de los principios²⁴⁰ propios del Derecho ambiental²⁴¹ -aquellos que pueden ser estimados como fuente informadora del ordenamiento jurídico positivo y subsidiaria en defecto de la ley²⁴²-, de manera tal de ofrecer a los sentenciadores la posibilidad de resolver

²⁴⁰ Sobre el correcto significado jurídico que debe darse al término *principio* en la voz *principios (generales) del derecho*, Vid. GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La idea de «principio» mentada en la expresión «principios generales del derecho»", en Fernando Reinoso Barbero (Coordinador), *Principios Generales del Derecho. Antecedentes Históricos y Horizonte Actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, págs. 1-9.

²⁴¹ Sobre la concepción de los principios del Derecho ambiental en la óptica del Derecho internacional, Vid. JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, "Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: Perspectiva universal y perspectiva regional europea", en *Política y Sociedad*, Vol. 40, Nº 3, (2003), pág. 9.

²⁴² Cfr. LAGO CANDEIRA, Alejandro, "Principios Generales de Derecho Ambiental" en Enrique ALONSO GARCÍA y Blanca LOZANO CUTANDA, (directores), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, pág. 985.

las acciones de reparación sometidas a su conocimiento -imponiendo la obligación de restauración correspondiente- mediante la aplicación directa de dichos principios.²⁴³

Dicha construcción se postulará con el objeto de flexibilizar las exigencias que la estructura de la responsabilidad civil impone al momento de establecer la obligación de reparación del deterioro que puede sufrir el entorno. De esta forma, se busca comprobar si la concepción de un régimen con una naturaleza especial permitiría o no arribar a soluciones que se avengan mejor con las funciones y los fines perseguidos por el Derecho ambiental^{244,245}, especialmente con aquellos

²⁴³ Esto es, los jueces los sopesan y ponderan, para poder decidir cuál aplicar al caso concreto y en qué medida. No se trata de una aplicación lógico deductiva como las reglas. Cfr. SABELLI, Héctor, "Excepciones a la pesificación, emergencia y principios jurídicos", en *JA*, I, (2003), pág. 5. En el Derecho comunitario europeo, esta posibilidad es plenamente reconocida. Como indica LOZANO CUTANDA, tratándose del caso europeo: "Estos principios generales vienen a marcar la pauta política comunitaria en materia de medio ambiente e implican límites a la discrecionalidad del legislador comunitario, dado que, como hemos señalado, el Tribunal de Justicia puede utilizarlos como parámetros de interpretación de la normativa comunitaria y de determinación incluso de la validez de las disposiciones adoptadas por la Comunidad en esta materia". Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho Ambiental Administrativo*, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 225. En contra, KRÄMER, Ludwin, *Derecho Medioambiental Comunitario*, 6ª edición, Ministerio del Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2009, pág.15., quien estima que los principios que consagra el actual artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, no son vinculantes y constituyen sólo directrices generales para la política medioambiental de la Comunidad.

²⁴⁴ Desde luego cuidándose de no incurrir en los vicios que denuncia la doctrina civil al señalar "Pues con demasiada frecuencia, se presenta a la responsabilidad medioambiental como gobernada por principios propios, de consecuencias insospechadas; parece presuponerse que la bondad de la causa medioambiental justifica todo tipo de originalidades, por peligrosas que sean, y parece que se olvide que un sistema -como el ordenamiento jurídico- no puede mantenerse con caprichosas excepciones". Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 35.

²⁴⁵ En tal sentido, v.gr., a partir de la norma contenida en el artículo 35 de la Ley N° 20.600, los Ministros del Tribunal Ambiental que conocen las acciones de reparación en Chile podrían utilizar los principios de Derecho Ambiental que desarrollaremos en este capítulo para *asignarle valor o desestimar* una de las pruebas ofrecidas en el juicio, en tanto constituyen las *razones jurídicas* que le sirvieron para ello. En efecto, el artículo 35 de la Ley N° 20.600 expresa: "*De la prueba. El Tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o desestime. En general, tomará 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*". Como se advierte el legislador utilizó la voz *razones jurídicas*, el cual es un concepto amplio que permite, a nuestro juicio,

declarados en forma expresa en el artículo 1 de la LBGMA, esto es, la *protección del medio ambiente*, la *preservación de la naturaleza* y la *conservación del patrimonio ambiental*.

En este estado de cosas, como afirma un autor, "el proceso de construcción del Derecho ambiental como rama autónoma en formación ha decantado unos principios en torno a los cuales se aglutina".²⁴⁶ En este escenario, en lo que respecta a esta rama del Derecho, los principios poseen una función determinante, habida consideración de la plasticidad con que son construidas sus normas en los diversos sistemas jurídicos, dada la necesidad de adaptación que estas presentan en atención al objeto sobre el cual recaen: el medio ambiente.²⁴⁷

En materia de responsabilidad por daño ambiental, en Chile, su importancia es aún más notoria por cuanto la LBGMA establece un marco regulatorio mínimo común -la responsabilidad por daño ambiental se regula en sólo en 8 artículos- en el cual la mayoría de sus normas requieren ser explicadas, complementadas e interpretadas a la luz de estos principios.²⁴⁸

En efecto, estimamos que los principios generales y en especial los principios básicos propios de una rama específica del Derecho²⁴⁹, sirven para resolver

incluir en él la Constitución Política de la República; leyes; decretos; etc.; y por cierto, los principios generales de Derecho ambiental.

²⁴⁶ Cfr. JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho a...*, cit., pág. 131.

²⁴⁷ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001, pág. 144.

²⁴⁸ El mensaje de la LBGMA expresaba sobre el particular: "Este es precisamente el objetivo del proyecto. Es una ley "marco" o de bases, ya que en un número relativamente pequeño de disposiciones, se concentran algunas de las instituciones fundamentales para una gestión ambiental moderna e integradora, recogiendo principios básicos que sirvan de punto de referencia para interpretar la legislación existente y para la dictación posterior de otros cuerpos legales atinentes a materias específicas". HL19.300, pág. 11.

²⁴⁹ Como afirma BETANCOR "Cuando hablamos de principios nos referimos a los principios jurídicos. Es decir, a los principios que estando normalmente positivizados sirven de fuente de inspiración e información bien de otras normas o bien de la práctica aplicación del conjunto del sistema normativo, máxime cuando sobre ellos reposa, como ha afirmado Canaris, la condición sistémica inmanente del Derecho". Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones de...*, cit., pág. 143.

contradicciones que puedan existir entre los fines y funciones de una disciplina jurídica particular y determinadas normas que quieran aplicarse a tal disciplina. Constituyen, en tal sentido, una limitación al avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas del Derecho.

De igual forma, actúan como plataforma para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación, de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de las fronteras de la especialidad.²⁵⁰ Poseen, en consecuencia, una función informadora de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos.²⁵¹

Dicho de otro modo, ciertos principios del Derecho ambiental tienen todas las funciones que se pueden atribuir a las normas²⁵², y en tal sentido poseen: una función integradora en cuanto permiten colmar una laguna del ordenamiento; una función interpretativa como un modo de subsumir el caso en un enunciado amplio que ayude al interprete a orientarse en la hermenéutica correcta; una función teleológica que permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de políticas públicas, etc.²⁵³

Como expresa GARCÍA ENTERRÍA, "tienen a la vez los principios generales así entendidos una capacidad heurística (para resolver problemas interpretativos de las leyes y de los simples actos en vista de una solución), inventiva (para organizar o descubrir combinaciones nuevas), organizativa (para ordenar actos heterogéneos,

²⁵⁰ Cfr. CAFFERATTA, Néstor, *Introducción al Derecho Ambiental*, Instituto Nacional de Ecología (INE-SEMARNAT), México DF, 2004, pág. 33.

²⁵¹ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, ob. cit., pág. 144.

²⁵² Se trataría entonces de verdaderas normas, aunque no sea sencillo determinar qué tipo de normas sean. Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1992, pág. 239; VIGO, Alejandro, "Los principios generales de derecho" en *JA*, III, (1986), pág. 868.

²⁵³ Cfr. CAFFERATTA, Néstor, ob. cit., pág. 33.

cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica); son ellos los que prestan a ésta su dinamicidad característica, su innovación y su evolución incesantes".²⁵⁴

Asimismo, se trata de principios que permiten evitar la entrega de un poder excesivo al aplicador de las normas, pues delimitan su marco de acción dentro de los postulados que éstos establecen, proporcionándole criterios que condicionan su labor, criterios cuya fuerza radica en la importancia estructural que tienen en el seno del Derecho ambiental.²⁵⁵

En este estado de cosas, corresponde ahora analizar cuáles son estos principios y exponer de qué forma los mismos fortalecen la labor de reparación de los daños ambientales, en tanto se encuentran llamados a cubrir los vacíos que pudieran surgir en la aplicación de las normas de la LBGMA y a dirigir su proceso de aplicación.²⁵⁶ A los efectos, se postularán a los mismos como directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos por la LBGMA.²⁵⁷

Se trata entonces de exponer y desarrollar aquellos principios que preexisten a la LBGMA, la que de hecho se justifica en ellos (*espíritu general de esa legislación*) como bien lo señala el mensaje de ésta, cuya consecución y vigencia no está supeditada a las normas sustanciales que pueden expresarlos. Por el contrario, tienen existencia propia e independiente, sin perjuicio que simultáneamente a la existencia de éstos existan normas dentro de la LBGMA, o de otras leyes que regulan la reparación de los daños al medio ambiente, que expresen el contenido sustancial de éstos, como de hecho ocurre según veremos.

²⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo" en *Revista de Administración Pública*, Madrid, N° 40, 1963, pág. 194.

²⁵⁵ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones de...*, cit., pág. 146.

²⁵⁶ *Ibidem*, pág. 147.

²⁵⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, "Los Principios Generales del derecho del trabajo", en *Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires*, año 2, N° 3, (1979), pág. 35.

De tal suerte que estudiaremos en este apartado sólo aquellos principios del Derecho ambiental alusivos a los daños ambientales, tanto en su posibilidad que se produzcan (evitación) como a la exigencia que una vez producidos sean eliminados y la naturaleza recupere sus cualidades iniciales (restauración).²⁵⁸ Principios que podrían ser reconducidos a uno solo: La protección del ambiente.²⁵⁹

Hacemos presente que dada la naturaleza de la presente investigación, comenzaremos por aquellos principios relativos a la reparación de los daños ambientales y luego nos referiremos a aquellos destinados a la evitación y prevención, sólo en cuanto ésta se relaciona con la labor restauradora, teniendo presente como máxima que un régimen de responsabilidad por daño ambiental posee, en todo caso, siempre una vocación preventiva²⁶⁰ y que por lo tanto necesita recurrir a los principios preventivos y precautorio en forma periódica.²⁶¹

²⁵⁸ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, ob. cit., pág. 150.

²⁵⁹ JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, inquiriere: "... con lo que surge ya desde el comienzo la cuestión de saber si la protección de la naturaleza no es acaso uno de los grandes principios que debieran estructurar el conjunto del ordenamiento jurídico...". Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, ob. cit., pág. 7.

²⁶⁰ Algo que la doctrina italiana afirmaba hace más de tres décadas, indicando que la tutela del ambiente requiere, sobre todo, instrumentos preventivos a nivel administrativo y jurisdiccional, ya que el daño al ambiente, cuando ya se ha producido, comporta efectos irreversibles. De aquí la exigencia del recurso a formas cautelares y preventivas de tutela. Cfr. POSTIGLIONE, Amedeo, *Il diritto all'ambiente*, Jovene Editore, Napoli, 1982, págs. 192 y ss.

²⁶¹ Así ha sido reconocido por nuestro máximo tribunal, Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 21.327 - 2014, sentencia de fecha 20-11-2014, caratulada "Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena". Voto de disidencia, considerando 10º.

En un sentido similar, SÁNCHEZ FRIERA, expresa "el instituto de la responsabilidad crea incentivos para la reducción del riesgo, al estimular a las partes potencialmente implicadas a adoptar precauciones en orden a evitarlo [el daño]". Cfr. SÁNCHEZ FRIERA, María del Carmen, *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1994, pág. 342.

Se debe mencionar que en Chile autorizada doctrina le atribuye a la responsabilidad civil un efecto similar. En efecto, BARROS BOURIE expresa "el riesgo de ser civilmente responsable genera inevitablemente un incentivo para asumir el comportamiento ambientalmente correcto, estimulando así la adopción de resguardos ... de este modo y dentro de los márgenes impuestos por la idea de justicia correctiva, la responsabilidad civil cumple una función preventiva en la preservación del medio ambiente". Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 151-158 y 790-791.

Ello, no es más que la consecuencia natural de que el Derecho ambiental posee una naturaleza preventiva, de tal suerte que incluso la reparación del daño posee esta misma función, en especial atención a que, como veremos a lo largo de este trabajo, un *recurso contaminado es un recurso contaminante*, y en tal sentido su reparación es al tiempo una medida de prevención de futuros daños.²⁶²

1.2. Principio de Corrección o Reparación del daño ambiental, preferentemente en su fuente

1.2.1. Concepto y contenido

El principio de corrección o reparación del daño ambiental²⁶³, preferentemente en su fuente, es un principio del Derecho ambiental referido a la exigencia de que

²⁶² Sobre esta noción, Vid. VARGA PASTOR, Aitana DE LA y SANZ RUBIALES, Iñigo, "Título V" en Fernando García-Moreno Rodríguez (director), *Comentarios sistemáticos a la ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2014, págs. 500 y ss. En un sentido similar se ha manifestado nuestra Corte Suprema, en un voto de disidencia pronunciado por los Ministros PERRY y SANDOVAL, al señalar "10º... pues no cabe duda que la conducta negligente del demandado es no sólo un daño cierto sino también una amenaza seria de seguir aumentando el deterioro del inmueble." Cfr. Excm. Corte Suprema, causa rol 21.327 - 2014, sentencia de fecha 20-11-2014, caratulada "Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena".

²⁶³ Nos parece interesante, a modo de contextualizar el principio que nos ocupa, recordar que el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, emplea la voz "*atentado*" contra el medio ambiente en vez de "*reparación*". Tal como afirma MORENO MOLINA, creemos que este principio está expresado en castellano, en dicho cuerpo normativo, en forma desafortunada. En efecto, la revisión de las diferentes versiones lingüísticas del artículo 191 del TFUE proporciona luces sobre la expresión correcta del mismo. Tanto la versión italiana ("*danni causati all' ambiente*") como la portuguesa ("*danos causados ao ambiente*") o la inglesa ("*environmental damage*") hablan de daño ambiental o al medio ambiente. La francesa, en cambio, emplea el término "*atteintes à l' environnement*", versión que parece haberse elegido por los equipos de traducción del tratado, traduciéndola literalmente al español como *atentado*. Cfr. MORENO MOLINA, Ángel M., *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Marcial Pons, 2006, pág. 55. Lo anterior nos parece que no es baladí ni una cuestión destinada al mero solaz de los juristas, por cuanto la literatura ambiental tiene acuñado ampliamente el concepto de *daño ambiental*, al cual se le otorga un muy preciso significado, incluso en los textos legales que lo definen. De hecho, la utilización de una nomenclatura diversa -como la de *atentado*- ha dado origen a cuestionamientos, como el de KRÄMER, quien expresa: "Por lo demás, como se ha dicho anteriormente, no está claro si el Tratado en realidad se refiere a deterioro, en lugar de daño, que debe ser rectificado en la fuente. De hecho, podría muy bien sostenerse que, puesto que todas las actividades humanas producen un deterioro ambiental, no tiene mucho sentido establecer la regla de

una vez producido un deterioro al medio ambiente las medidas para afrontarlo se adopten en el estado más temprano posible, preferentemente en el punto en que se producen, para evitar que sus efectos se propaguen más allá.²⁶⁴

Se trata de un principio que sustenta el régimen de responsabilidad por daño ambiental: El incumplimiento del deber de cuidar la naturaleza y proteger nuestros recursos naturales, impone el deber de reparar los daños causados por un uso irracional de dichos recursos allí donde éstos se han ocasionado.²⁶⁵

Además, este principio refuerza el criterio en virtud del cual la reparación ambiental debe ser *in natura*.²⁶⁶ En efecto, a partir de los postulados de éste, es

que cualquier deterioro debe ser rectificado". KRÄMER, Ludwin, *Derecho Ambiental y tratado de la Comunidad Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 95. Este postulado, empero, desconoce una realidad fundamental que le resta valor a la crítica formulada, y es que, como el mismo afirma, la responsabilidad por daño ambiental no se ocupa de *cualquier daño o deterioro*, sino de aquellos daños ambientales que reúnan la condición de ser significativos. Por eso, el ejemplo que el autor expone en el texto citado -referente a los daños que ocasionan los automóviles- no nos parece acertado, por cuanto el Derecho ambiental no busca eliminar *toda la contaminación* -tarea por lo demás imposible- sino establecer unos límites que respeten el desarrollo natural de los seres humanos y las especies. Consecuentemente, la contaminación atmosférica ocasionada por los automóviles no representa, *per se*, un daño ambiental significativo y por ello no atenta contra el medio ambiente que es el objeto de preocupación de la responsabilidad ambiental.

En tal sentido, pensamos que la utilización errónea de ciertas voces o giros idiomáticos -como ésta de la que venimos hablando, o la de daño civil *derivado* del daño ambiental- constituyen uno de los grandes factores que han perjudicado la consagración de la especialidad del régimen de responsabilidad por daño ambiental, ocasionando que el fantasma de la responsabilidad civil lo haya perseguido siempre.

Finalmente sobre el punto, creemos de valor destacar que el Tratado constitucional del año 2004, establece una redacción que juzgamos es más adecuada, al indicar:

"2. La política medioambiental de la Unión tendrá como objetivo un nivel elevado de protección, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de precaución y de acción preventiva, en el principio de corrección de los daños al medio ambiente, preferentemente en el origen, y en el principio de que quien contamina paga."

²⁶⁴ Cfr. PLAZA MARTÍN, Carmen, "Comunidad Europea: Objetivos, Principios y Condiciones de la Acción Ambiental Comunitaria", en Enrique Alonzo García y Blanca Lozano Cutanda, (directores), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, pág. 316.

²⁶⁵ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho Ambiental...*, cit., pág. 283.

²⁶⁶ Como expresa BETANCOR "En el principio de corrección, el objetivo central es, como se ha dicho, la reparación primaria, la reparación *in natura*, la restitución del recurso a su estado anterior a la agresión". Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, "*Derecho...*" cit., pág. 285.

posible afirmar que producido un daño ambiental lo relevante será que se corrijan sus efectos en la fuente misma donde ocurrió el deterioro, antes de la implementación de cualquier otra medida -como lo sería, v.gr. la aplicación de una sanción, una pena; una indemnización; etc.-.

Es además, un principio que encuentra una muy estrecha relación con el principio preventivo²⁶⁷ dado que permite determinar si las medidas adoptadas por la Autoridad para prevenir los daños al medio ambiente son realmente efectivas -especialmente para el caso de deterioros ambientales irreversibles o irreparables.²⁶⁸

En relación a esto último, es interesante la posición de BETANCOR RODRÍGUEZ, quien niega la mentada relación, afirmando que este principio es uno de los más

²⁶⁷ Esta estrecha vinculación ha llevado a algunos autores, como MORENO MOLINA, a expresar que: "Más allá de las afirmaciones generales sobre esta directriz de rectificar el daño ambiental en su origen mismo, nos asaltan las dudas sobre la diferencia real entre este principio y otros, como el de acción preventiva, con el que parece estar en cierta forma emparentado. Desde esa perspectiva, se nos hace difícil ver con claridad las diferencias de bulto que puedan existir entre corregir en origen el daño ambiental (esto es, evitar antes que surja) y prevenir dicho daño ambiental". Vid. MORENO MOLINA, Ángel M., ob. cit., pág. 55. Empero, creemos que la crítica que formula el autor, se debe a una errada interpretación del contenido y extensión del principio, ya que si bien éste posee una faz preventiva, según expresamos, su función primordial es la de corregir -restaurar- los daños ambientales en su fuente misma, esto es, donde se han hecho presente -en su origen-, y en tal sentido su función primordial no será evitarlos, como sí ocurre con el principio preventivo, según veremos.

²⁶⁸ Para una autora, "en este sentido, el principio se incardina en la misma filosofía preventiva y en consecuencia impone la obligación de dar prioridad a las medidas destinadas a detener la contaminación antes de su emisión al ambiente, en desmedro de aquellas que actúan sobre el daño ya producido". Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho Ambiental...*, cit., pág. 227. Como expresa PLAZA MARTÍN: "En Europa la operatividad de este principio como parámetro para valorar la conformidad de disposiciones nacionales con el Derecho comunitario, y el alcance de éstas últimas se puso de manifiesto en el asunto 2/90 sobre los residuos valones... El TJCE afirmó, en primer lugar, que los residuos -reciclables o no- deben considerarse productos cuya circulación, conforme al entonces art. 30 del TCEE, no deberían impedirse, pero consideró que exigencias imperativas de interés general relacionadas con la protección del medio ambiente justificaban las medidas controvertidas. Ello, pese a que la Comisión había alegado que éstas medidas eran discriminatorias para los residuos procedentes de los otros Estados miembros y que, por consiguiente -conforme a la jurisprudencia del propio Tribunal en el asunto *Cassid de Dijon*- no podía invocarse una exigencia imperativa de protección al medio ambiente". Vid. PLAZA MARTÍN, Carmen, "Medio Ambiente en la Unión Europea" en Luis Ortega Álvarez y Consuelo Alonso García (directores), *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 123-124.

ambiguos²⁶⁹, explicando que existe una confusión en la doctrina española en torno al alcance y verdadero significado del principio.

En efecto, afirma este autor que "en otros términos, una cosa es la reparación del daño que debe producirse donde el daño se ha hecho presente y otra cosa es atacar la causa del daño que debe producirse en su origen, pero en este caso, no hablamos de reparación. La reparación es la del daño, en el lugar en que esté se ha producido, en cambio, la causa del daño se ataca en su origen conforme a los otros principios, los de prevención y precaución. En conclusión, el principio confunde la reparación del daño con la prevención de la causa del daño".²⁷⁰

En nuestra opinión, la crítica posee validez en tanto permite distinguir claramente las dos faces o esferas del principio, pero no la compartimos en cuanto a que dichas faces sean incompatibles. Efectivamente, una cosa es la reparación del daño en la fuente misma, en el origen donde este se produjo -cuestión de suyo propia del principio en comento- y otra muy diversa será atacar su causa, la fuente que ocasionó -de donde emanó- el daño, cuestión que será más propia del principio preventivo.

Pero el que esta última función sea más propia del principio preventivo, no le resta valor alguno al aporte que puede prestar el principio de corrección en dicha labor preventiva. Al contrario, pensamos que la interacción de ambos hace más sólida la labor prevención de daños y en tal sentido su vinculación constituye un valor. Un claro ejemplo de esto, se refiere a las *normas de emisión*, conforme expondremos un poco más adelante.

Debemos señalar que, en todo caso, se trata de un principio incompleto, como pone de manifiesto SANZ RUBIALES, por cuanto si bien establece la obligación de restaurar el medio ambiente dañado, no determina qué sujetos son los obligados a

²⁶⁹ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...* cit., pág. 285.

²⁷⁰ *Ibidem*, pág. 286

ello, razón por la cual necesariamente debe ser complementado con el *principio quien contamina paga*.²⁷¹

1.2.2. Origen y consagración positiva en el Derecho comunitario

Este principio fue incorporado en el Tratado de la Comunidad Económica Europea de la mano del Acta Única Europea.²⁷² En efecto, el Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea establece en su artículo 191.2 (antiguo 133 y luego 172.2 del Tratado Constitutivo):

"La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga".

Asimismo, sobre el particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo ha reconocido expresamente -al menos en su faz preventiva- al indicar que *"incumbe a la Unión Europea y a los Estados miembros, evitar, reducir y, en la medida de los posible, suprimir, en el origen, las fuentes de contaminación o de daños mediante la adopción de medidas tendientes a eliminar los riesgos conocidos"*.²⁷³

1.2.3. Manifestaciones en el Derecho positivo chileno

En el ordenamiento jurídico chileno, es posible advertir la presencia del principio de reparación del daño ambiental, preferentemente en su fuente, subsumido en aquel principio que la LBGMA denomina de *responsabilidad*. En efecto, el mensaje de este cuerpo legal expresa:

²⁷¹ Cfr. SANZ RUBIALES, Iñigo, "Aspectos Jurídicos...", cit., pág. 3.

²⁷² Cfr. KRÄMER, Ludwin, *Derecho Medioambiental Comunitario...*, cit., pág.27.

²⁷³ Vid. Asuntos acumulados C-175/98 y C-177/98, *Lirussi*.

"En cuarto lugar, el proyecto establece el principio de la responsabilidad... Además, se busca reparar materialmente el daño causado al medio ambiente, obligando al causante del daño a restaurar el paisaje deteriorado..."

Como se advierte, uno de los objetivos principales de la LBGMA es la restauración del ambiente dañado.²⁷⁴ Se busca, en consecuencia, la reparación *in natura* y en la fuente misma, la corrección del perjuicio ahí mismo donde ocurrió.

Asimismo, su presencia es posible observarla en la definición de *reparación* que la LBGMA proporciona en el literal s) de su artículo 2, en tanto dispone que son los componentes del medio ambiente los que deben reponerse a una calidad similar a la que tenía antes del daño o en su defecto que deben ser restablecidas sus propiedades básicas. Es decir, que el daño ambiental debe repararse en el lugar donde se manifestó y que dicha reparación debe efectuarse *in natura*.

Por su parte estimamos que existe una clara manifestación del principio en la norma contenida en el artículo 101 del Decreto N° 40, Ministerio del Medio Ambiente, 30 de octubre de 2012, D. Of. 12 de agosto de 2013, *Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* [En adelante Reglamento SEIA], el cual dispone:

"Artículo 101.- Lugares en donde se adoptan las medidas.

Los efectos de las medidas de mitigación y reparación deberán producirse en las áreas o lugares en que se presenten o generen los impactos significativos sobre los elementos del medio ambiente.

Las medidas de compensación se llevarán a cabo en las áreas o lugares en que los impactos significativos se presenten o generen o, si no fuera posible, en otras áreas o lugares en que resulten efectivas".

A su turno, una manifestación de la faz preventiva del principio se encuentra en las denominadas *normas de emisión*²⁷⁵, que la LBGMA define en su artículo 2 letra o), donde señala:

²⁷⁴ El mensaje de la LBGMA utiliza, en forma poco afortunada, los términos *paisaje deteriorado*.

"o) *Normas de Emisión: las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora*".

En efecto, "si bien estas normas parecen no corregir los daños en su misma causa, ya que no evitan o impiden la emisión, sólo establecen ciertos límites a las emisiones a partir de los cuales los daños son significativos. Sí atacan el daño en su fuente (causa), al menos, en su fuente (causa) inmediata. Ciertamente, no lo impiden en sentido absoluto; tampoco lo corrigen en sentido absoluto, pero no es menos cierto que al establecer unos umbrales o límites a partir de los cuales el daño es significativo, sí está atacando la fuente (causa) de la producción del daño", que como hemos dicho, corresponde a una manifestación de su faz preventiva.^{276,277}

Sobre este punto, según se indicaba más arriba²⁷⁸, existe doctrina extranjera, que estima que entender a las normas de emisión como una manifestación del principio de corrección del daño ambiental, preferentemente en su fuente, es un error dado que ello diluiría el principio preventivo.²⁷⁹ Conforme hicimos presente en

²⁷⁵ Según el artículo 40 de la LBGMA:

"Las normas de emisión se establecerán mediante decreto supremo que llevará las firmas del Ministro del Medio Ambiente y del ministro competente según la materia de que se trate, el que señalará su ámbito territorial de aplicación.

Corresponderá al Ministerio del Medio Ambiente proponer, facilitar y coordinar la dictación de normas de emisión, para lo cual deberá sujetarse a las etapas señaladas en el artículo 32, inciso tercero, y en el respectivo reglamento, en lo que fueren procedentes, considerando las condiciones y características ambientales propias de la zona en que se aplicarán, pudiendo utilizar las mejores técnicas disponibles, como criterio para determinar los valores o parámetros exigibles en la norma cuando corresponda".

²⁷⁶ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones...*, cit., pág. 170.

²⁷⁷ Con respecto a la materialización del principio en las denominadas *normas de emisión* -en desmedro de las normas que sólo fijan estándares de calidad ambiental-, en Derecho europeo se advierte que la confluencia en el marco de la política ambiental de otros principios como el de proporcionalidad, sumado a determinadas exigencias de la actuación comunitaria también establecidas en el Derecho originario, como la de prestar la debida consideración a las diferentes condiciones ambientales de las diversas regiones de Europa, atemperarían las repercusiones del principio de reparación en la fuente misma, de tal forma que no puede afirmarse, en términos generales, una prioridad de las normas de emisión sobre las de calidad. Vid. PLAZA MARTÍN, Carmen, "Medio Ambiente en...", cit., págs. 122-123.

²⁷⁸ Vid. supra (apartado 1.2.1. de este capítulo)

²⁷⁹ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 286-287, nota al pie N° 73.

dicha oportunidad, estimamos que esta aprensión no es justificada por cuanto la relación y el mutuo aporte de ambos principios, constituye una herramienta aún más eficaz para la protección del ambiente.

Finalmente, se debe mencionar que el principio se encuentra expresamente contemplado en el *Convenio sobre Diversidad Biológica* y en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, y en tal sentido es parte del ordenamiento jurídico interno conforme se dará cuenta al final de este capítulo.²⁸⁰

1.2.4. Herramientas que proporciona al régimen de responsabilidad por daño ambiental

A los efectos de nuestro trabajo, cobra relevancia la circunstancia de que el principio en comento permitiría interpretar las normas de la LBGMA de tal manera, que facultaría sostener la procurada autonomía del régimen de responsabilidad por daño ambiental en relación con la responsabilidad civil extracontractual y postular, en cambio, su naturaleza mixta. En efecto, en los apartados que siguen veremos como el principio sirve al régimen de responsabilidad por daño ambiental.

1.2.4.1. La imposición de obligaciones propias de la reparación del daño ambiental antes de su verificación efectiva: Medidas para el ataque a la fuente del daño

Si para la responsabilidad civil el daño es el principio, la medida y el fin del sistema, al punto que sin él no puede surgir obligación alguna de indemnizar, tratándose del deterioro al ambiente, en virtud de este principio, podría postularse que no será necesario que el daño sea -necesariamente- cierto, real y efectivo para que el incumplidor del deber de conservación de la naturaleza pueda ser merecedor de una consecuencia jurídica.

²⁸⁰ Vid. infra (apartado 1.6.1. (a), de este capítulo).

Así, en ocasiones, bastará el solo incumplimiento del deber de conservación para que pueda imponerse al sujeto en cuestión la obligación de tomar medidas tendientes a proteger el ambiente o de repararlo cuando el daño se verifique efectivamente.²⁸¹ En tal sentido, *corregir* el daño preferentemente en su fuente implica también, según se ha dicho, atacar la fuente que -potencial o efectivamente- ocasionará, ha ocasionado o está ocasionando un daño ecológico puro.

De esta forma, el principio podría auxiliar a los jueces permitiéndoles imponer obligaciones propias de la reparación sin que, necesariamente, se haya verificado el daño con todas las características que exige la responsabilidad civil (cierto, real y efectivo) evadiendo las trabas que ese sistema les impone, pero fundamentando conforme a Derecho -esto es, conforme al principio de reparación- sus decisiones, pues con ello se estaría *atacando la fuente de dichos daños*.

1.2.4.2. Proporciona orientaciones a los jueces que conocen las acciones de reparación ambiental

En efecto, el principio orienta a los sentenciadores en tres aspectos cardinales.²⁸²

En primer lugar proporciona un criterio según el cual la acción reparadora debe llevarse a cabo inminentemente, de tal suerte que se deben adoptar a la brevedad todas las medidas posibles para, de forma inmediata, evitar controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualquier otro factor perjudicial con el objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales.²⁸³

²⁸¹ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones...* , cit., pág. 169.

²⁸² Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...* , cit., pág. 288.

²⁸³ En la legislación europea, estos deberes incluso se encuentran consagrados positivamente. Sobre el particular, Vid. Directiva 2004/35/CE, artículo 6; En España, Ley 26/2007, artículo 17.

En segundo lugar, proporciona el criterio según el cual el autor del daño ambiental debe llevar a cabo toda acción o conjunto de acciones, incluidas las medidas paliativas o provisionales, que tengan por objeto reparar, rehabilitar o remplazar recursos naturales y servicios dañados, o facilitar una alternativa equivalente a los mismos, ello incluso cuando aún no haya sido demandado y sea sólo sujeto pasivo de una medida prejudicial precautoria.^{284,285}

Sin perjuicio de lo dicho, es menester reiterar que se trata de un principio incompleto, pues establece la obligación de restaurar el medio ambiente dañado, pero no determina qué sujetos son los específicamente obligados a ello. Por eso, necesita ser complementado con el principio *quien contamina paga*, que se dirige a atribuir la responsabilidad de los daños al ambiente a los autores, internalizando así los costos ambientales.²⁸⁶

Finalmente, en tercer lugar, el principio proporciona un criterio según el cual se reafirma que debe ser el causante del daño quien asuma los costos de todas las medidas antes señaladas. En caso que sea el Estado quien asuma el costo de esas medidas momentáneamente²⁸⁷, por ejemplo, porque aún se desconoce la identidad del causante o no existe claridad en hipótesis de varios presuntos causantes, en virtud de este principio, pensamos que es posible postular el nacimiento de una acción de repetición a favor del Estado, ya sea iniciando el respectivo juicio una vez determinado el causante o bien una vez que se dictó una sentencia condenatoria que identificó a uno o más individuos como causantes del daño ambiental.

²⁸⁴ En Europa, esto se contempla expresamente en la Directiva 2004/35/CE, artículo 2.11; En España, Ley 26/2007, artículo 20.

²⁸⁵ También proporciona herramientas al poder legislativo, en tanto sirve de guía en la dictación de nuevas normas de naturaleza ambiental -especialmente aquellas atingentes a la responsabilidad por el daño causado al medio ambiente- dado que constituye un parámetro para valorar si dichas disposiciones se ajustan o no la necesidad de reparación del daño en la fuente misma.

²⁸⁶ Vid. supra (apartado 1.2.1., de este capítulo).

²⁸⁷ Por imponérselo así el deber constitucional de *tutelar la preservación de la naturaleza* (art. 19 N° 8 CPR); por razones de interés público; y con el objeto evitar daños mayores.

1.3. Principio quien contamina paga

1.3.1. Concepto y significado

El principio quien contamina paga²⁸⁸ es hoy en día, sin lugar a dudas, uno de los principios más relevantes del Derecho ambiental, encontrándose presente no sólo en instrumentos de Derecho ambiental internacional, sino también gozando de consagración positiva en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados.

Ante todo, para percibir el verdadero alcance y contenido de este principio, así como su función, es menester comprender que el mismo posee una doble dimensión.²⁸⁹ Por una parte, se trata de un principio que proporciona herramientas destinadas a la prevención de los daños ambientales y por otra, más relevante a los efectos de esta investigación, una faz o función reparadora incardinada en la estructura del régimen de responsabilidad por daño ambiental.²⁹⁰ Esta última función es reconocida por la jurisprudencia del TJUE quien ha resuelto que "*desde una perspectiva general, el contaminador, definido como aquel que daña, directa o*

²⁸⁸ Como indica KRÄMER, la denominación del principio no es uniforme en los distintos ordenamientos jurídicos. Así las versiones lingüísticas griega, italiana, holandesa, española, portuguesa y danesa se refieren a «el que contamina paga»; mientras que en francés será «el principio contaminador-pagador»; en inglés «el contaminador debería pagar»; y en alemán se habla de «*Verursacherprinzip*» que puede ser traducido como «*principio del causante* [del daño]» o «principio de causalidad». Cfr. KRÄMER, Ludwin, *El Derecho Ambiental y el Tratado de...*, cit., pág. 97; MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *Derecho Comunitario del...*, cit., pág. 53. Sobre los problemas terminológicos e interpretativos del principio, Vid. SYKES, Stephen, "Setting precedents for EU environmental liability? The polluter pays principle and the UK Cambridge case" en *European Environment*, Vol. 4, part. 1, (1994), págs. 21-22.

²⁸⁹ En España, ya en el año 1989, GOMIS CATALÁ escribía: "Sin embargo, desde hace algún tiempo, la doctrina viene reivindicando un concepto mucho más amplio que abarque la *función reparadora* del principio como el fundamento último de la responsabilidad por daños". GOMIS CATALÁ, Lucia, *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Aranzadi, 1998, Navarra, pág. 97.

²⁹⁰ Es posible advertir esta función reparadora en la Recomendación del Consejo de la OCDE de 7 de julio de 1989 sobre la aplicación del principio contaminador-pagador a las contaminaciones accidentales, donde se establece una aplicación particular del mismo al imputar al explotador de una instalación peligrosa, causante de contaminación accidental, el costo de las medidas razonables para luchar contra esa contaminación decididas tras un accidente por los poderes públicos. En idéntico sentido el V Programa de acción comunitario en materia de medio ambiente y el Libro Verde de la Comisión sobre la reparación del daño ecológico. Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucia, ob. cit., pág. 97.

*indirectamente, el ambiente debe sufragar los gastos de la restauración ambiental".*²⁹¹

En efecto, en su faz preventiva, el principio responde a la siguiente máxima "los costos de las medidas necesarias para evitar la contaminación o para reducirla, en su caso, a los niveles aceptados como permisibles, deben ser de cargo de los causantes de la misma, sin subsidios sociales de ninguna especie que falseen las condiciones de producción y de consumo o se presten para distorsiones en las transacciones comerciales o en la localización de las inversiones".²⁹² Se trata, en consecuencia, de un mecanismo para adscribir los costos de la contaminación a un determinado agente.^{293,294}

A su turno, en su faz reparadora,²⁹⁵ el principio postula que quien haya causado daño al medio ambiente o haya realizado una actividad que supuso una

²⁹¹ Vid. Asunto C-188/07, Comune de Mesquer v. Total France SA y Total International Ltd., apts. 69-72.

²⁹² Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, "*Derecho ambiental...*", cit., pág. 311.

²⁹³ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, cit., pág. 46.

²⁹⁴ Bajo este prisma, se ha dicho, estimamos con acierto, que "el principio es jurídico en su planteamiento, pero económico en su operación, no es esencialmente punitivo sino restitutorio, intenta operar a través de las reglas del mercado, reduciendo el costo que la sociedad sufre en su totalidad, al forzar al contaminador a internalizar los costos asociados de su producción o consumo, y eliminar de esa forma el problema de los bienes comunes y su sobreconsumo". MUÑOZ VALENZUELA, Macarena, ob. cit., pág. 3.

²⁹⁵ VALENZUELA FUENZALIDA niega esta perspectiva del principio, señalando que "no se refiere el principio, en consecuencia, a la responsabilidad que pueda recaer sobre los contaminadores por los daños que causen con la contaminación. No postula que quien causa perjuicios al contaminar debe responder por ellos, convirtiéndose el principio en algo así como una versión ambiental de la Ley del Talión. La obligación de indemnizar los daños causados por la contaminación existente, por supuesto, no tiene su fuente en este principio sino en las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual. Nada obsta, por lo tanto, a una aplicación simultánea del principio quien contamina paga y de las normas sobre responsabilidad civil por daños causados a terceros". Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 311-312. No podemos sino ser críticos de esta opinión afirmando, con GOMIS CATALÁ, "que el principio *quien contamina paga* también puede ser entendido como un remedio *a posteriori* de los daños producidos por el contaminador haciendo uso del mecanismo de la responsabilidad por daños al medio ambiente". Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucia, ob. cit., pág. 97. Lo anterior se dice, en primer lugar, porque desconocer la faz reparadora del principio no posee beneficio alguno para los fines del Derecho ambiental y, en consecuencia, sólo le resta herramientas para la restauración del medio ambiente -fin último y fundamental del régimen-. En tal

amenaza inminente de tales daños, sea declarado responsable desde el punto de vista financiero.²⁹⁶

A estos respectos, ALONSO GARCÍA, señala: "conforme al *principio quien contamina paga*, se entiende por responsable de la contaminación o, con la expresión más gráfica de la versión inglesa, por agente contaminador, a la persona física o jurídica sometida a Derecho privado o público que directa o indirectamente deteriora el medio ambiente o crea las condiciones para que se produzca dicho deterioro, tratándose, básicamente, de evitar en principio que la política ambiental de protección del medio ambiente se base en subvenciones y ayudas estatales y que se atribuya a la Comunidad la carga de la lucha contra la contaminación, siendo imputable al contaminador el costo de las medidas necesarias para la eliminación de la contaminación o para su reducción hasta estándares o medidas equivalentes de objetivos de calidad ambiental".²⁹⁷

En la faz reparadora, el principio implica la exigencia que el daño ambiental sea reparado en su totalidad y no sólo en su dimensión patrimonial. En palabras sencillas, los postulados del principio imponen la obligación de evitar que alguien pueda dañar el medio ambiente impunemente.

sentido, como afirma DE SADELEER "esta segunda perspectiva, que no tiene por que ser incompatible con la primera, implicaría una extensión más amplia del principio y con ello una más adecuada protección del ambiente. Cfr. SADELEER, Nicolas DE, *Environmental Principles - From Political Slogan to Legal Rules*, Oxford University Press, New York/Oxford, 2002, pág. 40. En segundo lugar, porque el autor razona en clave civil, refiriéndose a la *indemnización de los daños causados*, en circunstancias tales que, como hemos señalado, la indemnización de los perjuicios por daños ambientales es una materia que debe quedar fuera de las fronteras del Derecho ambiental, por ser ajeno a su objeto de estudio y a sus fines y funciones. En tercer término, porque no son incompatibles en caso alguno ambas dimensiones del principio, complementándose y fortaleciéndose recíprocamente en sus tareas. Finalmente, porque, conforme se ha expuesto a lo largo de este trabajo, la obligación de reparar los daños al medio ambiente -que es diversa a la de indemnizar los daños individuales derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental- precisamente encuentra, en gran medida, su justificación teórica dogmática en estos principios, como pretende ser demostrado en esta investigación.

²⁹⁶ Vid. Considerando (2) de la Directiva 2004/35/CE.

²⁹⁷ Cfr. ALONSO GARCÍA, Enrique, *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea: El Marco Institucional de la Política Comunitaria de Medio Ambiente. Aplicación de la Legislación Ambiental Comunitaria*, Fundación Universidad Empresa & Civitas, Madrid, 1993, págs. 80-81.

Por ello, bajo su amparo, conviene estructurar acciones de responsabilidad por daño específicamente ambiental, no pareciendo ser suficiente a este respecto el régimen civil de responsabilidad extracontractual. Esta acción ambiental debe, entonces, adscribirse -al menos en parte- al Derecho Público y centrarse en los mecanismos concretos de reparación.²⁹⁸

En cualquier caso, esta también es una faz complementaria de la preventiva, desde que permite inducir a los destinatarios de él a adoptar las medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños medioambientales, de forma de reducir su exposición a responsabilidades económicas. "En este sentido, el peso coactivo que la responsabilidad conlleva actúa con el efecto preventivo de inhibir a los potenciales infractores por temor a las consecuencias dañosas".²⁹⁹

Asimismo, y según se señaló más arriba, el principio opera como un complemento del principio de corrección del daño ambiental preferentemente en su fuente, dado que permite individualizar a quiénes son específicamente los obligados a la reparación.³⁰⁰

Como se advierte en sus dos dimensiones el principio permite hacer responsable de los costos de la contaminación o del daño ambiental -ya sea incorporando los costos a sus procesos internos o haciéndose cargo de los que implican la restauración del ambiente dañado- al *agente contaminante* o *dañador*. Como expresa VARELA DEL SOLAR "... el principio contaminador pagador, que inspira y contiene normas sobre compensación, por el daño ambiental producido, restablece el equilibrio perdido, que es una consecuencia directa de conductas insostenibles o

²⁹⁸ Cfr. MUÑOZ VALENZUELA, Macarena, ob. cit., pág. 12.

²⁹⁹ Cfr. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen, *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Boch S.A., Barcelona, 1994, pág. 188.

³⁰⁰ Vid. supra (apartados 1.2.1 y 1.2.3., de este capítulo).

llevadas a cabo sin consideración económica alguna por el valor agregado del capital natural y su uso".³⁰¹

Ahora bien, para precisar la noción de *agente contaminante*, es posible tomar como guía la definición que en derecho comparado proporciona la *Recomendación 75/436 de la CEE sobre imputación de costos e intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente*, la cual define *agente contaminante* como: "*la persona física o jurídica, sean de Derecho privado o público que directa o indirectamente deteriora el medio ambiente o crea las condiciones necesarias para que se produzca dicho deterioro*".³⁰²

Finalmente, es menester señalar que el principio ha sido objeto de duras críticas llegando a afirmarse que se trataría de un "*normativismo filosófico*" más que de un principio jurídico, dado que, partiendo de las Recomendaciones de la OCDE, algunos autores afirman que se trataría de una directiva de orden económico más que de un principio jurídico.³⁰³ Empero, pensamos, con MARTIN, que se trata de un principio jurídico del Derecho ambiental que posee una naturaleza normativa directa, característica en virtud de la cual, incluso, puede ser aplicado en ausencia de norma.³⁰⁴

También se ha criticado el principio poniendo de relieve, por una parte, su supuesta *insuficiencia relativa*, en tanto los costos de una política ambiental no se sufragan sólo mediante su estricta aplicación; además *su carácter sectorial*, dado que sólo es aplicable a los problemas de contaminación; su *desconsideración con los efectos sinérgicos*, ya que al permitir vertidos mediante pago se permitiría su acumulación en medios receptores con consecuencias imprevisibles; la *aceptación*

³⁰¹ Cfr. VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, "La protección ambiental en el ámbito constitucional", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 27, (2013), pág. 225.

³⁰² Recomendación 75/436/Euratom, CECA, CEE, del Consejo de 3 de marzo de 1975.

³⁰³ Cfr. PRIEUR, Michel, *Droit de l'environnement*, 2e édition, Précis Dalloz, París, 1991, pág. 123.

³⁰⁴ Cfr. MARTIN, Gilles, "Le dommage écologique en Droit interne, communautaire et comparé", en Gilles Martin (director), *Actes du Colloque de la S.F.D.E.*, Editorial Economica, Paris, 1992, pág. 207.

*de la apropiación privada del medioambiente; y la ausencia de solidaridad diacrónica, ya que no se tienen en cuenta los efectos respecto de las generaciones futuras.*³⁰⁵

En este estado de cosas, es relevante, para el Derecho europeo, mencionar que la Directiva 92/43/CEE indica en su consideración undécima que "el principio quien contamina paga sólo puede aplicarse de forma limitada en el caso especial de conservación de la naturaleza" y en tal sentido su aplicación podría verse severamente mermada. Empero, creemos, con GARCÍA URETA, que "esta afirmación se ve hoy en día contradicha por la Directiva 2004/35/CE, que es el principal referente en la materia"³⁰⁶, de tal suerte que es dudoso, que tratándose de la responsabilidad por daño ambiental, dicha limitación sea válida hoy en la Unión Europea.

1.3.2. Origen y evolución histórica

Su aparición en el concierto del Derecho ambiental internacional es de antigua data, siendo reconocido en las Recomendaciones del Consejo de la OCDE C 128 (72) de 1972, *sobre los principios rectores relativos a los aspectos económicos de las políticas del medioambiente en el plano internacional*³⁰⁷ y C 223 (74) de 1974, relativa a la puesta en práctica del principio contaminador pagador, donde se

³⁰⁵ Cfr. RIVAS, D. M, "Insuficiencias y fallos del principio contaminador - pagador", en VV.AA., *Seminario sobre instrumentos jurídicos y económicos para la protección del medio ambiente*, Comisión de las Comunidades Europeas / Principado de Asturias, 1991, págs. 191-197. KRÄMER plantea este asunto, afirmando que su contenido es difícil de determinar, postulado elocuentemente una serie de preguntas que permiten precisarlo. Así, se cuestiona el autor ¿Quién es un contaminador?; ¿Una persona que contamina el medio ambiente o una persona que incumple los valores límite existentes?; ¿Es un conductor de automóvil un contaminador, el fabricante del automóvil o el productor o importador del carburante?; ¿Además, quién debe (o debería) pagar por las emisiones o los daños ocasionados?; ¿Deben pagar los fabricantes o los conductores de automóviles por la construcción de carreteras?; ¿Cuánto debe pagarse?; ¿Es un pago la inversión en tecnologías limpias?. Vid. KRÄMER, Ludwin, *Derecho Medioambiental Comunitario...*, cit., pág. 29.

³⁰⁶ Vid. GARCÍA URETA, Agustín, *Derecho europeo de la biodiversidad*, Iustel, Madrid, 2010, pág. 145.

³⁰⁷ Según un autor, este sería el primer instrumento internacional donde se consagra al principio. Vid. SANDS, Philippe, *Principles of international environmental law: Frameworks, standards and implementation*, vol. I, Manchester University Press, Manchester / New York, 1995, pág. 214.

reafirmó la necesidad de internalizar los costos ambientales y el no acompañamiento de estas medidas con subsidios externos.³⁰⁸

De igual forma, su regulación en Europa se remonta al I y II Programa de acción ambiental donde el énfasis del principio se centra en la necesidad de evitar el falseamiento de la competencia y la distorsión del mercado³⁰⁹; en el III Programa que lo recoge como instrumento de política ambiental incentivador de la reducción de la contaminación y de la investigación y desarrollo de tecnologías no contaminantes³¹⁰, pasando por el V Programa que ya reconoce su vinculación al régimen de responsabilidad ambiental, hasta su consagración constitucional por el Acta Única Europea de 1987 -que introdujo un nuevo título en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (título VII, arts. 130R a 130T).³¹¹

En la actualidad, el principio se encuentra expresamente mencionado en el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Es oportuno reiterar entonces que en un comienzo el principio fue concebido en su faz preventiva, y luego, y a partir del desarrollo que experimentaron las políticas de responsabilidad por daños ambientales, se fue ampliando hasta el reconocimiento de su faz restauradora.³¹²

³⁰⁸ Cfr. LAGO CANDEIRA, Alejandro, ob. cit., pág. 998.

³⁰⁹ El Primer Programa se refiere a él en el título II, referido a los principios que deben guiar el actuar de la Comunidad Económica Europea en materia ambiental, indicando a los efectos "los costos ocasionados por la prevención y la supresión de las perturbaciones de los daños incumbirán, por principio, al causante de la contaminación". Vid. Primer Programa de Acción Comunitaria en materia de medio ambiente (1973-1977): Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los Representantes de los Estados Miembros de 22 de noviembre de 1973, relativa al establecimiento y a la realización de una Política y de un Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente (DOCE C núm. 139 de 13 de junio de 1977, págs. 1 y ss.) (LCEur 1977, 132).

³¹⁰ Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucia, ob. cit., pág. 94.

³¹¹ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 290.

³¹² Cfr. MELI, Marisa, "Il principio chi inquina paga e il costo delle bonifiche" en *VV.AA Principi Europei e Illecito Ambientale*, G. Giappicheli Editore, Torino, 2013, págs. 59-80.

1.3.3. Consagración positiva en el Derecho comparado

El principio contaminador pagador, posee pleno reconocimiento en el Derecho ambiental internacional. Así, por ejemplo, el Principio 16 de la Declaración de Río³¹³, en forma expresa consagra su aplicación -en su faz preventiva-, al disponer:

"Las autoridades nacionales deberán procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio no las inversiones internacionales".

A su turno, el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, establece:

Artículo 191.2. "La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga".

Siempre dentro del Derecho euro comunitario, la Directiva 2004/35/CE, dispone en su considerando (2):

"La prevención y reparación de los daños ambientales debe llevarse a cabo mediante el fomento del principio con arreglo al cual quien contamina paga, tal como se establece en el Tratado y coherente con el principio del desarrollo sostenible. El principio fundamental de la presente Directiva debe, por tanto, consistir en que un operador cuya actividad haya causado daños al medio ambiente o haya supuesto una amenaza inminente de tales daños sea declarado responsable desde el punto de

³¹³ A pesar de la designación expresa del mismo en esta Declaración, no se puede desconocer, como bien advierte LOZANO, que dicha consagración es en términos bastante flexibles, que comprometen muy poco a los Estados en cuanto a su aplicación efectiva. Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho Ambiental Administrativo...*, cit., pág. 62.

vista financiero a fin de inducir a los operadores a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños medioambientales, de forma que se reduzca su exposición a responsabilidades financieras".

De igual forma, el considerando (18) señala:

"De acuerdo con el principio de quien contamina paga, un operador que cause daños medioambientales o que amenace de forma inminente con causar tales daños debe sufragar, en principio, el coste de las medidas preventivas o reparadoras necesarias. Cuando una autoridad competente actúe por sí misma o a través de un tercero en lugar de un operador, dicha autoridad debe garantizar que el coste en que haya incurrido se cobre al operador. Procede igualmente que sean los operadores quienes sufraguen en último término el coste ocasionado por la evaluación de los daños medioambientales y, en su caso, por la evaluación del riesgo inminente de que tales daños se produzcan".

Finalmente, el artículo 1 de la Directiva 2004/35/CE expresa:

"La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco de responsabilidad medioambiental, basado en el principio quien contamina paga, para la prevención y la reparación de los daños medioambientales".

1.3.4. Manifestaciones en el Derecho positivo chileno

En lo que dice relación con el reconocimiento de este principio en nuestro ordenamiento jurídico, la LBGMA efectúa, en el mensaje presidencial con el cual se da inició a la tramitación del proyecto de ley, un señalamiento expreso a éste. En todo caso se debe advertir que lo hace, fundamentalmente, a la función preventiva del mismo. Dispone la norma:

"2) El segundo principio que inspira este proyecto de ley es el que contamina paga. En efecto, se funda en la idea de que el particular que actualmente contamina o que lo haga en el futuro, debe incorporar a sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación. De ahí se desprende que los primeros

responsables de disminuir la contaminación, serán los particulares. El Estado deberá fiscalizar adecuadamente el cumplimiento de las normativas dictadas, y de los sistemas de regulación que se creen, sean directos o indirectos. Así, se entregan nuevas facultades y herramientas a los fiscalizadores en materia ambiental, de modo que cumplan cabalmente con sus funciones.

Asimismo, una consagración expresa del principio en la LBGMA se encuentra en la norma contenida en los literales d) y e) de su artículo 12, a propósito del contenido de los Estudios de Impacto Ambiental³¹⁴, donde se expresa:

"Artículo 12: Los Estudios de Impacto Ambiental considerarán las siguientes materias:

d) Una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo.

e) Las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente."

Creemos que el artículo en comento consagra una manifestación directa del principio contaminador pagador en nuestro ordenamiento jurídico, al imponer a los sujetos que deben someter sus proyectos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la estimación de los costos ambientales que su actividad conllevará.

En efecto, cuando la ley impone valores máximos o mínimos permisibles, ya sea de las emisiones, descargas, tratamientos de sustancias, etc., que pueden ser expeditas al medioambiente, obliga a los operadores a invertir en diversos instrumentos, imponiéndoles la obligación de destinar recursos a fin de modernizar su equipamiento, con lo cual incentiva el cumplimiento ambiental.

³¹⁴ El articulado de la LBGMA da cuenta de otras instituciones que consagran este principio. Así ocurre, verbigracia, con el artículo 45 letra g), a propósito de los *planes de prevención y descontaminación*, donde se obliga a incorporar en éstos *la estimación de sus costos económicos y sociales*. Asimismo en los artículos 32 y 40 relativos a las normas de calidad y de emisión.

Existen también otras manifestaciones del principio en el Derecho positivo chileno, como ocurre, por ejemplo, tratándose de los *planes de manejo* para la explotación de ciertos recursos naturales valiosos, o para la utilización de sustancias que representan un riesgo al medio ambiente.

En estas hipótesis, la existencia del plan obliga al sujeto contaminante a incluir en su actividad el costo de todas aquellas medidas que deberá adoptar para efectuar un aprovechamiento racional del recurso o para la manipulación adecuada del respectivo recurso, como ocurre, verbigracia, con la Ley de Bosques (Decreto 463 de 1931); en la Ley de Fomento Forestal (D.L. N° 701 de 1974), etc.³¹⁵

1.3.5. *Aportes del principio al régimen de responsabilidad por daño ambiental*

A este respecto es necesario distinguir las dos dimensiones del principio, dado que según se trate de su faz preventiva o restauradora, su aporte variará. Ello, empero, no es óbice en caso alguno para que ambas vertientes se complementen, se potencien recíprocamente.

Con respecto al aporte del principio, la cuestión es sintetizada acertadamente por un autor al indicar: "los tres supuestos de daños contaminantes en los que tradicionalmente se pone en juego el principio son: (i) ciertas actividades contaminantes que producen unos daños ambientales que se pretenden reducir o eliminar; (ii) otras actividades que tienen unos consumos de recursos naturales que se pretende reducir para su optimización (caso del consumo de agua); y (iii) los daños a los recursos naturales que deben ser reparados. El cómo se imponen jurídicamente al sujeto responsable de tales actividades las consecuencias económicas tiene dos vías principales: por un lado, los tributos ambientales, y, por otro, la responsabilidad por daños ambientales".³¹⁶

³¹⁵ Sobre el particular, Vid. la completa exposición que efectúa MUÑOZ VALENZUELA, Macarena, ob. cit., pág. 8.

³¹⁶ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 295.

1.3.5.1. Aportes en su faz preventiva

Como se advierte, para los casos signados con los literales (i) y (ii), esto es, aquellas actividades que no obstante producir un daño ambiental deben ser toleradas -pero reguladas- por exigirlo así el desarrollo económico de los países; así como aquellas actividades que no importan un daño ambiental, pero que tratándose del consumo de recursos naturales valiosos hacen necesaria su racionalización; el principio funciona como una herramienta de prevención desde que sirve de fundamento legal para la imposición de costos -las más de las veces elevados- que deben soportar los sujetos que realizan aquellas actividades, lo cual desinhibe el uso irracional y obliga al empleo de criterios de eficiencia.

En efecto, en la vertiente preventiva del principio, la principal función de éste es reducir las consecuencias perniciosas de los actos con impacto ambiental, identificando a los agentes contaminadores, para que de esta forma no sea la sociedad quien cargue con los costos de la actividad de otros.

Así, cuando el uso de los recursos naturales se lleva a cabo de tal manera que la capacidad de regeneración natural de esos recursos se ve afectada, existe una externalidad negativa que se traduce en un *costo externo* que terminará por convertirse en un costo social.³¹⁷ De esta forma, se verifica un desequilibrio donde la ganancia por la explotación de los bienes comunes es recibida por quienes los utilizan y contaminan, y el perjuicio de tal uso por la sociedad.³¹⁸

Por ello, este principio busca equilibrar estos desajustes haciendo soportar los costos de la contaminación a quien efectivamente la provoca, y no a un conjunto individuos indiscriminadamente considerados (sociedad). En definitiva, lo que se logra con la correcta aplicación del principio es que, internalizado que sea el costo por el uso de los bienes comunes, sea más caro explotarlos y por lo tanto menos

³¹⁷ Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 310.

³¹⁸ Cfr. MUÑOZ VALENZUELA, Macarena, ob. cit., 3.

intensivo su uso, o bien, que dado el costo real de utilizarlos en la producción se busque hacer de ésta un proceso más eficiente con el uso de tecnologías amigables con el medio ambiente, todo lo cual redundaría en que los bienes que lo integran no sufran deterioros imposibles de revertir.³¹⁹

Bajo este prisma, en Chile, por ejemplo, el principio podría ser perfectamente utilizado por los Ministros del Tribunal Ambiental para acceder a la solicitud de otorgamiento de una medida cautelar ejercida en la substanciación de una acción de reparación, ordenando que los costos de la implementación de la misma sean de cargo del sujeto pasivo de la acción.³²⁰

1.3.5.2. Aportes en su faz restauradora

En lo que dice relación a la faz restauradora, el principio dispone que todo daño ambiental, esto es, aquel suceso que implique una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o uno o más de sus componentes, hace surgir una consecuencia jurídica dirigida a hacer responsable a su productor de su reparación y, por consiguiente, de todos los costos que ésta supone. El daño ambiental, conforme al principio, da lugar a la obligación de soportar todas las consecuencias y, en particular, los costos de la reparación.³²¹ Es, en consecuencia, fundamento de la responsabilidad por daño ambiental, la cual a su turno es un mecanismo eficaz de prevención del daño ecológico puro.

Su vinculación con la responsabilidad por daño ambiental es, en consecuencia, de suma relevancia.³²² En efecto, como afirma BETANCOR, "la

³¹⁹ *Ibidem*, pág. 4.

³²⁰ Vid. Artículo 24 de la LTA.

³²¹ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 294.

³²² Cfr. LOZANO CUTANDA y ALLI TURRILLAS indican a los efectos: "La aplicación del principio «quien contamina paga» exige asimismo establecer un régimen de responsabilidad por daños provocados al entorno que obligue al operador de una actividad económica o profesional potencialmente lesiva para los recursos naturales a su prevención o restauración incluso en ausencia de culpa o negligencia". Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca y ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y Legislación Ambiental*.

responsabilidad por daños ambientales es la institución jurídica más claramente servidora del principio".³²³ Y el fundamento de ello, estriba en la posibilidad de atribuir responsabilidad, en su virtud, al sujeto que realiza las actividades contaminantes con todas las consecuencias jurídicas que ello entraña, así como en el incentivo que supone para los sujetos contaminantes adoptar todas las medidas para evitar los daños ambientales, so pena de ser responsable de sufragar todos los costos de la reparación ambiental.³²⁴

Este último aspecto se conoce como "*efecto previsto*", bajo la premisa que la regla de la *no responsabilidad* induce al potencial contaminador a no adoptar ninguna precaución.³²⁵ Y es un elemento recogido expresamente por la LBGMA.³²⁶

Manual y Materiales complementarios, 6ª edición, Dykinson, Madrid, 2011, pág.180. A su turno, el Libro Blanco Sobre Responsabilidad Ambiental postulaba, hace más de una década, con gran acierto esta idea. Expresaba el artículo 3.1.: "*La responsabilidad medioambiental constituye un medio de aplicación de los principios fundamentales de política ambiental recogidos en el Tratado CE (apartado 2 del artículo 174) y, en particular, del principio de "quien contamina paga". Si no se aplica este principio para cubrir los gastos de reparación de daños ambientales, el medio ambiente queda sin restaurar o es el Estado, y en última instancia el contribuyente, el que tiene que costearlos. Por eso, el primer objetivo es responsabilizar al contaminador por los daños que causa. Si quienes contaminan se ven obligados a sufragar los costes relacionados con el daño causado, reducirán sus niveles de contaminación hasta el punto en que el coste marginal de la descontaminación resulte inferior al importe de la indemnización que habrían tenido que abonar. De este modo, el principio de responsabilidad ambiental hace posible la prevención de los daños y la internalización de los costes ambientales. La responsabilidad ambiental también puede facilitar la adopción de mayores precauciones, mediante la prevención de riesgos y daños, así como fomentar la inversión en el ámbito de la investigación y el desarrollo, con fines de mejora de los conocimientos y las tecnologías".* Vid. *Libro Blanco Sobre Responsabilidad Ambiental, presentado por la Comisión*, pág. 12, disponible en: http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_es.pdf.

³²³ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., 297.

³²⁴ RUDA se manifiesta escéptico de esta función de la responsabilidad señalando "... Incide en las ideas de precaución y en el supuesto efecto preventivo de la responsabilidad, aunque se echan de menos datos empíricos que lo justifiquen. De hecho, ese efecto parece ser mucho menor de lo que a veces se supone, sobre todo si el posible responsable está asegurado y las primas del seguro son bajas". Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 58. En cualquier caso, el autor cuestiona la plausibilidad del principio para hacer responder a un individuo civilmente, en tanto su tesis es, precisamente, que el Derecho civil sirve para la reparación del daño ecológico puro cuestión que es cuestionada en este trabajo. De allí, que en el punto en concreto estamos de acuerdo en dicha insuficiencia del principio, lo cual no alcanza, desde luego, a las virtudes que posee para el régimen de responsabilidad por daño ambiental especial que postulamos.

³²⁵ Cfr. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen, ob. cit., pág. 188.

³²⁶ En efecto, en el mensaje presidencial de la LBGMA se expresa con claridad:

Otra manifestación del principio, sobre la base de la cual es posible hacer responsable a los sujetos contaminadores e imponerles la obligación de reparación del medio ambiente, se vincula al hecho que el daño ambiental es un daño colectivo, y como tal puede generar costos a la sociedad en su conjunto. Así, podría frustrar inversiones públicas o poner a la Administración en la necesidad que se efectúen otras para reparar el daño ambiental. En este sentido, los postulados del principio permiten justificar que sea el autor del daño quien asuma esos costos y no la sociedad indiscriminadamente considerada.³²⁷

En cualquier caso, es necesario señalar que el principio como fundamento de la responsabilidad, se ha planteado especialmente en relación a regímenes de responsabilidad objetiva o estricta, en tanto la experiencia comparada estima que es el sistema que de mejor manera resuelve los problemas que presenta la restauración de daños ambientales.³²⁸

En síntesis, podemos indicar que el principio quien contamina paga exige no solo prevenir el daño ambiental internalizando los costos por el uso de los bienes de relevancia ambiental, sino que también hace necesaria la existencia de un sistema de responsabilidad que permita reparar la totalidad del daño infligido al medio ambiente, sistema que no puede estructurarse exclusivamente sobre la base de la

"En cuarto lugar, están las normas sobre responsabilidad. Dichas disposiciones no sólo pretenden hacer efectivo el principio de reparación del daño causado, tanto en el patrimonio de cualquier particular, como en el denominado patrimonio ambiental, sino que también persiguen un objetivo de prevención general. Esto es, inhibir a los particulares de causar daños al medio ambiente, en virtud de un sistema de sanciones pecuniarias y obligaciones de restaurar el daño causado, que les impida realizar sus actividades productivas sin tener en consideración que, además de indemnizar a los particulares en su patrimonio, deberán responder con las otras modalidades establecidas que aumentan notablemente los costos de transgredir las disposiciones ambientales". Vid. HL19.300, pág. 15

³²⁷ Cfr. SAEDELER, Nicolás DE, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de precaution*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pág. 57.

³²⁸ Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucia, ob. cit., pág. 98 y ss.

responsabilidad civil, sino que hace necesaria la existencia de normas de orden público detalladas, respecto a la materia.³²⁹

1.4. Principio preventivo

1.4.1. Concepto y significado

No cabe duda que en este caso nos encontramos frente a otro de los principios rectores de la disciplina jurídica ambiental, presente en la normativa de Derecho ambiental internacional más relevante, así como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados, según referiremos.³³⁰

El principio preventivo -también conocido, especialmente en la Unión Europea, como *principio de la acción preventiva*-, se debe considerar como un medio, acaso el más importante, para alcanzar la evitación del daño ambiental, esto es, como el conjunto de medidas destinadas a evitar que el daño ambiental se verifique.³³¹ Desde una perspectiva epistemológica, el principio de prevención supera el modelo curativo y se sitúa en un estadio anterior al modelo anticipativo, es decir, conforma, estructura o da sentido al modelo denominado, justamente, *modelo preventivo*.³³²

En concreto, sobre la base de este principio se deben adoptar las medidas apropiadas, fundadas, por un lado, en la evaluación de qué es lo que podría producir

³²⁹ MUÑOZ VALENZUELA, Macarena, "El Principio quien contamina...", cit., pág. 11.

³³⁰ Por citar algunos ejemplos: El Tratado de la Unión Europea; La Declaración de Estocolmo (1972); el Borrador de Principios del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) (1978); La Carta Mundial de la Naturaleza (1982); La Declaración de Río (1992), entre otros. De igual forma es uno de los principios rectores de la Directiva 2004/35/CE y, en consecuencia, de las Leyes que la transpusieron. Esta importancia era puesta de manifiesto ya en el año 1975, cuando Kiss expresaba: "El principio de prevención, regla de oro de la lucha por la defensa del medio ambiente, se encuentra subyacente en la mayor parte de los instrumentos internacionales -tanto reglas obligatorias como soft law- relativas al medio ambiente". Kiss, Alexander Charles, *Los principios generales del derecho del medio ambiente*, trad. Alberto Herrero de la Fuente, Cuadernos de la Cátedra F. B. Scott, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1975, pág. 73.

³³¹ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 256.

³³² Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, ob. cit., pág. 11.

el daño -determinación de peligros y valoración de riesgos- y, por otro, en la gestión de los peligros y de los riesgos para conjurarlos.³³³ En tal sentido, su vinculación con la responsabilidad por daño ambiental puede parecer remota, pero como veremos a continuación tal percepción no resulta ser efectiva.

En este escenario, y tal como ocurre con el principio *quien contamina paga*, su análisis debe efectuarse tomando en consideración las -en este caso- tres vertientes que posee.

En primer lugar, el principio preventivo constituye el fundamento jurídico de lo que conocemos como la *evaluación de impacto ambiental*.³³⁴ En esta esfera, subyace al conjunto de estudios técnico-científicos, sistemáticos e interrelacionados entre sí, que persiguen identificar, predecir y evaluar los efectos positivos o negativos que pueda producir una o un conjunto de actividades desarrollados por el hombre, sobre la vida humana, la salud, el bienestar del hombre y el medio ambiente y sus ecosistemas.³³⁵

En este sentido, como acertadamente lo expresa ASTORGA, "esta evaluación constituye una de las expresiones más significativas del principio de la prevención, en la medida que se basa en la previsión y denuncia de los riesgos de naturaleza ambiental de las grandes obras y sus alternativas, procurando de este modo enfrentar no sólo el daño ambiental, sino sobre todo, la propia amenaza".³³⁶

Un segundo ámbito de acción del principio en comento, se refiere a las *autorizaciones o permisos ambientales*. En efecto, el principio sirve como fundamento inspirador de las normas que se aplican a aquellas actividades que el legislador considera especialmente peligrosas y que por ello somete a un control

³³³ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 253.

³³⁴ En Chile *la Evaluación de Impacto Ambiental* se encuentra regulada en el Título II, párrafo 2º, artículos 8 y siguientes de la LBGMA.

³³⁵ Para una mayor comprensión del sistema, Vid. CONAMA, *Manual de Evaluación de Impacto Ambiental*, CONAMA, Santiago, 1994.

³³⁶ Cfr. ASTORGA JORQUERA, Eduardo, ob. cit., pág. 57.

administrativo previo, cuya superación da origen a la correspondiente autorización administrativa.³³⁷ El ejemplo más característico o, si se quiere, las herramientas jurídicas que recogen esta faz del principio preventivo, son las *normas de emisión y normas de calidad ambiental*.³³⁸

Y finalmente³³⁹, el tercer prisma por el cual se observa la aplicación del principio, se vincula a "la obligación jurídica de evitación y reparación del daño ambiental que pesa tanto sobre los titulares de actividades calificadas como ambientalmente peligrosas, como sobre los sujetos responsables de cualquier actividad económica o profesional".³⁴⁰ Esto es, cualquier sujeto que desarrolle una actividad que puede ocasionar un daño al medio ambiente, debe adoptar las medidas de prevención para evitar tales daños o la amenaza de éstos, o bien, si ya se han producido, para evitar que se ocasionen nuevos daños.³⁴¹

Por tanto, y como correlato de dicha obligación, la infracción a la misma hace surgir para el individuo una responsabilidad de naturaleza ambiental, esto es, surge para él la obligación de tomar todas las medidas necesarias para evitar el daño ambiental o bien para la restauración del ambiente dañado, amén, por cierto, de las sanciones administrativas que pudieran caberle (en Chile, de conformidad a la Ley N° 20.417).

Antes de concluir el presente acápite, es menester hacer una breve referencia -que será complementada más adelante- respecto a la independencia del principio

³³⁷ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 258.

³³⁸ Que como hemos señalado previamente en este trabajo, en Chile, se regulan en el Párrafo 4º, del Título II, artículos 32 y siguientes, de la LBGMA.

³³⁹ Para un autor, otra esfera del principio es aquella referida al modelo económico, "ya que el medio ambiente constituye un límite natural al sistema de mercado, si es que éste pretende sostenerse en el tiempo. Desde esta perspectiva, por ejemplo, es más razonable resguardar los suelos agrícolas de la actividad inmobiliaria, que posteriormente recuperarlos a calidades similares". Cfr. ASTORGA JORQUERA, Eduardo, *Derecho Ambiental...*, cit., pág. 14.

³⁴⁰ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 258.

³⁴¹ Este es, por ejemplo, el espíritu que recoge y que informa a la Directiva 2004/35/CE -artículo 5- y, en consecuencia, la Ley 26/2008 española -artículo 17-, a propósito de la responsabilidad por daños al medio ambiente en Europa.

en relación al principio precautorio. Así, en términos generales es posible afirmar que la mayoría de la doctrina aboga por la distinción entre ambos principios, no obstante existen autores que creen que tal distinción no es efectiva y que, en consecuencia, deben usarse en forma sinónima.³⁴²

Ahora bien, es importante destacar que este principio funciona sobre la base de dos ideas rectoras. En primer lugar, se trata de daños ambientales que pueden conocerse anticipadamente, y en segundo lugar, y como consecuencia lógica de lo anterior, es posible adoptar medidas tendientes a evitarlo³⁴³, luego, juzgamos que son estas notas las que precisamente lo diferencian del principio precautorio.

1.4.2. Origen

En el Derecho europeo, el principio se contempló por primera vez en el Primer Programa de Acción comunitario en materia de medio ambiente.³⁴⁴ Posteriormente, fue incorporado al Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el Acta Única Europea (Antiguo artículo 130R).³⁴⁵

1.4.3. Consagración positiva en el Derecho comparado

El principio se encuentra recogido expresamente en el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³⁴² En este sentido, Vid. KRÄMER, Ludwin, *Derecho Medioambiental Comunitario...*, cit., págs. 26-27; MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *Derecho comunitario del...*, cit., pág. 52-53.

³⁴³ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 255.

³⁴⁴ Indicaba dicho programa: "La mejor protección del medio ambiente consiste en evitar la contaminación y no en combatir después sus efectos. En este sentido, los progresos de la técnica deben ir orientados hacia la protección del medio ambiente con el menor coste para la colectividad". Vid. *Primer Programa de Acción Comunitaria (1973-1977)*: Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los Representantes de los Estados Miembros de 22 de noviembre de 1973, relativa al establecimiento y a la realización de una Política y de un Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente (DOCE C núm. 139 de 13 de junio de 1977) (LCEur 1977, 132).

³⁴⁵ Vid. MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *Derecho Comunitario del...*, cit., pág. 46; PLAZA MARTÍN, Carmen, "Medio Ambiente en la Unión...", cit., págs. 116.

Asimismo, se encuentra presente en diversas Directivas³⁴⁶, tales como la Directiva 96/61/CE, relativa a la prevención y control entregado de la contaminación³⁴⁷ y 2014/92/UE sobre evaluación de impacto ambiental.³⁴⁸

En el ámbito del Derecho internacional ambiental, el principio es recogido, a través del mecanismo de la Evaluación de Impacto Ambiental, en el Principio 17 de la Declaración de Rio.

1.4.4. Manifestaciones en el Derecho positivo chileno

En lo que respecta al ordenamiento jurídico chileno, estimamos que el principio preventivo posee consagración constitucional en la norma contenida en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República -que establece el Derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación- en tanto señala:

Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

"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".

En efecto, como expone GUZMÁN "... configurando esta obligación [la de tutelar la preservación de la naturaleza], más bien, un refuerzo de la idea conforme a la cual, más allá de las hipótesis infra constitucionales que efectivamente imponen comportamientos de preservación, al Estado, en tanto autor, le cabe establecer

³⁴⁶ Al punto que se ha señalado por un autor que "puede decirse que todas las Directivas ambientales que establecen la exigencia de autorización previa al inicio de actividades están informadas por este principio". Vid. MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *Derecho Comunitario del...*, cit., pág. 50

³⁴⁷ Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26, N° L 156, de 17 mayo de 2003; la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13, N° L 275, de 32 octubre de 2003; el Reglamento (CE) N° 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, N° L 284 1, de 29 de septiembre de 2003; y el Reglamento (CE) N° 166/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, N° L 33 1, de 18 de enero de 2006.

³⁴⁸ Que modificó la Directiva 2011/92/UE de 13 de diciembre de 2011; que a su turno había modificado la Directiva 85/337/CEE de 27 de junio de 1985 -primigenia en la materia-.

acciones, medidas y políticas regulatorias que acudan al amparo de bienes ambientales relevantes".³⁴⁹

En tal sentido, siendo un deber del estado -y en consecuencia de todos sus órganos³⁵⁰- velar por que no se afecte el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, así como para que su tutela -lo cual incluye la tutela jurisdiccional- sea efectiva, la construcción de soluciones que permitan cumplir con esos deberes a partir de los postulados que conforman el principio de prevención nos parece plenamente ajustado a la Constitución y más aún un imperativo impuesto por ella misma.³⁵¹

Creemos que la base constitucional del principio se encuentra además en la interpretación armónica de los artículos 1 inciso 3³⁵², 5 inciso 2³⁵³, 6 inciso 1³⁵⁴, pues dichas reglas permiten al Estado imponer limitaciones a determinados derechos reconocido por el mismo estatuto constitucional y en tal sentido plasmar los mandatos del principio preventivo mediante, por ejemplo, restricciones a las garantías del debido proceso como lo es flexibilizar las cargas probatorias del sujeto activo de una acción de reparación ambiental.³⁵⁵

³⁴⁹ Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *La Regulación Constitucional del ...*, pág. 100.

³⁵⁰ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "Roles del Consejo de Defensa del Estado en la protección del medio ambiente: Acción ambiental y recurso de protección en materia ambiental" en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XX, (1999), pág. 244.

³⁵¹ Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *Derecho Ambiental...*, cit., pág. 43.

³⁵² Artículo 1 inc. 3º.- *El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.*

³⁵³ Artículo 5 inc. 2º.- *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

³⁵⁴ Artículo 6 inc. 1º.- *Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.*

³⁵⁵ Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *Derecho Ambiental...*, cit., pág. 43.

Asimismo, el principio tiene consagración en la propia LBGMA³⁵⁶, la que en su mensaje hace alusión directa a él, indicándolo como uno de los pilares en los que se sustenta la normativa para alcanzar los objetivos que se propone, señalando a los efectos:

1) El principio preventivo: mediante este principio, se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos. Para ello, el proyecto de ley contempla una serie de instrumentos, tales como los siguientes:

En primer lugar, la educación ambiental, que hace énfasis en la necesidad de educar a toda la población, pero principalmente a los niños y la juventud en relación a la problemática ambiental. La forma más efectiva de prevenir el surgimiento de problemas ambientales, radica en el cambio conductual de la población. Ella es una tarea de largo plazo que se desarrolla, fundamentalmente, a través de la incorporación de contenidos y prácticas ambientales en el proceso educativo.

En segundo lugar, el sistema de impacto ambiental. El proyecto de ley crea un sistema de evaluación de impacto ambiental. En virtud de él, todo proyecto que tenga impacto ambiental deberá someterse a este sistema. Este se concreta en dos tipos de documentos: la declaración de impacto ambiental, respecto de aquellos proyectos cuyo impacto ambiental no es de gran relevancia; y los estudios de impacto ambiental, respecto de los proyectos con impactos ambientales de mayor magnitud. En virtud de estos últimos, se diseñarán, previamente a la realización del proyecto, todas las medidas tendientes a minimizar el impacto ambiental, o a medirlo, o incluso, a rechazarlo.

³⁵⁶ Juzgamos este antecedente de valor, en tanto como afirma MORAND DEVILLER: "Ninguna ley de orientación, deja de mencionar los grandes principios o como se ha calificado indistintamente, según la doctrina del Consejo de Estado Francés, principios fundamentales de ley, principios generales del derecho, reglas con valor constitucional, principios deontológicos fundamentales, exigencias fundamentales o principios elementales del derecho. El medioambiente no escapa a esta pasión, contribuyendo sólidamente a esa actividad creadora". Cfr. MORAND DEVILLER, Jacqueline, "Los grandes principios del Derecho del Ambiente y del Derecho del Urbanismo", pág. 31, disponible en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13350>.

Con este instrumento, se pretende evitar que se sigan instalando procesos productivos, que puedan causar graves deterioros al medio ambiente.

El tercer instrumento está constituido por los planes preventivos de contaminación. En virtud de esta herramienta, en aquellas zonas que se encuentren próximas a sobrepasar las normas de calidad ambiental, la autoridad deberá crear o exigir un plan de prevención de la contaminación con objeto de impedir, que, en definitiva se sobrepase dicha norma.

En cuarto lugar, están las normas sobre responsabilidad. Dichas disposiciones no sólo pretenden hacer efectivo el principio de reparación del daño causado, tanto en el patrimonio de cualquier particular, como en el denominado patrimonio ambiental, sino que también persiguen un objetivo de prevención general. Esto es, inhibir a los particulares de causar daños al medio ambiente, en virtud de un sistema de sanciones pecuniarias y obligaciones de restaurar el daño causado, que les impida realizar sus actividades productivas sin tener en consideración que, además de indemnizar a los particulares en su patrimonio, deberán responder con las otras modalidades establecidas que aumentan notablemente los costos de transgredir las disposiciones ambientales.

Como se advierte, los instrumentos de gestión ambiental más importantes que creó LBGMA se sustentan en gran medida en este principio, razón por la cual los postulados del mismo se encuentran presentes en diversas normas de derecho positivo y en las instituciones que ellas crean -v.gr. el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o los Planes preventivos de descontaminación-.

Finalmente, y al igual como ocurre con el *principio de corrección del daño ambiental en su fuente* y el *principio precautorio*, este principio se encuentra contemplado en el *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Además, en el *Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América* y; en el *Protocolo sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra los Sucesos de Contaminación por Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas y su Anexo*.³⁵⁷

³⁵⁷ Vid. infra (apartado 1.6.1.2. (c), de este capítulo).

1.4.5. Herramientas que proporciona al régimen de responsabilidad por daño ambiental

1.4.5.1. Cuestiones generales

Conforme a todo lo expuesto en precedencia, no dudamos que el fin del principio en cuestión es procurar la evitación de los daños ambientales antes que éstos puedan verificarse. En tal sentido, no cabe duda en que el principio opera en forma previa a la responsabilidad medioambiental y su valor estriba en la máxima referente a que una vez causado el daño ambiental es prácticamente imposible deshacer sus consecuencias y lograr que el recurso vuelva a su estado originario.³⁵⁸

Pero la circunstancia de que el principio opere eminentemente *ex ante* no le resta valor al aporte que puede efectuar a la responsabilidad por daño ambiental, ni tampoco diluye su estrecha relación. En efecto, la *prevención* es un aporte al régimen desde que ésta no opera sólo como un mecanismo correctivo -como tradicionalmente se concibe a la responsabilidad civil- sino es también un instrumento que busca evitar los daños ambientales, posee, en tal sentido, una muy marcada e incuestionada función preventiva.

Como se ha expresado, creemos que si bien este principio está dirigido en primer lugar al legislador, éste ha afrontado su aplicación desde dos vertientes, una intervencionista y otra reactiva. La primera constituye el grueso de disposiciones que regulan los procesos que puedan ocasionar daño ambiental de manera previa a su ejecución, como lo es, v.gr., el sistema de evaluación de impacto ambiental o las autorizaciones previas; la segunda, se refiere a aquellas manifestaciones que pasan

³⁵⁸ KRÄMER expresa esta idea indicando: "el principio de la acción preventiva es de una importancia trascendental en cualquier clase de política ambiental efectiva, ya que permite actuar en un estadio muy preliminar. No se pretende que la acción se dirija primordialmente a reparar el daño o lesión ambiental, una vez ocurrido, sino que el principio de acción preventiva exige que las medidas se tomen para prevenir que ocurra aquel daño o lesión". Cfr. KRÄMER, Ludwin, *Derecho Ambiental y Tratado...*, cit., pág. 94.

por la represión de los posibles daños que se puedan ocasionar al medio ambiente.³⁵⁹

1.4.5.2. Aportes en la protección frente al daño ambiental contingente o la amenaza de un daño ambiental: Su consideración en el otorgamiento de medidas cautelares

En este sentido, el principio preventivo permite al régimen de responsabilidad por daño ambiental rehuir de la principal traba que se genera al concebirlo, exclusivamente, como un régimen civil de responsabilidad extracontractual, esto es, en mérito del principio en estudio es posible sostener que ante la sola amenaza de un daño, y más aún ante la inminencia del mismo, el régimen de responsabilidad por daño ambiental pueda poner en marcha sus mecanismos, articulando toda las herramientas que posee para frenar la verificación del daño.

Así, por ejemplo, en nuestro país, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 33 de la LTA cualquier legitimado activo de la acción de reparación ambiental podría solicitar al Tribunal Ambiental el inicio del procedimiento respectivo mediante el ejercicio de una medida prejudicial cautelar, como sería, verbigracia, la de solicitar la paralización de una determinada faena minera, sobre la base de los postulados del principio preventivo. En consecuencia, el principio preventivo fortalece el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA, complementándolo y facilitando el cumplimiento de sus fines.

En este mismo orden de ideas, es interesante destacar que la prevención - como principio- implica la incorporación en los ordenamientos jurídicos de un conjunto de reglas destinadas a la prohibición de contaminar³⁶⁰ y en aquellos casos que ello no sea posible, a procurar la reducción de la contaminación y su nocividad

³⁵⁹ Cfr. GARCÍA URETA, Agustín, ob. cit., pág. 140.

³⁶⁰ El Principio 11 de la Declaración de Río expresa: "Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente...."

para el medio al máximo posible.³⁶¹ Aquí estamos en presencia de un conjunto de acciones destinadas a reducir o controlar las actividades que puedan causar daño ambiental.³⁶²

Más notoria es la estrecha relación entre el principio preventivo y el régimen de responsabilidad por daño ambiental, si se considera que éste último en una importante medida, previene el daño en tanto, como bien lo expresa el mensaje presidencial con el que se acompañó el Proyecto de la LBGMA, dentro de sus funciones se encuentra la de *inhibir a los particulares de causar daños al medio ambiente, en virtud de un sistema de sanciones pecuniarias y obligaciones de restaurar el daño causado, que les impida realizar sus actividades productivas sin tener en consideración que, además de indemnizar a los particulares en su patrimonio, deberán responder con las otras modalidades establecidas que aumentan notablemente los costos de transgredir las disposiciones ambientales.*

De tal suerte que el aporte que se observa en este punto es que el principio preventivo permite, tratándose de daños al medio ambiente, la realización de actividades frente a amenazas de daños y no requiere, en consecuencia, de la existencia o verificación efectiva de un daño para actuar, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de responsabilidad civil, donde si bien se acepta la indemnización del daño futuro, este siempre, y en todo caso, de ser cuando menos cierto.

1.4.5.3. Entrega de herramientas para la valoración de la prueba

Un aspecto de valor referido a la forma en que el principio preventivo fortalece el régimen de responsabilidad por daño ambiental, y le permite construir soluciones que se adecuen mejor a los fines y funciones del Derecho ambiental, se puede

³⁶¹ Cfr. ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Manual de Derecho Ambiental*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2001, pág. 44.

³⁶² Cfr. LAGO CANDEIRA, Alejandro, ob. cit. pág. 990.

encontrar, según señalamos al comienzo de este apartado, a propósito de la forma en que los sentenciadores deben valorar la prueba en las acciones de reparación del medio ambiente dañado en Chile.

En efecto, el artículo 35 de la LTA expresa que: "*El Tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la desestime*".

Consecuentemente, una de las *razones jurídicas* que los sentenciadores podrían invocar es precisamente el conjunto de obligaciones que el principio preventivo le impone a quienes realicen actividades que puedan afectar el medio ambiente.

1.4.5.4. Principio preventivo y regulación de actividades económicas por medio de la imputación de responsabilidad

Otro de los aportes que el principio preventivo presenta a la responsabilidad por daño ecológico puro, dice relación con la posibilidad que le proporciona al Derecho ambiental para regular actividades económicas.³⁶³

Así, por ejemplo, el Derecho Ambiental permite la intervención en las actividades económicas de producción o comercialización de productos, dictando normas administrativas que restrinjan dichas actividades y haciendo responsables - no sólo administrativamente debemos decir- a quienes incorporan dichos productos al mercado, cuando los desechos de éstos ocasionan un daño ambiental. (El caso típico ocurre con los productos envasados y la obligación que se impone a los distribuidores de éstos de retirar los envases una vez que ha sido separado el contenido por el consumidor final).³⁶⁴

³⁶³ Cfr. LAGO CANDEIRA, Alejandro, ob. cit. pág. 991.

³⁶⁴ Ídem.

1.4.5.5. Aportes en la determinación de la culpa o elemento subjetivo de la responsabilidad por daño ambiental

El principio preventivo presta utilidad también en la construcción del deber general de cuidado que debe definir el juez, a partir del estándar abstracto de una persona media, para determinar la presencia de la culpabilidad -culpa o dolo- del sujeto que ocasiona el daño ambiental.³⁶⁵

En efecto, como el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA es un régimen subjetivo, los sentenciadores deben cotejar la conducta del sujeto que causó el daño con un estándar abstracto de comportamiento. Así, y dado que el principio preventivo impone obligaciones de información y actuación antes, durante y después que se lleven a cabo las actividades que pueden ocasionar un daño ambiental -especialmente si se trata de actividades peligrosas-, dichas obligaciones forman parte del comportamiento *abstracto* que observaría un hombre medio y su omisión permitirá al juez dar por establecida la culpabilidad, incluso, mediante presunciones judiciales.

³⁶⁵ Como bien lo expresa BARROS BOURIE, tratándose de la responsabilidad civil, el juez debe definir los deberes de cuidado que debe observar el causante del daño. Para ello, deberá recurrir a los criterios generales de diligencia (entre los cuales se cuentan: (i) la intensidad del daño; (ii) la probabilidad del daño; (iii) el valor de la acción que provoca el daño; (iv) el costo de evitar el accidente; (v) el tipo de relación entre el autor y la víctima -que en el caso de la responsabilidad ambiental no existe como tal, dado que este recae en el medio ambiente-; (vi) la actividad e informes de expertos y; (vii) el concepto de diligencia debida). Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., págs. 105 - 120 y 803.

Así también lo ha reconocido la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, al señalar:

"Décimo quinto... Para determinar entonces si la calificación jurídica de la conducta de la demandada es descuidada y negligente, corresponde establecer el patrón de conducta que habría tenido que observar razonablemente el propietario diligente de un predio que comprende una superficie aproximada de seis hectáreas próximo a un sector poblacional (comuna de San Bernardo), cercano a un canal de riego y sin cierre perimetral". (Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 15.996 - 2013, sentencia de fecha 01-09-2014, caratulada "Fisco de Chile con Molibdenos y Metales S.A. otra").

Así, por ejemplo, en un sistema subjetivo de responsabilidad como el chileno, la imposición de responsabilidad por los daños ocasionados por los desechos que dejan los consumidores finales luego de la separación del producto de su envase, podría ser imputada a los productores sobre la base del principio de prevención, en tanto resulta evidente que los envases de dichos productos se convertirán en residuos, cuestión que debió preverse por el fabricante y frente a la cual, en virtud de los imperativos de este principio, debió adoptar medidas.

En tal sentido, quienes realizan ciertas actividades que importan una consecuencia o un riesgo que -aunque sea potencialmente- puede ocasionar un daño ambiental, deben en virtud de este principio tomar mayores medidas u observar una mayor diligencia (en los sistemas subjetivos) si quieren eximirse de ser también responsables de la reparación de un daño ambiental ocasionado por un tercero (en el caso en ejemplo, de los consumidores finales).

1.4.5.6. Principio preventivo como herramienta objetivadora de la responsabilidad por daño ambiental

Finalmente, y relacionado con lo expuesto en precedencia, creemos viable postular que a partir de este principio y utilizando el criterio de la *evaluación de riesgos*³⁶⁶, es posible construir jurisprudencialmente un catalogo de actividades que, habida consideración de su naturaleza especialmente riesgosa, permitirían edificar una presunción de culpabilidad que incluso pueda llegar a alterar -al menos en la práctica- la carga de la prueba.

1.5. Principio precautorio

1.5.1. Concepto y significado

³⁶⁶ Para un ejemplo de ello a nivel Europeo, Vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 257.

Para comprender el significado del principio precautorio -también llamado de *acción cautelar* en Europa- es necesario antes conocer las nociones de *peligro* y *riesgo* que han sido desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia en Derecho ambiental.

En efecto, la explicación del principio precautorio -y su aparición en el Derecho como herramienta jurídica de tutela del medio ambiente- se puede ofrecer a partir del análisis y la vinculación que existe entre ambos conceptos. Así, mientras entendemos por *peligro* la capacidad que tiene una actividad de producir un daño, la noción de *riesgo*, en tanto, nos indica la probabilidad de que *tal capacidad* se manifieste en un *daño concreto*.³⁶⁷

En este escenario, el principio precautorio opera en un estado intermedio entre ambos, esto es, se activa frente a un *peligro* donde no es posible determinar, a ciencia cierta, la presencia de un *riesgo*. Es decir, la precaución es un instituto jurídico que se manifiesta en hipótesis de incertidumbre.³⁶⁸

Así, este principio cobra relevancia cuando, por un lado, el daño ambiental no puede ser averado concluyentemente por material científico-técnico definitivo³⁶⁹, ora porque no es materialmente posible conocer todos los efectos nocivos de una actividad a mediano o largo plazo, ora porque el grado de conocimiento científico es imperfecto o limitado en el estado actual del arte; y por otro, como una natural consecuencia de lo anterior, porque no es posible adoptar anticipadamente las

³⁶⁷ *Ibidem*, pág. 250.

³⁶⁸ En tal sentido, se ha dicho que la precaución debe actuar cuando (i) exista una vulnerabilidad del medio ambiente; (ii) la ciencia se encuentra limitada para predecir de manera anticipada y con exactitud los daños que puede sufrir el ambiente; y (iii) existen alternativas de llevar a cabo actividades (procesos, productos, etc.) que sean menos dañinos". Vid. MCGARITY O. y MOSEDALE, Th., "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law" en *Journal of Environmental Law*, Vol. 9, núm. 2, (1997), pág. 222.

³⁶⁹ Cfr. MORENO MOLINA, Ángel M., *ob. cit.*, pág. 47.

medidas para evitar los daños que se avizoran, los que tampoco pueden ser conocidos a cabalidad.^{370,371}

De esta forma, y aunque exista una gran variedad de formulaciones del principio³⁷², el significado de éste consiste en la idea de que ante una sola amenaza de daños (considerados suficientemente serios) al medio ambiente no se debe esperar a que se obtenga una certidumbre científica absoluta para tomar las debidas medidas protectoras.³⁷³ Antes bien, se deberá actuar incluso sin contar con una evidencia científica relativa.³⁷⁴ En palabras de una autora "si no somos capaces de conocer, no debemos ser atrevidos en nuestros comportamientos porque lo que sí sabemos es que los efectos de nuestras acciones pueden ser irreversibles".³⁷⁵

³⁷⁰ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 255.

³⁷¹ En tanto, según dijimos al tratarlo, el principio preventivo descansa sobre dos nociones diametralmente opuestas, esto es, (i) el daño ambiental puede conocerse anticipadamente y, por ello, (ii) pueden adoptarse todas las medidas necesarias para eliminarlo y mitigarlo.

³⁷² Según SUNSTEIN existen más de 20 definiciones. Vid. SUNSTEIN, Cass, *Leyes de Miedo. Más allá del principio de precaución*, Katz Editores, Buenos Aires/Madrid, 2009, pág. 31.

³⁷³ Como explica BETANCOR: "En primer lugar, la aplicación del principio de precaución tiene como punto de partida lo que podemos denominar -siguiendo la terminología de la Comunicación- una hipótesis de riesgo potencial: una actividad humana sobre la que existe, con cierto fundamento, la sospecha de su capacidad de producir un daño (peligro). Además existe la probabilidad, en grado y circunstancias a concretar, de que tal capacidad se traduzca en un daño que amenace el nivel de protección del medio ambiente o de la salud socialmente admitido por cuanto supera el nivel de riesgo aceptable para la sociedad". Vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 275.

³⁷⁴ Cfr. CÓZAR ESCALANTE, José Miguel DE, "Principio de precaución y medio ambiente" en *Revista Española de Salud Pública*, vol. 79, (2005), pág. 1; Cfr. PLAZA MARTÍN, Carmen, "Comunidad Europea: Objetivos...", cit., pág. 319. Así, ha sido resuelto por el TJUE en el Asunto C-219/07, apts. 38.

Se ha dicho que la primera definición del *principio precautorio* se contiene en la declaración que formuló el TJUE en su sentencia de 5 de mayo de 1998, donde expresó:

"El principio de precaución permite a las autoridades públicas competentes adoptar medidas preventivas proporcionadas, no discriminatorias y de carácter provisional cuando, a pesar de haberse llevado a cabo una evaluación de riesgos lo más completa posible, persiste la incertidumbre científica sobre la naturaleza y el alcance del riesgo aceptable". (Vid. Asunto C-157/96).

³⁷⁵ Vid. JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, ob. cit., pág. 13. Quien entiende que el principio precautorio debe quedar circunscrito a los daños ambientales irreversibles y en tal sentido, no se trata de un principio superior o más avanzado, sino complementario (y por tanto, actuante en su ámbito propio de aplicación) del principio de prevención.

En este sentido, pensamos que el principio opera como un complemento del principio preventivo.³⁷⁶ En efecto, el principio precautorio refuerza al preventivo en todas aquellas hipótesis en que no exista certidumbre respecto a los posibles daños que una determinada actividad ocasionará, ni tampoco de las medidas concretas que deberían adoptarse para evitarlos.³⁷⁷

Esta circunstancia si bien no le resta autonomía absoluta -especialmente cuando el daño que se avizora puede ser irreversible-, sí impide proponer su completa independencia. Por tanto, "por nuestra parte, creemos que si se entiende y concreta el principio de precaución en su verdadero significado, esto es, como complementario mas no sustitutivo del principio de prevención, sino regulando riesgos muy significativos o importantes o, más estrictamente, los irreversibles, entonces creemos que el principio precautorio es un principio estructural de Derecho ambiental, y lo es tanto en un plano universal como en otro (u otros) de tipo particular".³⁷⁸

En síntesis, la aplicación del principio de precaución conduce a una suerte de balance entre el riesgo (y/o la probabilidad de que el daño se produzca) y los costos

³⁷⁶ En un sentido muy similar, Vid. JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, ob. cit., pág. 17; GARCÍA URETA, Agustín, ob. cit., pág. 141.

PLAZA MARTÍN, indica, a los efectos, que el principio fue introducido en Europa con la finalidad de reforzar el de acción preventiva, superando algunas de sus limitaciones. Cfr. PLAZA MARTÍN, Carmen, "Comunidad Europea: Objetivos...", cit., pág. 319; en un sentido similar, Vid. LOZANO CUTANDA, Blanca y ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, ob. cit., pág.179.

MORENO MOLINA, lleva a cabo un análisis conjunto de ambos principios y comienza su estudio afirmando que "Por ello, debemos analizar en primer lugar si el de «cautela» y el de «acción preventiva» son dos principios diferentes o por el contrario forman un binomio machihembrado"... Para concluir que: "Como puede apreciarse, la diferencia entre los principios de cautela y de acción preventiva no está muy clara en la propia jurisprudencia comunitaria. Todo ello nos lleva a cuestionarse si, más allá de la diferenciación que *existe prima facie* entre estos dos principios, existen en realidad diferencias materiales de relieve entre ellos. A nuestro juicio, ambos principios son complementarios, el uno refuerza al otro". Vid. MORENO MOLINA, Ángel M., ob. cit., págs. 45 y 53.

³⁷⁷ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho...*, cit., pág. 255.

³⁷⁸ Vid. JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, ob. cit., pág. 21.

económicos de las medidas propuestas, así como respecto de la probabilidad que las medidas sean efectivas para evitar el daño.³⁷⁹

1.5.2. Origen y consolidación positiva en el Derecho internacional del medio ambiente

Amén de cualquier discusión que pueda suscitar la determinación del origen del principio precautorio³⁸⁰, es posible afirmar -con la doctrina mayoritaria- que la primera expresión de éste surgió en Alemania en los años 70 con el *Vorsorgeprinzip* ("principio de cuidado por adelantado", *Sorge im voraus*) del Derecho ambiental de dicho país³⁸¹, consagrado luego en 1974 en la *Bundesemissionschutzgesetz* (Ley federal sobre la emisiones), promulgada el 15 de marzo de 1974, cuyo § 5, párrafo 2, punto 1, permitía la adopción de medidas de precaución contra los efectos

³⁷⁹ Cfr. KISS, Alexander Charles y SHELTON, Dinah, *Manual of European Environmental*, 2ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pág. 42.

³⁸⁰ Vid. ESTEVE PARDO, José, *El desconcierto del Leviatán*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 141; RUIZ-JARABO, Dámaso, "El desarrollo comunitario del principio de precaución" en Dimitry Berberoff Ayuda (director), *El principio de precaución y su proyección en el Derecho Administrativo Español*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 48.

³⁸¹ Cfr. BOEHMER-CHRISTIANSEN, S., "The Precautionary Principle in Germany - enabling Government", en Timothy O' Riordan, & J. Cameron, J., (editores), *Interpreting Precautionary Principle*, Cameron and May, London, 1994, pág. 35; HANSCHER, Dick, "Progress and the Precautionary Principle in Administrative Law - Country Report on Germany", en Eibe Riedel y Rüdiger Wolfrum (editores), *A Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 2006, págs. 180-181; EMBID IRUJO, Antonio, "Precaución y derecho", Iustel, Madrid, 2010, pág. 119; DOMENECH, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pág. 255; LAGO CANDEIRA, Alejandro, ob. cit. pág. 996; AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE. *Lecciones tardías de alertas tempranas: el principio de cautela, 1896-2000*, Copenhague, 2002, págs. 9-11; SUNSTEIN, Cass, *Leyes del Miedo. Más allá...*, cit., pág. 29.

Sin perjuicio de ello, se ha dicho que los primeros usos del concepto de *precaución* se produjeron al hilo de ciertas decisiones judiciales en los Estados Unidos en materia de salud, seguridad y medio ambiente, con anterioridad al desarrollo europeo del mismo. Cfr. ASHFORD, N.A., "Implementing a Precautionary Approach in Decisions Affecting Health, Safety, and the Environment: Risk, Technology Alternatives, and Tradeoff-Analysis", en E. Freytag *et. al.* (editores) *The role of Precaution in Chemicals Policy*, Diplomatische Akademie, Viena, 2002, págs. 128 -140.

E incluso, SUNSTEIN señala que "En Derecho, el primer uso de un principio de precaución general parece ser la «ley de protección ambiental de Suecia» de 1969. Vid. SUNSTEIN, Cass, *Leyes de Miedo. Más allá...*, cit., pág. 29.

perjudiciales para el medio ambiente (*vorsorgende Umweltpolitij*), en particular, para limitar las emisiones con la mejor técnica disponible.³⁸²

Con posterioridad, fue recepcionado por primera vez en el Principio 11 de la *Carta Mundial de la Naturaleza* de 1982.³⁸³ Luego, es recogido por la OCDE a partir de 1987 con ocasión de diversas *Declaraciones ministeriales* emitidas a lo largo de varias *Conferencias internacionales para la Protección del Mar del Norte*.³⁸⁴

Posteriormente, es consagrado en el Principio 7 de la *Declaración ministerial sobre el desarrollo sostenible*, adoptada en Bergen el 15 de mayo del año 1990; recogido en el *Convenio de Bamako* de 30 de enero de 1991; en el artículo 3 del *Convenio Marco sobre el Cambio Climático* de 9 de mayo del año 1992; y en el *Convenio Marco sobre la Biodiversidad Biológica* de 5 de junio de 1992; para, posteriormente, alcanzar su máxima expresión al ser incorporado en el Principio 15 de la *Declaración de Río* de 14 de junio de 1992.

Ya en el siglo XXI, el *Protocolo sobre Bioseguridad relativo al transporte, manipulación y utilización seguros de organismos vivos modificados derivados de la*

³⁸² Cfr. RUIZ-JARABO, Dámaso, ob. cit., pág. 49.

³⁸³ Principio 11 de la Carta Mundial de la Naturaleza:

"Se controlarán las actividades que puedan tener consecuencias sobre la naturaleza y se utilizarán las mejores técnicas disponibles que reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales; en particular:

- a) se evitarán las actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza;*
- b) las actividades que puedan entrañar peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza, y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales;*
- c) las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza, en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y se realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales".*

³⁸⁴ Verbigracia, en la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Internacional sobre la protección del mar del Norte (en 1987); en la Tercera Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte, en 1990. Sobre el particular, Cfr. *Comisión de las Comunidades Europeas*, "Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución", Anexo II, COM (2000), Bruselas, 2000, págs. 26 y ss.

moderna biotecnología, adoptado el 28 de enero del año 2000, recoge el principio en su artículo 10.6.

En este estado de cosas, y según se advierte, el principio ha experimentado una incesante evolución desde su origen alemán más remoto, hasta las consagraciones más actuales del mismo, lo cual, demuestra "una consolidación progresiva en el Derecho internacional del medio ambiente que lo ha convertido en un verdadero principio de Derecho internacional de alcance general".³⁸⁵

1.5.3. Consagración positiva en el Derecho comparado

Según indicábamos precedentemente, el principio precautorio se manifiesta en su máxima expresión en el Derecho internacional público del medio ambiente, al ser consagrado en el Principio 15 de la Declaración de Río, que dispone:

"Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

De igual forma, encuentra reconocimiento positivo en el Derecho europeo a través de la norma contenida en el artículo 194.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.³⁸⁶

³⁸⁵ *Comisión de las Comunidades Europeas*, ob. cit., pág. 10; CORCELLE, G., "La perspective communautaire du principe de précaution", en *Revue du Marché commun et de l' Union européenne*, Nº 450, julio-agosto, (2001), pág. 448.

³⁸⁶ El principio fue incorporado a la Unión Europea, por primera vez, en el Tratado de Maastrich, al parecer por una propuesta de la delegación Belga. Sobre el particular, Vid. KRÄMER, Ludwin, "The Genesis of EC Environmental Principles", en R. Macrory (editor), *Principles of European Environmental Law*, Europa Law Publishing, 2004, pág. 38.

Con respecto al reconocimiento del principio precautorio en el Tratado de Funcionamiento, es interesante recordar que, como expresa la COMUNICACIÓN en el numeral 3 de su introducción: "El principio de precaución no está definido en el Tratado, que sólo lo menciona una vez, para la protección del medio ambiente, pero, en la *práctica*, su ámbito de aplicación es mucho más vasto, y especialmente cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razonables

Sin perjuicio de ello, y según indicábamos en el acápite relativo a su origen, el principio de cautela posee una vasta expresión en diversos instrumentos de Derecho internacional que han sido ratificados y/o incorporados a los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados del orbe.³⁸⁷ Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de su jurisprudencia, lo ha considerado como un principio general de derecho.³⁸⁸

para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el *medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido para la Comunidad*". Vid. *Comisión de las Comunidades Europeas*, ob. cit., págs. 2.

³⁸⁷ Así, por ejemplo, en:

(i) 1987: Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono, en su preámbulo; (ii) 1987 y 1990: Segunda y Tercera Conferencias Internacionales sobre la protección del Mar del Norte; (iii) 1990: Declaración Ministerial de Bergen sobre el desarrollo sostenible en la Región de la CEE, Párrafo 7; (iv) 1990: Declaración Ministerial de la Tercera Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte (Declaración de la Haya), en su preámbulo; (v) 1991: Convención de Bamako sobre la prohibición de la importación a África de desechos peligrosos, artículo 4 (3); (vi) 1992: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río), Principio 15; (vii) 1992: Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, artículo 2(5); (viii) 1992: Convenio sobre Diversidad Biológica, preámbulo; (ix) 1992: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, artículo 3 (principios) (x) 1992: Convenio de París para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste; (xi) 1993: Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias ("Ronda Uruguay"), artículo 5(7); (xii) 1994: Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, párrafo 31; (xiii) 1994: Tratado sobre la carta de la energía de la Comunidad Europea, artículo 19; (xiv) 1995: Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces, artículo 6 (1-7); (xv) 1997: Tratado de Ámsterdam, artículo 175; (xvi) 2000: Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad relativo al transporte, manipulación y utilización de organismos vivos modificados, preámbulo; (xvii) 2000: Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución COM (2000)1, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo el 14/12/2000; (xviii) 2001: Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes, preámbulo; (xix) 2001: Declaración Ministerial de la OCDE, Párrafos 14 y 41; (xx) 2001: Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, consideraciones generales; (xxi) 2002: Reglamento 178/2002 sobre seguridad alimentaria de la Unión Europea; (xxii) 2003: Aprobación por parte de la Comisión Europea del Reglamento relativo al registro, evaluación, la autorización y la restricción de sustancias y preparados químicos (REACH), COM 2003, 0644 (04), título 1, capítulo 1, artículo 1; (xxiii) 2004: Conferencia de los representantes de los gobiernos de los Estados Miembros, Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, capítulo II, sección 5; artículo III-233.

³⁸⁸ Vid. CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press Inc., New York Oxford, 2011, pág. 549. En este sentido, Vid. Asuntos acumulados C-133/93; C-300/93 y C-362/93, *Crispoltoni*, apt. 43, donde se mantiene invariable el criterio según el cual:

"cuando, en la adopción de una normativa, el legislador se ve obligado a valorar las consecuencias futuras de la misma, no pudiendo preverse dichas consecuencias con exactitud,

Con todo, es menester mencionar que "así como en el contexto europeo constituye un principio plenamente invocable³⁸⁹, su virtualidad en el ámbito internacional resulta más cuestionada"³⁹⁰, razón por la cual para su invocación en el un sistema de derecho interno es necesaria una sólida construcción legal y dogmática. Dicha tarea es la que se pretende emprender, para el caso chileno, en las páginas que siguen.

1.5.4. Manifestaciones en el Derecho positivo chileno

Dado que, según se ha dicho, entendemos que el principio precautorio constituye una complementación del principio preventivo, creemos que el sustento constitucional y legal (LBGMA) del mismo se construye, *mutatis mutandi*, sobre la base de las mismas disposiciones que indicábamos a propósito del principio preventivo.³⁹¹

En tal sentido, el reconocimiento constitucional del principio en el Derecho chileno, se encuentra en la interpretación armónica de los artículos 1 inciso 3º, 5

su valoración únicamente puede ser censurada si se revela manifiestamente errónea a la vista de los elementos de que disponía al adoptar dicha normativa".

Asimismo, el Tribunal de Primera Instancia, en los Casos Acumulados T-74/00, T-6/00 y otros, *Artegodan a.o v. Comisión*, señaló:

"El principio de precaución puede definirse como un principio general de Derecho comunitario que exige a las autoridades competentes que tomen medidas adecuadas para prevenir los riesgos potenciales específicos para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, dando prioridad a los requisitos relacionados con la protección de estos intereses por encima de los intereses económicos. Dado que las instituciones de la Comunidad son responsables, en todos sus ámbitos de actividad, de la protección de la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, el principio de precaución puede considerarse un principio autónomo procedente de las disposiciones del antedicho Tratado..."

³⁸⁹ Así fue resuelto por el TJUE, verbigracia, en el asunto C-132/03.

³⁹⁰ Cfr. GARCÍA URETA, Agustín, ob. cit., pág. 135.; BIRNIE, Patricia *et al.*, *International Law and the Environment*, Oxford University Press, New York Oxford, 2009, págs. 160-164. En este sentido, por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio no lo consideró, ya que el Órgano de Solución de Diferencias desestimó la aplicación del Protocolo de Cartagena y el Convenio sobre Diversidad Biológica en el conflicto entre Estados Unidos y la Unión Europea sobre la moratoria acerca de la comercialización de organismos vivos genéticamente modificados.

³⁹¹ Vid. supra (apartado 1.4.4., de este capítulo).

inciso 2º, 6 inciso 1º, de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 19 Nº 8 de dicho cuerpo normativo.

Como expresa BERMÚDEZ SOTO "sólo en la medida en que se actúe anticipadamente, aún frente a situaciones en que no existe certeza absoluta del daño, e incluso frente a una baja probabilidad de daño, podrá garantizarse un medio ambiente adecuado para las posibilidades de supervivencia y desarrollo de las generaciones venideras".³⁹²

En tal sentido, creemos que el principio precautorio está inserto dentro de la garantía del artículo 19 Nº 8 de la Constitución, en cuanto se encuentra incardinado dentro del *deber del Estado [de] velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*. En efecto, el deber de reparar el daño ambiental es por cierto una de las medidas que el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, debe adoptar para evitar que dicho daño se propague u ocasione daños mayores, ello sobre la consideración básica de que es *un recurso contaminado* que, en consecuencia, es *contaminante*.³⁹³

Se debe mencionar, que "no existe en la LBGMA una declaración genérica, ni mucho menos una definición del principio precautorio, no obstante, el sistema de evaluación de impacto ambiental, en sí mismo constituye una aplicación concluyente de este principio"³⁹⁴, máxime si como hemos dicho, lo comprendemos como un complemento o refuerzo del principio preventivo.

Finalmente, es menester señalar que el principio se encuentra contemplado en el *Convenio sobre la Diversidad Biológica*; en el *Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de Ozono*; en la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático*; en el *Protocolo sobre Cooperación, Preparación y*

³⁹² Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de...*, 2ª edición, cit., pág. 45

³⁹³ Vid. supra (apartado 1.1., de este capítulo).

³⁹⁴ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos...*, 2ª edición, cit., pág. 44.

*Lucha contra los Sucesos de Contaminación por Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas y su Anexo; en Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología y; en el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes.*³⁹⁵

1.5.5. Fines y funciones del principio precautorio y su aporte al régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA

Este principio, al igual que los estudiados en precedencia, se configura como uno de los ejes rectores del Derecho ambiental, y constituye uno de los pilares que deben guiar la actuación de todos los intervinientes que se desenvuelven en la *cuestión ambiental* (Autoridades administrativas³⁹⁶, Legisladores³⁹⁷, Jueces³⁹⁸, agentes contaminadores, etc.).

³⁹⁵ Vid. infra (apartado 1.6.1.2. (d)., de este capítulo).

³⁹⁶ Se ha dicho que "es sin duda alguna el ejecutivo el que afronta las situaciones de incerteza que se puedan plantear de manera perentoria y el que está llamado a tener el principal protagonismo con relación a este principio. Más concretamente son las Administraciones públicas en lo que son sus espacios competenciales las que pueden adoptar medidas en base al principio de precaución". Cfr. ESTEVE PARDO, José, "La operatividad del principio...", cit., pág. 208.

³⁹⁷ Contra esta idea, ESTEVE PARDO quien indica "el legislador no necesita en absoluto acudir a este principio para la aprobación de las leyes, como son las relativas a la protección del medio ambiente que, ciertamente, pueden estar inspiradas en la idea de precaución pero que tienen su propia fuerza - la que deriva de su naturaleza de norma con rango de ley- y no necesitan ampararse en principio singular alguno". Cfr. ESTEVE PARDO, José, "La operatividad del principio...", cit., pág. 208.

³⁹⁸ Sobre la aplicación por parte de los jueces del principio precautorio, es posible, a nuestro juicio, advertir dos niveles: (i) en el control de la legalidad de los actos de la Autoridad administrativa (ora cuando la Autoridad administrativa no haya aplicado el principio con el rigor que exigían las circunstancias del caso; ora cuando lo aplica en forma exacerbada, esto es, con un exceso de precaución); y (ii) en el conocimiento de las acciones de reparación del daño ambiental, fundamentalmente en dos aspectos: (ii.a) conocimiento de las medidas cautelares y (ii.b) la morigeración de los requisitos necesarios para que surja la responsabilidad por daño ambiental (v.gr., como elemento integrador de la culpa o dolo; en la dulcificación de la acreditación de la causalidad y en el daño cuando se trata de amenazas, es decir, no exista certidumbre científica de él). Sobre el particular, NOGUEIRA ALCALÁ, expresa "debe hacerse efectivo el principio de precaución que determina que quienes deben adoptar decisiones legislativas, administrativas o jurisdiccionales deben adoptar medidas transitorias que posibiliten preservar el ambiente mientras no avance el conocimiento científico y técnico, y disminuya o desaparezca la incertidumbre acerca del efecto producido por dicha acción en la calidad ambiental...". Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Justicia Ambiental y Justicia Constitucional" en *Revista de Derecho Ambiental*, FIMA, N°2, (2010), págs. 17-18.

Según se dijo, en términos sencillos el principio precautorio ordena tomar todas las medidas que permitan, sobre la base de un costo económico y social aceptable, detectar y evaluar el riesgo de una determinada actividad, reducirlo a un nivel tolerable y, si es posible, eliminarlo. Al mismo tiempo, el principio de precaución obliga a informar a las personas implicadas acerca del riesgo y de tomar en consideración sus sugerencias acerca de las medidas a adoptar.³⁹⁹

En este escenario, la función más interesante de este principio, a los efectos de nuestra investigación, es que éste reclama medidas inmediatas, de urgencia, aún cuando exista ausencia o insuficiencia de pruebas o elementos científicos referidos al comportamiento de la naturaleza, a fin de impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos plenamente, lo que presupone que cualquier tardanza puede resultar en definitiva más perjudicial que cualquier acción temprana intempestiva.⁴⁰⁰

De esta forma, y sin perjuicio que su ámbito de aplicación por excelencia sea el de las políticas públicas ambientales y la actuación de las Autoridades administrativas⁴⁰¹ en las que haya un componente importante de gestión de riesgos⁴⁰², el principio precautorio encuentra aplicación con respecto a la responsabilidad por daño ambiental⁴⁰³, al menos, en tres esferas bien claras:

³⁹⁹ Cfr. CAFFERATTA, Néstor, ob. cit., pág. 51.

⁴⁰⁰ Ídem.

⁴⁰¹ Así se ha dicho que "es, por ende y sobre todo, un principio de acción administrativa anticipada". Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 69.

⁴⁰² En Chile, como ocurre, verbigracia, con el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente; La Resolución de Calificación Ambiental que aprueba o rechaza un proyecto sometido al Sistema de Evaluación Ambiental, pronunciada por la Comisión a la que se refiere el artículo 86 de la LBGMA; La aprobación de planes de manejo forestal a que se refieren los artículos 5 y ss. de la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, de 11 de julio de 2008, por parte de la Corporación Nacional Forestal; etc.

En este punto es interesante la opinión de ESTEVE PARDO, quien va un paso más allá respecto de la *naturaleza de las medidas* para que estas puedan ser consideradas como una manifestación del principio de precaución, en cuanto para él: "ningún interés específico, novedoso por así decirlo, encontramos en la adopción de medidas ordinarias como pudiera ser la aprobación de una ley o la resolución administrativa por la que se decide otorgar una subvención a un equipo de investigadores para el estudio de los posibles efectos nocivos de un determinado producto y superar el estado de

(i) la adopción de medidas cautelares en los procesos de reparación ambiental -ya sea proporcionando criterios que justifiquen su otorgamiento o bien permitan que el régimen se ponga en marcha en ausencia de un daño -necesariamente- cierto, real y efectivo, pero ante la presencia de una amenaza de éste⁴⁰⁴;

(ii) en la flexibilización de los criterios para la acreditación del vínculo causal⁴⁰⁵; y

(iii) asimismo, es posible advertir su aporte como un elemento integrador del estándar general de conducta que debe construir el juez para determinar la culpabilidad del agente.⁴⁰⁶

incerteza que se hubiera generado en torno suyo. Estaríamos en estos casos ante el régimen ordinario de la potestad legislativa y de la subvención administrativa pero no de las singularidades propias del principio de precaución que se manifiesta en las medidas de excepción". ESTEVE PARDO, José, "La operatividad del principio...", cit., págs. 198-199.

⁴⁰³ Parecidamente RUDA quien sintetiza esta cuestión señalando "No obstante, cuando de daños al medio ambiente se trata, surge a menudo un margen de incertidumbre, que afecta diversos aspectos del supuesto legal que da lugar a la responsabilidad. En primer lugar, puede ser incierto si existe o no un daño. Supuesto éste, puede ser inseguro si hay un nexo causal con la conducta del demandado. Finalmente, si resulta aplicable un régimen de responsabilidad por culpa, puede ser incierto si el daño era previsible o no". Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 71.

⁴⁰⁴ ESTEVE PARDO, inquiría, con elocuente precisión, " Y si nos adentramos en las interioridades del proceso judicial ¿no es el principio o la idea de cautela la que advertimos en unas fórmulas tan conocidas y afinadas por la jurisprudencia como son las medidas cautelares?". Vid. ESTEVE PARDO, José, "La operatividad del principio...", cit., pág. 194. En un sentido idéntico ARCILA SALAZAR indica: "el auto en el que se decretan las medidas cautelares, es el momento propicio para dar aplicación al principio de precaución porque se trata de la actuación en la que el juez, sin anticipar el fallo, toma los correctivos necesarios para evitar que al finalizar el proceso, el daño sea irreversible y el contenido de la sentencia sea completamente inoportuno o inejecutable". ARCILA SALAZAR, Beatriz, ob. cit., pág. 298.

⁴⁰⁵ En forma muy acertada la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio precautorio expresa: "Las relaciones de causalidad son las más difíciles de probar científicamente en los casos en que los efectos peligrosos se dejan sentir mucho tiempo después de la exposición, y por este mismo motivo el principio de precaución debe utilizarse a menudo". *Comisión de las Comunidades Europeas*, ob. cit., pág. 18.

⁴⁰⁶ Una clara manifestación es posible advertirla en la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Sobre el particular, Vid. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., págs. 255 y ss.

Finalmente, para algunos autores, el sistema de *fondos de compensación ambientales* -y por analogía, los contratos de seguros- es también una manifestación del principio precautorio, en tanto proporciona una cobertura de la responsabilidad que pueda existir en el futuro.⁴⁰⁷

En este sentido, juzgamos que el principio precautorio es una poderosa herramienta para la concepción del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA como un régimen especial y autónomo, de naturaleza mixta (pública y privada), en tanto permite eliminar o -al menos- morigerar algunas de las trabas más pesadas que la responsabilidad civil impone para hacer procedente la obligación de reparar el medio ambiente.⁴⁰⁸

En efecto, comprender la responsabilidad por daño ambiental como simple responsabilidad civil, supondría desconocer el principio precautorio -incardinado en la medula misma de Derecho ambiental- por cuanto, como ha dicho la propia doctrina civil, aceptarlo sería una novedad que "supondría un cambio drástico en la forma de entender la responsabilidad civil" y parece oscuro hasta qué punto debe transformarse a la responsabilidad civil en algo que no es para que pueda conseguir un objetivo que le es propiamente ajeno. Pues, al fin y al cabo, el principio de precaución responde a una situación de incertidumbre sobre el riesgo, mientras que la responsabilidad civil parte siempre del daño absolutamente inequívoco. El principio de precaución sugeriría que se cambiase el paradigma, de modo que la

⁴⁰⁷ Cfr. KOURILSKY, Philippe y GENEVIÈVE, Viney, *Le principe de précaution*, Odile Jacob, Paris, 2002, págs. 229-230; RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 71.

⁴⁰⁸ La necesidad de esta independencia de la responsabilidad civil queda aún más de manifiesto, al tenor de las críticas que la civilística ha formulado al principio precautorio cuando se ha intentado trasladarlo al Derecho de daños. En efecto, MAZZEAU afirmaba que "admitir el principio de precaución como un fundamento nuevo conduciría a serios trastornos, ¿una responsabilidad sin víctima, sin perjuicio y sin indemnización". Cfr. MAZZEAU, Denis, "Responsabilité civile et précaution", en *Responsabilité Civile et Assurances*, N° 19, Junio, (2001), pág. 19 y ss. En un sentido similar, MARTIN, Gilles, "Précaution et évolution du droit", en *Dalloz*, (1995), sec. chronicle, pág. 299.

Como se advierte, es efectivo que en el régimen de responsabilidad del Derecho civil es inconcebible pueda haber una responsabilidad sin perjuicio y sin indemnización, pero ello sólo demuestra que la responsabilidad por daños ambientales se encuentra dominada por otras categorías donde dichas hipótesis si pueden presentarse.

responsabilidad se fundamentase en la simple amenaza de daños, mas o menos cierta.⁴⁰⁹

Principalmente, insistimos, en lo que dice relación con la implementación de medidas frente a la *sola amenaza* de un daño ambiental y frente la dificultad que presenta la fijación del nexo de causalidad.⁴¹⁰ En este punto, siguiendo a ESTEVE PARDO, pensamos que reviste suma importancia "en algo tan relevante como en que las medidas adoptadas sobre la base de este principio, sustantivado y autónomo, enervan o excepcionan el régimen ordinario, de Derecho positivo, que sería de aplicación si no se invocara, y con acierto, el principio de precaución".⁴¹¹

1.5.5.1. Principio precautorio y medidas cautelares

Sin perjuicio de exceder los contornos de esta investigación, creemos que merece la pena referir brevemente el aporte que, a nuestro juicio, proporciona el principio de precaución al régimen que regula las *medidas precautorias* (cautelares según la denominación de la LTA) en el ordenamiento jurídico chileno, tratándose de

⁴⁰⁹ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 72.

⁴¹⁰ En efecto, es interesante recordar, cuanto menos a modo referencial en lo concerniente a nuestro país, que diversos instrumentos de Derecho internacional -vinculantes o no en Chile- hacen mención a que el principio precautorio impide utilizar la ausencia de la certidumbre del vínculo causal como un justificante para la inactividad. En tal sentido, verbigracia, (i) Las Segunda y Tercera Conferencias Internacionales sobre la protección del Mar del Norte donde se expresa: "*Para proteger el Mar del Norte de los posibles efectos dañinos de las sustancias más peligrosas, es necesario un enfoque de precaución, que puede exigir que se adopten medidas para limitar los efectos de esas sustancias, aún antes de que se haya establecido una relación de causa-efecto sobre la base de pruebas científicas indudables;*" (ii) El Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, en su artículo 2.5, indica: "... se regirán por los principios siguientes: *El principio de precaución, en virtud del cual no se aplazarán las medidas para evitar el posible impacto transfronterizo de la emisión de sustancias peligrosas so pretexto de que las investigaciones científicas no han demostrado plenamente una relación causal entre dichas sustancias, por un lado, y un posible impacto trasfronterizo, por otro lado;*" (iii) La Declaración de Wingspread, donde se señala: "*cuando una actividad hace surgir amenazas de daño para el medio ambiente o la salud humana, se deben tomar medidas de precaución incluso si no se han establecido de manera completamente científica algunas relaciones de causa-efecto;*" etc.

⁴¹¹ Vid. ESTEVE PARDO, José, "La operatividad del principio...", cit., pág. 196.

juicios de reparación del daño ambiental, en tanto constituyen una herramienta importante de éste.

En materia de responsabilidad medio ambiental -en sentido lato (infraccional y restauradora)-, éstas medidas se regulan en el artículo 24 de la LTA. En aquello que nos importa para los efectos del principio en estudio, señala dicha disposición en sus incisos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º:

"Artículo 24.- De las medidas cautelares. Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. Son medidas conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. Son innovativas aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida.

(inc. 2º.-) El tribunal podrá decretar estas medidas en cualquier estado del proceso o antes de su inicio y por el plazo que estime conveniente. Podrá decretarlas de oficio o a petición de parte, según corresponda, de acuerdo a las normas generales, debiendo en éste último caso resolver mediante resolución fundada, sea de plano o con citación.

(inc. 3º.-) Cuando se soliciten estas medidas, el requirente deberá acompañar los antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían generarse.

(inc. 5º.-) En las controversias cautelares sólo se admitirá prueba documental. Las medidas decretadas se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de las causa.

(inc. 6º.-) La cautela innovativa sólo podrá decretarse ante la inminencia de un perjuicio irreparable. Si el Tribunal estimare que no concurren las circunstancias que la hagan procedente podrá, de oficio, decretar la medida cautelar que a su juicio corresponda".

Consecuentemente, a partir de la lectura de estas normas surgen una serie de interrogantes que estimamos pueden ser resueltas en conformidad a los postulados del principio precautorio. A saber:

(i) Tomando en consideración el tenor de los artículos 33 de la LTA y 53 inciso 1º de la LBGMA, ¿es necesario que ya se haya producido el daño para poder impetrar una medida prejudicial precautoria destinada a ejercer la acción ambiental? o en otras palabras ¿se debe esperar a que el daño ambiental se produzca para poder presentar una medida cautelar?

El artículo 33 de la LTA, inserto en el párrafo 4º intitulado *del procedimiento por daño ambiental*, dispone: "*Inicio del procedimiento. Este procedimiento se iniciará por demanda o por medida prejudicial. En la demanda sólo se podrá pedir la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de éste a repararlo materialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.300...*"

A su turno, el artículo 53 inciso 1º de la LBGMA preceptúa: "*Producido el daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado...*"

En este estado de cosas, y conforme al tenor literal de las normas, nos parece bastante indiscutido que el nacimiento de la *acción ambiental* (de reparación) se encuentra condicionado a la existencia de un *daño ambiental*, esto es, como expresa la LBGMA la acción surge una vez *producido* el daño, hipótesis que, incluso, descarta la reparación de un daño futuro a pesar de que sea cierto, lo cual es diametralmente opuesto a lo que ocurre en la responsabilidad civil.^{412,413}

⁴¹² Es también la opinión de BERMÚDEZ SOTO, quien expresa "el daño ambiental es el presupuesto de la responsabilidad ambiental. En efecto, para que surja la responsabilidad, es necesario, en primer término, la concurrencia de un daño ambiental, sólo en virtud de la ocurrencia de éste surgirá la

Empero, como hemos señalado, una de las virtudes que ofrece el principio precautorio al régimen de responsabilidad por daño ambiental, es precisamente que permite poner en marcha sus instituciones, incluso, frente a una amenaza de daño.

En tal sentido y tratándose de situaciones donde se avizora un daño ambiental grave e irreparable, aun cuando no exista certidumbre del mismo, (el artículo 24 inc. 6º de la LTA se refiere a *la inminencia de un perjuicio irreparable*), la protección del medio ambiente justificaría, sobre la base del principio precautorio, la interposición de una medida prejudicial cautelar que permita *evitar* o, cuando menos, morigerar los efectos del perjuicio ambiental.

Pensamos, que en este sentido adquiere relevancia la tesis de ESTEVE PARDO, en cuanto la aplicación del principio precautorio habilita a los poderes públicos a adoptar medidas singulares y extraordinarias, se trata de una visión sustantivizada del principio. En estos casos, "el principio precautorio no interesa, pues, como principio inspirador de una legislación, como pueda ser la de organismos modificados, sino como principio capaz de excepcionar precisamente esa legislación mediante medidas en él fundadas".⁴¹⁴

Para sustentar una conclusión como la indicada, creemos que serviría el propio tenor del artículo 33 de la LTA, en cuanto expresa que *en la demanda sólo se podrá pedir la declaración de haberse producido el daño ambiental por culpa y dolo*

obligación de reparar los perjuicios, que es lo que persigue, como cualquier otra, esta clase de responsabilidad". Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., pág. 399.

⁴¹³ En todo caso, más allá de los imperativos que introduce en la materia el principio precautorio, podría postularse que, en nuestro país, en virtud de la remisión que el artículo 51 inciso 3º de la LBGMA efectúa a las normas del Libro IV, Título XXV del Código Civil, (remisión que como hemos dicho permite recurrir a las normas de la responsabilidad civil cuando éstas favorezcan la reparación o los fines ambientales) podría argüirse que procedería en estos casos una acción de reparación, en la medida que la noción de *daño ambiental* incluye a los *daños futuros* siempre que éstos que sean *ciertos*, siguiendo a los criterios que la doctrina y jurisprudencia civil han formulado en esa materia.

⁴¹⁴ Cfr. ESTEVE PARDO, José, "La operatividad del principio de precaución en materia ambiental", en Dimitry Berberoff Ayuda (director), *El principio de precaución y su proyección en el Derecho Administrativo Español*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 199..

del demandado y la condena de éste a repararlo materialmente, por cuanto a *contrario sensu*, en las medidas prejudiciales -por las cuales el propio artículo autoriza a iniciar al procedimiento- se podría, en consecuencia, *pedir otras medidas o acciones*, encaminadas, precisamente, a evitar la producción del daño ambiental.

En sintonía con este problema, estimamos que el principio precautorio también permitiría, dentro de un proceso de reparación del daño ambiental, la interposición de medidas cautelares con el objeto de evitar daños graves e irreparables aún no verificados, pero cuya verificación es probable como consecuencia del daño ambiental ya constatado.

En efecto, como se ha señalado en reiteradas ocasiones en este trabajo *un recurso contaminado es un recurso contaminante*, y en tal sentido se trata de riesgos (no necesariamente de daños efectivos), pero de riesgos de posibles daños ecológicos puros. Lo que se limpia o restaura no es un bien aislado en cuanto tal, sino un bien capaz de contaminar el medio ambiente porque puede estar en estrecha relación con otros.

De esta forma, la consideración de los daños objeto de la obligación de restauración como generadores de "riesgos" ambientales lleva a considerar la obligación de restaurar los bienes dañados encuadrada más en el principio de prevención (o en su caso, de precaución) que en el de corrección. Es importante comprender que la característica de irreversibilidad del daño ambiental o bien la excesiva onerosidad que puede suponer la restauración ambiental, justifican plenamente la adopción de medidas tendientes a evitar un daño mayor que el ya producido.⁴¹⁵

⁴¹⁵ En un sentido similar, Cfr. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental...*, cit., pág. 124.

(ii) En relación a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 24 de LTA, ¿qué se debe entender por *antecedentes* y por *presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados*?

Pensamos que la delimitación de estos *conceptos jurídicos indeterminados* puede lograrse mediante la aplicación del principio precautorio. En este sentido, la noción de *presunción grave* puede ser circunscrita a la necesidad de que exista un daño (o amenaza de éste) grave y/o irreversible, de tal suerte que no cualquier magnitud de riesgo potencial justifica cualquier medida de precaución.

A su turno, al referirse a *antecedentes* pensamos que estos deben demostrar - no con una certeza científica absoluta- la existencia fundada de un riesgo que puede llegar a concretizarse en un daño irreversible de no adoptar las medidas. En tal sentido, no se trata de antecedentes que acrediten con certeza plena los resultados dañosos que se quieren evitar, sino de *indicios concretos*, que sin perjuicio de la incertidumbre científica, permitan concluir razonablemente, sobre la base de los resultados más recientes de la investigación internacional, que dichas medidas son necesarias.

(iii) Finalmente, y de conformidad a lo preceptuado en el inciso 6º de la norma en comento, ¿cómo debe entenderse el criterio de *inminencia de un perjuicio irreparable*, a la luz de los postulados del principio precautorio?

Sobre este punto, pensamos que el calado jurídico que debe darse a la noción de *inminencia de perjuicio irreparable*, se debe construir necesariamente a partir del principio precautorio en cuanto no puede edificarse con contornos que atenten contra él.

En efecto, debemos recordar que el principio impone la obligación de adoptar medidas aún cuando no exista certeza científica absoluta de los daños, pero éstos - en caso de verificarse- serían graves e irreparables. En tal sentido, la noción de

irreparable que utiliza la ley nos parece acertada -pues permite delimitar la imposición de medidas extraordinarias que pueden suponer una afectación grave para el sujeto pasivo de la acción- empero, el concepto de *inminente*, debe ser entendido bajo un criterio de fundada probabilidad, mas no de certeza plena.

En síntesis, el principio precautorio -al igual como ocurre con el preventivo- permitiría poner en acción el régimen de responsabilidad por daño ambiental incluso ante situaciones de incertidumbre del daño ambiental, esto es, frente a una sola amenaza del mismo.⁴¹⁶ Ello, además, demuestra la independencia que debe tener éste régimen con respecto a la responsabilidad civil -que exige la presencia de un daño cierto -aunque sea futuro- como condición *sine qua non*-.

Por todo lo dicho, creemos que el escenario natural donde se presentarán estas hipótesis en el ordenamiento jurídico chileno, será el de las medidas cautelares que hemos analizado.

1.5.5.2. Su aporte en la determinación de la culpa o el dolo del causante del daño ambiental

En otro estado de cosas, creemos que sobre la base de los postulados del principio en comento se otorgan herramientas a los jueces para la construcción del estándar de diligencia que debía observar el sujeto que ocasionó el daño ambiental, siendo con ello posible considerar como responsable no sólo a aquel que no tomó las medidas de prevención del riesgo conocido o previsible, sino también a aquél que, en situación de incertidumbre o de duda, no haya adoptado medidas de precaución, como por ejemplo, evitar el ingreso al mercado de un producto que aún no posee una certificación o una de ellas se encuentre pendiente.

⁴¹⁶ Un ejemplo de dicha aplicación lo encontramos en la *Convención de Bamako sobre la prohibición de la importación a África de desechos peligrosos*, en su artículo 4(3) donde se expresa: "Cada parte tratará de adoptar y poner en práctica el enfoque preventivo y de precaución en los problemas de contaminación, lo que supone, entre otras cosas, evitar que se liberen en el medio ambiente sustancias que puedan causar daño a los seres humanos o al medio ambiente, sin necesidad de esperar que haya pruebas científicas en relación con ese daño".

En este sentido, y al igual como ocurre con el principio preventivo, presta una importante ayuda a los sentenciadores en la construcción del estándar de diligencia que debe observar quien ha sido demandado en una acción de reparación ambiental.⁴¹⁷ En efecto, impone ciertas obligaciones (de información a la autoridad; abstención de ciertas conductas; etc.) a quien desarrolla una actividad potencialmente contaminante (que crea un *peligro* entendida la noción en los términos explicados más arriba⁴¹⁸), cuya infracción permite determinar su culpabilidad por parte de un juez.

Es decir, se fija un criterio general susceptible de ser aplicado a las diversas fuentes de riesgos -según su naturaleza- que venga a resolver cuándo existe una situación de ignorancia insalvable del peligro en cuestión o era técnicamente imposible evitar la producción del daño; y cuándo o a partir de qué circunstancias no cabe exculpar al individuo en cuestión del riesgo creado y de los daños que eventualmente ocasione.

En concreto, se postula que para la determinación de la culpa o dolo de un individuo, el sentenciador puede construir el estándar de diligencia exigido, estimando que el comportamiento del *hombre medio* en el caso en cuestión importa observar determinadas acciones u omisiones por disponerlo así el principio precautorio.

⁴¹⁷ Para ESTEVE PARDO, a los particulares se les puede exigir la precaución en el sentido de diligencia debida, si tienen una mayor capacidad de impacto en sectores como la salud y el medio ambiente por razón de su actividad industrial o profesional. Pero, a su juicio, en esas hipótesis se trata más bien de la idea de precaución y, si se quiere, la virtud de la prudencia más que del principio estricto de precaución que habilita para la adopción de medidas singulares y que corresponde aplicar a los poderes público. Cfr. ESTEVE PARDO, José, "La operatividad del principio...", cit., pág. 208. Empero, este razonamiento no se contrapone a lo postulado en este trabajo en cuanto a la utilidad del principio precautorio en la construcción del estándar de diligencia en el sistema de responsabilidad por daño ambiental subjetivo chileno, dado que se trata de una crítica a la posibilidad de que los particulares *tomen medidas o se invistan de potestades para adoptar medidas violentas* invocando éste principio.

⁴¹⁸ Vid. supra (apartado 1.5.1., de este capítulo).

1.5.5.3. Principio precautorio e inversión de la carga de la prueba y dulcificación de la acreditación de la relación de causalidad

Un tema de suma relevancia que plantea la aplicación del principio precautorio, es la posibilidad de que en su virtud se invierta la *carga de la prueba*. Tratándose de la Unión Europea, la *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio precautorio* establece en su numeral 6.4. que:

Las normas existentes en la legislación comunitaria y en muchos de los terceros países aplican el principio de autorización previa («lista positiva») antes de la comercialización de ciertos tipos de productos como los medicamentos, los plaguicidas o los aditivos alimentarios, lo cual supone ya una manera de aplicar el principio de precaución desplazando la responsabilidad de la producción de pruebas científicas; es el caso concreto de las sustancias consideradas a priori peligrosas o que pueden ser potencialmente peligrosas a cierto nivel de absorción. En este caso, el legislador, por precaución, ha invertido claramente la carga de la prueba estableciendo que estas sustancias son consideradas peligrosas mientras no se demuestre lo contrario, por lo que corresponde a las empresas realizar las investigaciones necesarias para la evaluación de riesgos. Hasta que el nivel de riesgo para la salud o para el medio ambiente no pueda ser evaluado con la certeza suficiente, el legislador no cuenta con un fundamento jurídico suficiente para autorizar la utilización de la sustancia, salvo, excepcionalmente, para realizar ensayos.

En otros casos, en los que no existe el procedimiento de autorización previa, puede que sea el usuario, la persona física, la asociación de consumidores o ciudadanos o la autoridad pública quienes tengan que demostrar la naturaleza de un peligro y el nivel de riesgo de un producto o de un método. Una acción adoptada en virtud del principio de precaución puede implicar en algunos casos una cláusula que revierte la carga de la prueba sobre el productor, el fabricante o el importador, pero tal obligación no puede preverse sistemáticamente como principio general. Esta posibilidad debería examinarse en cada caso, cuando se adopta una medida en virtud de la precaución y a la espera de los datos científicos suplementarios, para que los profesionales que tienen un interés económico en la producción y/o la comercialización del método o el producto en cuestión puedan financiar las investigaciones científicas necesarias, de forma voluntaria.

Las medidas basadas en el principio de precaución pueden establecer una responsabilidad en materia de producción de las pruebas científicas necesarias para una evaluación del riesgo completa.

En este sentido, quien pretenda desarrollar una actividad debe probar anticipadamente que la acción proyectada no va a causar daños al medio ambiente⁴¹⁹ y por otro, que quien se oponga a la adopción de medidas de protección ambiental debe demostrar que no existen peligros de daño irreversible, mientras normalmente sucede lo contrario.⁴²⁰

Pero el problema que nos interesa no es aquel relativo a la dictación de leyes o reglamentos que permitan la inversión de la carga de la prueba en el caso de actividades sometidas al sistema de evaluación ambiental o bien el establecimiento de exigencias por parte de la autoridad administrativa para conceder autorizaciones en aquellas actividades que estén o no sujetas a dicho procedimiento.

La cuestión que importa a los efectos de este trabajo, es saber si es posible, sobre la base de los postulados del principio precautorio, invertir la carga probatoria en las acciones de reparación ambiental que se ejerzan ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Se trata, en definitiva, de resolver la siguiente inquietud: ¿puede el juez, en aplicación del principio precautorio, presumir -en contra del sujeto pasivo de la acción de reparación- todos o algunos de los elementos de la responsabilidad por daño ambiental? En concreto ¿se encuentran habilitados los sentenciadores para dar por acreditada la responsabilidad del demandado aún cuando el sujeto activo no logre acreditar la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad por daño

⁴¹⁹ Cfr. KISS, Alexander Charles y SHELTON, Dinah, ob. cit., pág. 40.

⁴²⁰ Cfr. MARCHISIO, Sergio, "El desarrollo sostenible en el Derecho comunitario europeo del Medio ambiente" en José Manuel Peláez Marón (director), *Cuestiones actuales del Derecho Comunitario Europeo III*, Editores Universidad de Córdoba, Córdoba, 1995, pág. 127.

ecológico puro, por estimar que es el sujeto pasivo quien debe acreditar que su actuación no causó el daño ambiental?

Este problema, tratándose de los elementos daño, causalidad y culpabilidad será abordado en los acápites pertinentes donde se analizan las particularidades que presentan estos elementos en el régimen de responsabilidad por daño ambiental, de manera de evaluar si para el caso concreto de cada uno de ellos es posible aplicar dicha presunción. En este sentido, para su resolución nos remitimos a lo que ahí se dirá.

Sin perjuicio de ello, resulta sumamente elocuente recordar que un importante número de normas contenidas en instrumentos internacionales -Directivas, Tratados, Recomendaciones, etc.- se refieren a la aplicación del principio precautorio, precisamente bajo la máxima según la cual "*la ausencia de pruebas científicas de la existencia de una relación causa-efecto, de una relación cuantificable de dosis/respuesta o de una evaluación cuantitativa de la probabilidad de aparición de efectos adversos tras la exposición no debe utilizarse para justificar la inacción*".⁴²¹

Por tanto, una de las principales consecuencias del principio es la obligación de actuar incluso ante la imposibilidad de acreditar una relación de causalidad concluyente, lo cual puede explicarse, precisamente, en que dicho elemento se presume sobre la base de los imperativos del principio precautorio. La justificación de aquello podría darse, perfectamente, en que la gravedad del riesgo que se avizora, particularmente el daño ambiental irreversible o grave, justifica la adopción de medidas más estrictas.⁴²²

Esta cuestión, en todo caso, no es una excentricidad para el Derecho chileno, pues en una conocida sentencia de la década de los 90 se afirmaba por el máximo tribunal, precisamente a propósito de la acreditación de la relación causal, "8º.- La

⁴²¹ Vid. *Comisión de las Comunidades Europeas*, ob. cit., pág. 17.

⁴²² Cfr. KISS, Alexander Charles y SHELTON, Dinah, ob. cit., pág. 42.

prueba en materia ambiental se rige por el principio precautorio más que por la prueba científica propiamente tal".^{423,424}

Con todo, probablemente el problema más agudo que presenta aceptar esta posibilidad es aquél referido a que una inversión de la carga probatoria se traduce en imponer a quien desarrolla la actividad *cuestionada* la obligación de acreditar un hecho negativo, esto es, se le impone una *probatio diabólica*.

En efecto, en la práctica las exigencias del principio precautorio se manifiestan en que un determinado individuo debe acreditar que su actividad *no ocasiona u ocasionó un daño al medio ambiente*, esto es, que acredite que *algo no ocurrirá u ocurrió*, lo cual, como se sabe, no es posible en el sistema jurídico procesal vigente.

Por ello, creemos que las exigencias que en esta materia impone el principio precautorio deben estar referidas a la obligación que tiene el sujeto que quiere desvirtuar la presunción, de eliminar el fundado temor que oscurece a su actividad en torno a la posible generación de un daño, y no de probar que dicho daño no se producirá o se produjo a consecuencia suya (hecho negativo).

⁴²³ Excma. Corte Suprema, causa rol 11.495 - 1998, sentencia de fecha 4-06-1998, causa caratulada "Luis Pozo y otros con Empresa de Ferrocarriles Antofagasta a Bolivia".

⁴²⁴ Probablemente esta sea la explicación que extraña URRUTIA SILVA, al analizar este fallo en un reciente trabajo de su autoría, al inquirir: "Se trata de una invocación bastante extraña: La Corte Suprema no define ni explica para qué serviría, en este contexto, el enfoque de precaución. La verdad es que este principio no tiene que ver directamente con la prueba sino primero con otras consideraciones. El hecho que en algunos casos internacionales y en Derecho comparado se haya alegado una alteración de la carga de la prueba entre las consecuencias prácticas del principio de precaución no permite llegar a la conclusión de que estamos ante una norma simplemente procesal". Vid. URRUTIA SILVA, Osvaldo, "Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales Ambientales y Derecho internacional del medio ambiente", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XL, (2013), pág.493.

En este sentido, pensamos que el enfoque es precisamente el que venimos afirmando y que la Corte así lo ha entendido en forma acertada. El principio precautorio permite dar por acreditada la existencia del vínculo causal aún cuando exista incertidumbre científica o la ciencia no ofrezca una certeza plena. Asimismo, creemos que de la lectura del fallo no se desprende, en caso alguno, una interpretación que permita sostener que la Corte "rebajó" el principio a una simple norma de carácter procesal, por el contrario, sólo se afirma que los postulados del principio precautorio *reemplazan* (priman) por sobre la certezas o incertidumbres que la prueba científica pueda ocasionar en un litigio

Así, se deberá acreditar que los datos en los que se funda el mentado temor de la existencia de un riesgo (antecedentes científicos no concluyentes; documentos; registros de experiencias similares, etc.) son falsos o se encuentran errados o bien que los beneficios socio-económicos que proporciona la ejecución de la actividad se compensan con los eventuales daños ambientales que podría ocasionar u ocasionó. En definitiva, lo que se exige es que se acredite por parte del sujeto interesado que su actividad o producto es seguro y no que no ocasionará u ocasionó un daño ambiental, cuestión que según decimos resultaría imposible.

Un ejemplo gráfico de esta forma de concebir el efecto de *inversión de la carga probatoria*, se encuentra en el *Reglamento REACH, reglamento 1907/2006*, de 18 de diciembre del año 2006, relativo al registro, evaluación, autorización y restricción de las sustancias y preparados químicos, el cual establece en su considerando 69 -en relación a las sustancias altamente preocupantes a las que se refiere el artículo 55-:

"para garantizar un nivel suficientemente elevado de protección de la salud humana, incluida la consideración de los grupos de población humana y posiblemente de determinadas subpoblaciones vulnerables, y del medio ambiente, las sustancias altamente preocupantes deben, de conformidad con el principio de precaución, ser objeto de cuidadosa atención. La autorización debe concederse cuando las personas jurídicas o físicas que soliciten la autorización demuestren a la autoridad responsable de la concesión que los riesgos para la salud humana y el medio ambiente derivados del uso de la sustancia están suficientemente controlados. De otro modo, podrán aún autorizarse los usos si puede demostrarse que los beneficios socioeconómicos de la utilización de la sustancia compensan los riesgos relacionados con su uso y que no hay sustancias o tecnologías alternativas que resulten viables desde el punto de vista económico y técnico".

1.5.5.4. Límites en su aplicación

Finalmente, sin perjuicio de lo dicho respecto al valor que representa la utilización del principio en un régimen de responsabilidad por daño ambiental, la aplicación de sus postulados debe ser llevada a cabo con especial prudencia.⁴²⁵

En efecto, como expresa BETANCOR, "el problema aplicativo y jurídico se plantea respecto del grado de la incerteza, el de los indicios y el de la importancia del daño. La incerteza tiene tantos niveles como los que admite la acción para su gestión. El activismo puede ser tan perjudicial como el «in-activismo». En el grado esta es la cuestión: se tomarán medidas preventivas cuando haya motivos razonables o existan razones que permitan suponer o pensar que las actividades puedan constituir un peligro para el medio ambiente. Es coherente que el Derecho se preocupe por la reducción de la certeza mediante la mejora de la información".⁴²⁶

⁴²⁵ En Estados Unidos el principio ha sido fuertemente criticado por SUSTEIN, quien pone de manifiesto que los efectos paralizantes del mismo pueden llegar a ser irracionales. En tal sentido, expone sobre los resultados de una encuesta formulada el año 2003 a diversos científicos, donde se concluye que algunos de los descubrimientos más importantes de nuestra era, tales como, los aviones, los antibióticos, las vacunas, los refrigeradores, los rayos X, las operaciones a corazón abierto, etc., no habrían podido jamás haber visto la luz si se hubiera aplicado a su respecto los postulados del principio precautorio. Vid. SUSTEIN, Cass, *Law of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, págs. 25 y ss.

En Francia, en tanto, se ha criticado el principio afirmando que una visión maximalista del mismo pondría en peligro el funcionamiento del mercado interior en la Unión Europea. Cfr. ALEMANNI, A., "Le principe de précaution en droit communautaire. Stratégie de gestion du risque ou risque d' atteinte au Marché intérieur?", en *Revue de droit de l' Union européenne*, N° 4, (2001), pág. 91; y Léger, Ph., "Commentaire article par article des Traités UE et CE", Dalloz, París y Ed. Beuylant, Bruselas, 2000, pág. 336.

Asimismo, se ha criticado el principio sobre la base de las siguientes afirmaciones: "(i) es inaceptablemente vago, general, impreciso como para constituir un principio eficaz, no dar lugar a controversias interminables o incluso tener algún sentido; (ii) No se puede establecer con precisión cuál es el umbral que conduce a un daño suficientemente grave o de carácter irreversible; (iii) el concepto de certidumbre científica no tiene un significado exacto; (iv) se trata en realidad de una estrategia comercial para fomentar las medidas proteccionistas e impedir el libre comercio y coartar la sabiduría inherente a los procesos de mercado; (v) Promueve políticas discriminatorias, etc. Sobre el particular, Cfr. CÓZAR ESCALANTE, José Manuel DE, ob. cit., pág. 6. Contra estas críticas, Vid. US BASED ENVIRONMENT RESEARCH FOUNDATION, "Answering Critiques o Precaution", en Rachel's Environment and Health News, disponible en: <http://www.rachel.org/?q=en/node/6464>.

⁴²⁶ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, "Derecho...", cit., pág. 272.

Por estos motivos, y en consideración a la amplitud que el principio posee y a la necesidad de establecer limitaciones al mismo, podemos señalar que es necesario que se den una serie de condiciones para que la aplicación del principio sea posible, a saber: (i) una situación de incertidumbre acerca del riesgo; (ii) que se efectúe una evaluación científica del riesgo; (iii) perspectiva de un daño grave e irreparable; (iv) proporcionalidad de las medidas; y (v) transparencia de las medidas.⁴²⁷

Estos criterios, a su vez, pueden ser reconducidos a tres:⁴²⁸

(i) la amenaza de daño, el cual debe ser grave y/o irreversible⁴²⁹, esto es, "no cualquier magnitud de riesgo potencial justifica cualquier medida de precaución, en especial si esta última supone una carga importante para la sociedad, por ejemplo, por implicar la pérdida de un gran número de puestos de trabajo".⁴³⁰ Luego, como lo

⁴²⁷ Cfr. ANDORNO, Roberto, "El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la Era Tecnológica", en *La ley*, [Buenos Aires], 18 de julio de 2002; JIMÉNEZ DE PARGA indica sobre el particular: "... el principio precautorio debe limitarse, en tercer lugar, a riesgos no de cualquier naturaleza, sino a los *graves e irreversibles*. El principio precautorio exige, en cuarto lugar, seguir un *modelo anticipativo*, es decir, actuar sobre la base de medidas de precaución, pero «en función de los costos» y «conforme a sus capacidades». Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, ob. cit., pág. 15.

⁴²⁸ Cfr. HERRERA IZAGUIRRE, Juan Antonio, "El principio precautorio en la era de los OGM: Incertidumbre y conflicto internacional", *Medio Ambiente & Derecho*, pág. 3, disponible en: [http://huespedes.cica.es\(gidamus/12-13/EL%20PRINCIPIO%20PRECAUTORIO.htm](http://huespedes.cica.es(gidamus/12-13/EL%20PRINCIPIO%20PRECAUTORIO.htm). En un sentido similar, Vid. MOURE, Ana María, "El principio de precaución en el derecho internacional", *Revista Internacional de Éticas Aplicadas (Dilemata)*, N° 11, (2013), pág. 26, disponible en: <http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/issue/view/12/showToc>.

⁴²⁹ Estos son los criterios que utiliza, verbigracia, el Principio 15 de la Declaración de Río. En este sentido el TJUE ha resuelto que:

"sólo puede adoptarse una medida cuando el riesgo, cuya existencia y alcance no han sido plenamente demostrados mediante datos científicos concluyentes, resulta sin embargo suficientemente documentado, a la vista de los datos científicos disponibles en el momento en que se adopte la medida". (Vid. Asunto T-13/1999, apt. 144).

Tratándose de daños a la salud de las personas, el TJUE exige la existencia de *indicios concretos*, que sin perjuicio de la incertidumbre científica, permitan concluir razonablemente, sobre la base de los resultados más recientes de la investigación internacional, que dichas medidas son necesarias para evitar que se introduzcan en el mercado nuevos alimentos que puedan poner en peligro la salud humana. Vid. Asunto C-236/01, apt. 113.

⁴³⁰ Cfr. CAFFERATTA, Néstor, ob. cit., pág. 52.

ha resuelto el TJUE, los riesgos puramente hipotéticos, apoyados en meras hipótesis científicamente no probadas, no pueden ser tomados en consideración⁴³¹;

(ii) debe existir una falta de evidencia científica (incertidumbre), esto es, que no exista una evidencia contundente sobre la seguridad de los beneficios o cuando ésta no es completa o no se encuentra disponible; y

(iii) la necesidad y deber de actuar, lo cual se traduce en inversiones de la carga de la prueba; suspensión de actividades o faenas; paralización de obras; otorgamiento de medidas cautelares; la consideración de que el desarrollo de regímenes especiales de responsabilidad y compensación -como es el propuesto en el artículo 27 del Protocolo de Cartagena⁴³²-; etc.

En consecuencia, y tal como lo expresa la Comunicación de la Comisión: "*El recurso al principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente*".⁴³³

En este escenario pensamos que, por ejemplo, en el caso chileno las medidas que se impongan en las sentencias que dicten los Tribunales Ambientales en los procesos en que conozcan las acciones (destinadas a la reparación del medio ambiente artículos 33 y ss. de la LTA), y que hayan sido adoptadas sobre la base de los postulados del principio precautorio, deberían ajustarse a los principios de: (a) proporcionalidad, (b) no discriminación, (c) coherencia, (d) análisis de las ventajas e

⁴³¹ Vid. Asunto T-229/04, apt. 161.

⁴³² *Protocolo de Cartagena de la Convención de Diversidad Biológica*, de 23 de febrero de 2000, disponible en: <http://bch.cbd.int/protocol/text/>. Este Protocolo se refiere a la regulación del movimiento transfronterizo de los Organismos Vivos Modificados (OGM) y contiene la enunciación más dura del principio precautorio, razón por la cual ha sido criticado indicándose que se trata de una *operacionalización del principio*. Sobre el particular, Vid. SCHNIER, David J., "Genetically Modified Organisms & the Cartagena Protocol", en *Fordham Environmental Law Journal*, (2001), vol. 377, N° 12, pág. 411.

⁴³³ *Comisión de las Comunidades Europeas*, ob. cit., págs. 3.

inconvenientes que suponen para la sociedad, y (e) estudio de la evolución científica, los cuales son precisamente herramientas que morigeran la aplicación del principio precautorio.

Para finalizar, es importante destacar que otro criterio que se debe considerar en la aplicación del principio precautorio, dice relación con que las medidas que se adopten deben estar siempre sujetas a revisión a la luz de los nuevos datos científicos que se obtengan.⁴³⁴

En tal sentido, las medidas deben ser revisadas periódicamente, lo cual posee suma relevancia tratándose de la aplicación del principio en el otorgamiento de medidas cautelares conforme se expuso más arriba. En efecto, las medidas adoptadas sobre la base del principio que implican la suspensión del régimen jurídico que sería aplicable, poseen un carácter traumático en cuanto suponen la excepción del régimen jurídico ordinario aplicable, y por ello han de tener un marcado carácter temporal, circunscrito a la situación de riesgo e incerteza que las suscitó.⁴³⁵

En conclusión de todo lo expuesto, como bien lo expresa la Comunicación de la Comisión "el recurso al principio de precaución sólo se produce en la hipótesis de riesgo potencial, aunque este riesgo no pueda demostrarse por completo, no pueda cuantificarse su amplitud o no puedan determinarse sus efectos debido a la insuficiencia o al carácter no concluyente de los datos científicos... No puede, sin embargo, legitimar en ningún caso una toma decisión de naturaleza arbitraria".⁴³⁶

⁴³⁴ Así ha sido resuelto en Europa por el TJUE, en relación, lógicamente, a la revisión y adecuación de la normativa, y no una hipótesis de medidas cautelares implementadas dentro de un juicio de responsabilidad por daño ambiental. En cualquier caso estimamos que, *mutatis mutandi*, los criterios allí establecidos sirven como directrices tratándose del otorgamiento y alzamiento de las medidas cautelares. Vid. Asunto C-504/04, apt. 40.

⁴³⁵ Cfr. ESTEVE PARDO, José, "La operatividad del principio...", cit., pág. 198.

⁴³⁶ *Comisión de las Comunidades Europeas*, ob. cit., pág. 13.

1.6. Otros instrumentos jurídicos que justifican la aplicación de estos principios al régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA

Hemos dado cuenta a lo largo de este capítulo del origen, la evolución y el marco teórico y normativo que rige a los principios ambientales de *corrección del daño ambiental preferentemente en su fuente, quien contamina paga, preventivo, y precautorio*, haciendo una breve referencia a su recepción en el Derecho extranjero y sus manifestaciones en el Derecho nacional.

Sobre el particular se ha mencionado la consagración constitucional que tendrían los principios *preventivo* y *precautorio* en atención a lo dispuesto en las normas contenidas en los artículos 1 inciso 3º; 5 inciso 2º; 6 inciso 1º en relación con el artículo 19 N° 8 de la Carta magna. Asimismo, se ha hecho referencia a las manifestaciones que los principios estudiados poseen en la LBGMA. De esta forma, hemos pretendido dar cuenta que los mismos han sido recibidos e incorporados al derecho positivo chileno y en tal sentido pueden ser invocados y aplicados en los juicios de reparación del daño ambiental, por tratarse de *reglas positivizadas*.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos de valor exponer una serie de argumentos que refuerzan la justificación en la aplicación de cada uno de estos principios al régimen ordinario de responsabilidad por daño ambiental consagrado en la LBGMA y que se refieren fundamentalmente a:

- (i) su consagración en Tratados internacionales celebrados y ratificados por Chile;
- (ii) su función como principios generales de Derecho;
- (iii) su necesaria aplicación como imperativos derivados del *soft law*.

En consecuencia, en las páginas que sigue intentaremos explicar cómo y porqué estas categorías jurídicas sirven para fundamentar la aplicación de los principios estudiados en la labor de reparación de los daños ambientales en Chile.

1.6.1. Consagración en los Tratados internacionales celebrados y ratificados por Chile

1.6.1.1. Antecedentes

Estimamos que, habida consideración de la naturaleza jurídica que el ordenamiento nacional otorga a aquellas normas que provienen de los tratados internacionales celebrados y ratificados por Chile -esto es, aquellas incorporadas a su derecho interno-, surge para los intervinientes de los procesos de reparación del daño ambiental la posibilidad de invocar los principios contenidos en dichos instrumentos, así como de aplicarlos, por parte de los jueces, para la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento.

En las páginas que siguen nos referiremos a los motivos que justifican este aserto, así como, a cuáles son algunos de estos instrumentos de Derecho internacional ambiental que podrían sustentar la aplicación de los principios en el ejercicio de la acción de reparación del daño ambiental y la resolución del respectivo juicio.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º literal a) de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo de 1969, ratificada por Chile mediante Decreto N° 381, Ministerio de Relaciones Exteriores, 5 de mayo de 1981, D. Of. 22 de junio de 1981, *Promulga la Convención sobre el Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969*, se entiende por tratado "*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o*

*en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular".*⁴³⁷

En tal sentido, el tratado es una fuente de obligaciones entre los Estados que se traduce en una manifestación del ejercicio de la soberanía en orden a vincularse y obligarse con otros Estados.⁴³⁸

A su turno, es posible conceptualizar a los tratados ambientales como: "un acuerdo internacional celebrado entre estados o entre estados y organizaciones internacionales o entre estas últimas, cuyo fin es establecer obligaciones entre las partes *contratantes* encaminadas a la protección, preservación y resguardo del medio ambiente, entendido éste como el sistema o conjunto de elementos provenientes tanto de la naturaleza como de la actividad del hombre, los cuales se encuentran en constante interacción".⁴³⁹

⁴³⁷ Cfr. *Legislación básica de Derecho internacional público*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 199.

⁴³⁸ A la luz de lo dispuesto en este artículo, se advierte que para que estemos en presencia de un tratado -en los términos regulados por la Convención de Viena de 1969- se deben cumplir con tres requisitos copulativos: (i) que el documento conste por escrito; (ii) que haya sido suscrito por aquellos sujetos de Derecho internacional que tenga la calidad de Estado; y (iii) que el respectivo documento se encuentre regido por el Derecho internacional independiente de la denominación que le den las partes. Luego, en este escenario salta a la vista que la definición de tratado que proporciona la Convención de Viena de 1969 excluye a aquellos acuerdos celebrados entre sujetos de Derecho internacional que no son Estados (lo cual, en todo caso, es sin perjuicio de la prevención que efectúa el propio artículo 3 de la Convención en orden a reconocerle valor jurídico a dichos instrumentos). Por ello, y a propósito de las dudas que se manifestaban sobre el fuerza vinculante de dichos instrumentos, en el año 1986 se celebró la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, de 21 de marzo de 1986, en virtud de la cual se da fuerza vinculante equivalente a la de los Tratados a los instrumentos que regula. Empero, es importante mencionar que dicha Convención -que no ha sido ratificada por Chile al momento en que redactamos este trabajo - aún no entra en vigor pues no se adherido por el número de países necesarios (35), en los términos del artículo 85 N° 1 de ésta. A la fecha sólo 31 países y 12 organizaciones internacionales lo han ratificado. En tal sentido, aquellos instrumentos que no poseen la naturaleza jurídica de un Tratado, si bien a los ojos del Derecho internacional público poseen valor jurídico, su condición de vinculantes para los aplicadores del Derecho en nuestro país resulta más cuestionable.

⁴³⁹ Cfr. LILLO GOFFRERI, Diego Alonso Y PÉREZ ARAVENA, Nelson Rodrigo, *Tratado Internacionales Ambientales: Un análisis de eficacia en el Derecho interno*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, [inédita], Universidad de Chile, Santiago, 2012.

En este estado de cosas, es conveniente referir la forma en que las normas, principios y obligaciones establecidas en los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico nacional chileno. Así, es posible afirmar que nuestro país ha seguido la denominada *teoría dualista* -desarrollada eminentemente por ANZILOTTI y HEINRICH⁴⁴⁰, en virtud de la cual el ordenamiento jurídico interno y el internacional son dos entes jurídicos radicalmente diferentes y separados entre sí en cuanto al proceso de creación, contenido material y fuente de creación de sus normas, de tal suerte que la norma internacional sea aplicable en el ordenamiento jurídico interno, sólo cuando sea homologada a través de un acto del legislador.^{441,442}

⁴⁴⁰ Sobre el particular, Vid. DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª edición, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 244.

⁴⁴¹ Así, para que las normas, principios y obligaciones de un tratado formen parte del ordenamiento jurídico chileno, se debe estar a lo regulado en el artículo 54 de la Constitución Política de la República. En tal sentido, el Congreso sólo puede aprobar o rechazar un tratado sometido a su consideración. No puede, por tanto, introducirle modificaciones. En este punto, es interesante recordar que la Ley de Reforma a la Constitución N° 20.050, introdujo diversas modificaciones a esta atribución del Congreso Nacional. Por lo pronto se resuelve en la Constitución el vacío que denunciaban la doctrina y del que se había hecho cargo el Tribunal Constitucional, en aquellas materias de ley que un tratado abarcare se deberán respetar los quórum de aprobación que señala el artículo 66. En seguida, la reforma señalada introdujo los incisos 3º y 4º con el objeto de mejorar la información que el Presidente de la República debe dar al Congreso acerca del contenido y el alcance del Tratado y de las eventuales reservas que pretenda confirmar o formular al mismo. Dado que el Presidente es quien conduce las relaciones con otros Estados y negocia por ello los términos de los tratados, el Congreso podrá sugerirle reservas o declaraciones interpretativas de algún tratado en trámite de aprobación, siempre que ello sea procedente conforme a los términos del mismo y a las normas de Derecho internacional. En el inciso 5 se contempla la situación de los tratados que no se refieren o contemplan materia de ley, conocidos como acuerdos ejecutivos, los que se acuerdan o celebran en ejercicio de la potestad reglamentaria. El inciso 6 no es sino materialización de la voluntad del Constituyente de someter al Estado chileno al cumplimiento de los acuerdos internacionales, prescindiendo de ese modo de manifestaciones de voluntad unilateral que contraríen las disposiciones de los tratados que se hubieren firmado. Los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados imponen a los estados la obligación de cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales, y en su observancia la Constitución impide la derogación, modificación o suspensión unilateral de las disposiciones de un tratado vigente. La denuncia de un tratado (materia de la que trata el inciso 7) es la voluntad manifestada por un Estado de terminar con el cumplimiento de sus disposiciones, dicho de otro modo, retirarse o desvincularse de él. Para que ello sea válido es necesario que el propio tratado lo permita y una vez cumplidas todas las etapas previstas por el Derecho Internacional. La facultad de denunciar un tratado es, en nuestro sistema, privativa del Presidente de la República, decisión que se concreta previa opinión solicitada a ambas ramas del Congreso. Las reservas (que se señalan en los incisos 8 y siguientes) dicen relación con ciertas estipulaciones de un Tratado que se aprueban, pero con un significado especial. La reserva es una declaración unilateral hecha por un Estado con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación

En sintonía con lo dicho, es menester ahora clarificar cuál es la posición de la norma ambiental internacional en el ordenamiento jurídico chileno o en otras palabras, cuál es el rango o valor con el que estas normas ingresan al sistema normativo jerarquizado. Al respecto existe discusión sobre si las mismas poseen la jerarquía de una ley general de la República o bien una naturaleza jurídica *supra legal* -esto es, inferior a la Constitución pero superior a la Ley- por cuanto el Derecho ambiental se vincula estrechamente con el desarrollo del ser humano y en tal sentido se trataría de un Derecho Humano de aquellos denominados de "*Tercera Generación*" en razón de ser el ecosistema un pilar esencial que crea el desarrollo de factores físicos, químicos y biológicos por los que el hombre y la sociedad pueden desarrollarse en completa dignidad.⁴⁴³

Así, y no siendo posible en esta investigación justificar la adopción de una u otra posición -es probable que el estudio de la cuestión sea en sí mismo abordable a través de un trabajo de esta naturaleza-, a los efectos de nuestro examen basta con establecer que los tratados internacionales ambientales ratificados por Chile forman

a ese Estado. Este tipo de decisiones son más frecuentes o propias de los tratados multilaterales, es decir, de aquellos suscritos por más de dos Estados.

⁴⁴² Empero, en doctrina incluso se plantea la auto ejecutabilidad de los tratados -al menos de aquellos relativos a Derechos Humanos-, es decir que éstos son aplicables directamente por los jueces sin necesidad que se haya dictado una norma interna que lo incorpore al ordenamiento jurídico nacional. Sobre el particular, Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno", en *Ius et Praxis*, Nº 2, vol.2, (1997), págs. 37-40; Con matices, BENADAVA, Santiago, "Las relaciones entre el Derecho internacional y Derecho interno ante los tribunales chileno", en VV.AA, *Nuevos enfoques del Derecho internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pág. 42.

⁴⁴³ La discusión excede con creces los límites de la presente investigación, siendo su desarrollo no pacífico en doctrina. Sobre el particular, para unas nociones meramente referenciales y sucintas del estado de la cuestión, Vid. el trabajo de los memoristas, LILLO GOFFRERI, Diego Alonso Y PÉREZ ARAVENA, Nelson Rodrigo, ob. cit. Para un análisis más completo, Vid. FERREIRA DE CARVALHO, Edson, "La contribución del Derecho Humano Internacional a la Protección Ambiental: Integrar para mejor cuidar la Tierra y la humanidad", págs. 146 y ss., disponible en: <http://www.auilr.org/pdf/24/24-1-7.pdf>. Sin perjuicio de lo anterior, so pena de caer en una simplificación, podemos afirmar que el problema se traduce en establecer si los Tratados ambientales deben ser considerados una ley de la república, mediante una interpretación *sensu contrario* del artículo 5 inciso 2º de la Constitución, dado que se trata de Tratados ratificados por Chile que se encuentren vigentes y cuyas materias no se refieran a los derechos que emanan de la naturaleza del hombre o bien, si los Tratados ambientales, precisamente, se refieren a derechos que emanan de la naturaleza del hombre y en tal sentido gozan de una jerarquía *supra legal* -aunque en todo caso, *infra constitucional*-.

parte del ordenamiento jurídico nacional y en tal sentido pueden ser invocados por los sujetos de una acción de reparación ambiental y deben ser aplicados por los sentenciadores que conozcan de dichos asuntos.⁴⁴⁴

La circunstancia de formar parte del derecho positivo interno ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno el cual -a propósito de la derogación de las normas contenidas en los tratados- resolvió que:

"Los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son así normas jurídicas que gozan de una especial protección constitucional, ya que sólo pueden ser derogados, modificados o suspendidos de la forma en que esté en ellos prevista, es decir, de acuerdo a lo pactado por los con-celebrantes. En tales circunstancias, una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud de derogarlo, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez, expresando un acto jurídico que se ha producido en contravención a las formas exigidas por la Constitución".⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ En este sentido, sólo quedarían por resolver dos cuestiones:

(i) el problema de la auto ejecutabilidad de los tratados, especialmente cuando se trate de disposiciones horizontales -propias de tratados multilaterales- (esto es, obligaciones para los Estados y no derechos reconocidos a los ciudadanos o personas que se encuentran en el territorio de un Estado que es parte de ese Tratado) y no se hayan dictados instrumentos de Derecho interno que consagren estas obligaciones (sobre la clasificación entre *obligaciones horizontales* y *verticales* en los Tratados internacionales, Vid. SLOSS, David, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement*, Cambridge University Press, New York, 2009, pág. 1 y ss.); (En Chile con ocasión de la aplicación del Convenio OIT 169 se ha reconocido la auto ejecutabilidad del Tratado incluso respecto de obligaciones horizontales. Sobre ello, Vid. STC 309-2000; Excma. Corte Suprema, causa rol 11040 - 2011, sentencia de fecha 30-01-2012, caratulada "Condore Vilva, Marcelo con Comisión de Evaluación de la I Región de Tarapacá"); y (ii) la cuestión relativa a qué ocurre cuando dicha aplicación -auto ejecutable (o no) se encuentre (o no) incorporada en un instrumento de Derecho interno- colisione con otros derechos establecidos leyes emanadas del ordenamiento nacional. Lo cual, en todo caso, estimamos deberá resolverse a la luz de las normas y principios generales en la materia -supremacía constitucional, principio de especialidad, etc.-.

Para finalizar, insistimos que la discusión sobre la naturaleza de la norma y en definitiva su aplicación por sobre un texto legal emanado del Derecho interno chileno es una discusión que excede los límites de este trabajo y que debe ser abordada a la luz de la dogmática y jurisprudencia de Derecho internacional público y del Derecho constitucional.

⁴⁴⁵ STC 804 -07, c. 14. En un sentido similar, Vid. STC 2644-14, c.16; STC 2.492-13, c.17; y STC 2.236-12, c. 16.

Así también ha sido resuelto por nuestra Corte Suprema -desde hace varios lustros-, quien han fallado:

"13) que, en efecto, se ha dado la autoridad de ley de la República a la Convención Internacional para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América. Esta convención y por tanto la ley chilena, hacen diversos distingos o clasificaciones de lugares protegidos, entre los que se encuentran los parques nacionales, que son regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y la flora y fauna de importancia nacional puestas bajo vigilancia oficial para que el pueblo pueda disfrutar mejor de ellas. Las riquezas existentes en los parques nacionales no podrán explotarse con fines comerciales".

16) Que todo lo anterior -la existencia de los convenios internacionales aludidos, en los que se ha acordado proteger la naturaleza y no destruirla, preservar la fauna y flora silvestre de interés nacional o mundial, y la inclusión del lago Chungará en un parque nacional y en el listado de las UNESCO como reserva mundial de la biosfera, Convenciones y acuerdos que requieren de una interpretación y aplicación cuidadosa de parte del gobierno por estar en juego la fe internacional y, por otro lado, la existencia de nuestra propia legislación, que contiene incluso preceptos constitucionales que ordenan al Estado el deber de velar porque el medio ambiente se mantenga libre de contaminaciones y de preservar o proteger la naturaleza- y los estudios y antecedentes agregados a la causa, estaban y están demostrando la urgente necesidad de disponer la paralización, por ahora, de toda extracción de aguas del Chungará mientras forme parte del Parque Nacional Lauca y subsista sin limitaciones su inclusión como reserva mundial de la biosfera; la autoridad tendrá que considerar, a la luz de nuevos estudios, cuánto podría afectar la extracción de aguas de ese lago al medio ambiente natural existente en la zona, al sistema ecológico imperante y sopesar las transformaciones que podría sufrir el lago, el segundo más alto del mundo, que, en su estado natural, aún no muy hollado por el hombre, es un imponente y bello monumento de la naturaleza.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ Excma. Corte Suprema, causa rol 19.824 - 1985, sentencia de fecha 21-08-1985, caratulada "Palza Corvacho, Humberto con Director de Riego de la I Región y Otros". Sin perjuicio que el fallo resolvió un recurso de protección y no una acción ambiental o de reparación del medio ambiente, resulta sumamente interesante advertir como ya en el año 1985 los sentenciadores hacían aplicación del *principio precautorio*, al exigir "*por ahora* la paralización de la extracción de aguas y ordenar que la autoridad considere *nuevos estudios* la real afectación del lago".

En un sentido similar, en fallos más reciente del máximo Tribunal, se resuelve:

"10º) [...] También, se desconocieron por parte del Servicio de Salud de Arica las normas del Convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, vigente desde mayo de 1992, que le establece al Estado obligaciones como prohibición de la importación y exportación de residuos peligrosos...".⁴⁴⁷

En síntesis, "el análisis de la jurisprudencia nacional permite comprobar que los tribunales sí han implementado y aplicado Derecho internacional del medio ambiente tanto de forma directa como indirecta".⁴⁴⁸ Sin perjuicio que "no hay, por el contrario, casos recurrentes en materia de reparación del daño ambiental o respecto de la aplicación de sanciones administrativas".⁴⁴⁹

En todo, se debe mencionar que en fallos más recientes el máximo Tribunal ha hecho caso omiso de las alegaciones de las partes relativas a la aplicación de la Convención de Washington sin analizar ni pronunciarse sobre ellas. Sobre el particular, Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 6.397-2008, sentencia de fecha 8-01- 2009, caratulada "Palmar Correntoso con COREMA de la Región de los Lagos"; Excma. Corte Suprema, causa rol 2.262-2011, sentencia de fecha 16-06- 2011, caratulada "Municipalidad de Putre con COREMA de Arica y Parinacota".

Sin perjuicio de esto último, existe otro reciente fallo, esta vez en una causa de reparación de daño ambiental, donde la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción reconoce -aunque en forma indirecta- plenamente la aplicación de la Convención de Washington, al resolver condenar a una empresa forestal a la reparación del daño ambiental que se le imputaba, sobre la base de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 43 de 1990 del Ministerio de Agricultura que declaró como monumento natural a la Araucaria araucana, el cual, a su turno, fue dictado precisamente en cumplimiento de lo ordenado por dicha Convención. Vid., Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 135-210, sentencia de fecha 5-11-2010, caratulada Consejo de Defensa del Estado con Bosques Arauco S.A." (sic).

⁴⁴⁷ Excma. Corte Suprema, causa rol 3174 - 2005, sentencia de fecha 30-05-2007, caratulada "Molina Manzo, Lombardo y otros con CPA Promel Ltda. y Cia. y otro". En un sentido similar, Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 2.577, sentencia de fecha 07-08-1984, caratulada "Comunidad Galletue con Fisco", disponible en: RDJ, tomo 81, segunda parte, sección quinta, págs.181-189.

⁴⁴⁸ URRUTIA SILVA, Osvaldo, ob. cit., pág.479.

⁴⁴⁹ Ídem.

1.6.1.2. Tratados que reconocen o poseen manifestaciones de los principios analizados

Llegados a este punto, estimamos que resulta de valor analizar algunos de los tratados internacionales ambientales más importantes celebrados y ratificados por Chile -e incorporados, en consecuencia, al ordenamiento jurídico nacional- que contemplan los principios estudiados en este capítulo (manifestaciones de éstos) y que permiten justificar su invocación y aplicación directa por parte de los intervinientes y jueces de los procesos de reparación del daño ambiental, cuando menos, en aquellas ocasiones en que el daño se produzca en relación a una de las materias que dichos tratados regulan. Asimismo, permiten justificar nuestra tesis relativa a que estos principios han sido reconocidos y se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico nacional.

a) Relativos al principio de corrección del daño ambiental preferentemente en su fuente

(i) Convenio sobre la Diversidad Biológica: Este Convenio fue celebrado en Río de Janeiro, Brasil, el 5 de junio de 1992 y aprobado por D.S. N° 1.963, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el día 6 de mayo de 1995.

El Convenio fue suscrito en Brasil durante la reunión cumbre sobre medio ambiente y desarrollo celebrada en Río de Janeiro por más de 125 países (con excepción de los Estados Unidos), y en él las partes manifiestan su preocupación y la importancia en la protección de la diversidad biológica para la evolución y mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera.

Este principio es posible advertirlo en el preámbulo⁴⁵⁰ del instrumento, donde las partes contratantes observan que es vital "*prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica...*".

(ii) Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación: Este Convenio fue adoptado en Basilea, Suiza, el 22 de marzo de 1989, y ratificado en Chile mediante D.S. N° 685, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el día 13 de octubre de 1992.

El Convenio fue celebrado sobre la base de la conciencia expresada por los Estados partes en torno a que los desechos peligrosos y otros desechos y sus movimientos transfronterizos pueden causar daños a la salud humana y al medio ambiente. Teniendo presente el peligro creciente que para la salud humana y el medio ambiente representan la generación y la complejidad cada vez mayores de los desechos peligrosos y otros desechos, así como sus movimientos transfronterizos.

En cuanto al principio de corrección del daño preferentemente en su fuente, en el preámbulo del documento se da cuenta de una manifestación de la faz preventiva del mismo -corrección de la causa u origen de los atentados al medio ambiente-, en tanto se expresa:

"Convencida de que, en la medida en que ello sea compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente, los desechos peligrosos y otros desechos deben eliminarse en el Estado en que se hayan generado".

⁴⁵⁰ Sobre el valor y alcance del preámbulo de un tratado internacional se debe recordar lo dispuesto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual dispone: "2.- Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además de l texto, incluidos su preámbulo y anexos...". De allí, que FERNÁNDEZ BITTERLICH, exprese con acierto: "De lo anterior se desprende que para analizar el grado de cumplimiento de un tratado no solo se debe atender a su contexto sino también a la atención que prestamos a los objetivos del tratado, expresado, como se ha dicho, en su preámbulo, de allí la importancia de analizarlos como se verá a continuación". Cfr. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental Chileno...*, cit., pág. 384.

b) Relativos al principio quien contamina paga

Como se ha dicho, juzgamos de forma acertada, "el principio contaminador pagador también se plasma en los ámbitos internacional (tratados ratificados) y Constituciones varias de una manera oblicua, al contemplarse mecanismos de defensa públicos y de resguardo del patrimonio natural del país, dentro de la normativa ambiental".⁴⁵¹

Así es posible encontrar manifestaciones de este principio en los siguientes tratados ratificados por Chile:

(i) Protocolo sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra los Sucesos de Contaminación por Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas y su Anexo: Este Convenio fue celebrado en Londres, el 15 de marzo de 2000 y aprobado por D.S. Nº 173, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el día 27 de marzo de 2008.

El Protocolo es un complemento del Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, celebrado en Londres el 30 de noviembre de 1990, y en él la Organización Marítima Internacional busca intensificar su labor, en colaboración con todas las organizaciones internacionales interesadas, en los diversos aspectos de la cooperación, preparación y lucha contra los sucesos de contaminación por sustancias nocivas y potencialmente peligrosas.

Con respecto al principio en comento, el preámbulo del documento expresa:

"Teniendo presente el principio de que "el que contamina paga" como principio general de derecho ambiental internacional".

⁴⁵¹ Cfr. VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, ob. cit., pág. 226.

Asimismo, el Anexo del Convenio en comento contempla una manifestación del principio contaminador pagador al disponer que:

" 1) a) A menos que se haya establecido un acuerdo de carácter bilateral o multilateral sobre las disposiciones financieras por las que se regirán las medidas adoptadas por las Partes para hacer frente a sucesos de contaminación antes de producirse el suceso, las Partes sufragarán los gastos de sus respectivas medidas de lucha contra la contaminación de conformidad con lo dispuesto en los incisos i) o ii).

(ii) Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación: En relación al principio contaminador pagador, éste instrumento da cuenta de diversas disposiciones que lo recogen. Así, verbigracia, ocurre con el preámbulo donde se expresa:

"Considerando que un mejor control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos actuará como incentivo para su manejo ambientalmente racional y para la reducción del volumen de tales movimientos transfronterizos".

"Conscientes de que es preciso seguir desarrollando y aplicando tecnologías ambientalmente racionales que generen escasos desechos, medidas de reciclado y buenos sistemas de administración y de manejo que permitan reducir al mínimo la generación de desechos peligrosos y otros desechos".

De igual manera, el artículo 4.2.a. del Convenio contempla una proyección del principio contaminador *pagador* al indicar:

Artículo 4

Obligaciones generales

2. Cada Parte tomará las medidas apropiadas para:

a) Reducir al mínimo la generación de desechos peligrosos y otros desechos en ella, teniendo en cuenta los aspectos sociales, tecnológicos y económicos;

Y el artículo 10.2.c.:

Artículo 10

Cooperación internacional

c) Cooperar, con sujeción a sus leyes, reglamentos y políticas nacionales, en el desarrollo y la aplicación de nuevas tecnologías ambientalmente racionales y que generen escasos desechos y en el mejoramiento de las tecnologías actuales con miras a eliminar, en la mayor medida posible, la generación de desechos peligrosos y otros desechos y a lograr métodos más eficaces y eficientes para su manejo ambientalmente racional, incluido el estudio de los efectos económicos, sociales y ambientales de la adopción de tales tecnologías nuevas o mejoradas;

c) Relativos al principio preventivo

(i) Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América: Esta Convención fue adoptada en Washington el 12 de octubre de 1940 y ratificado en nuestro país por D.S. N° 531, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el día 4 de octubre de 1967.

El Convenio responde a las inquietudes de los Gobiernos que lo suscriben de proteger y conservar en su medio ambiente ejemplares de todas las especies y géneros de su flora y fauna indígenas, incluyendo las aves migratorias, en número suficiente y en regiones lo bastante vastas para evitar su extinción por cualquier medio al alcance del hombre.

Asimismo, de conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico, y los lugares donde existen condiciones primitivas dentro de los casos a que esta Convención se refiere.

Y finalmente, de concertar una convención sobre la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales dentro de los propósitos arriba enunciados.

En relación al principio preventivo, el artículo VII del Convenio establece una temprana manifestación del mismo, al indicar:

"Los Gobiernos Contratantes adoptarán las medidas apropiadas para la protección de las aves migratorias de valor económico o de interés estético o para evitar la extinción que amenace a una especie determinada. Se adoptarán medidas que permitan, hasta donde los respectivos gobiernos lo crean conveniente, utilizar racionalmente las aves migratorias, tanto en el deporte como en la alimentación, el comercio, la industria y para estudios e investigaciones científicas".

(ii) Convenio sobre la Diversidad Biológica: Al igual que ocurre con algunos de los principios que hemos estudiado en este capítulo, el principio preventivo se encuentra presente en el *Convenio sobre Diversidad Biológica*, en tanto dispone que las partes contratantes observan que es vital: *"prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica"*.

(iii) Protocolo sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra los Sucesos de Contaminación por Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas y su Anexo: El preámbulo de este Protocolo también pone de manifiesto que el principio preventivo sustenta sus disposiciones, al expresar: *"Conscientes de que se está elaborando una estrategia para incorporar el planteamiento preventivo a las políticas de la Organización Marítima Internacional"*.

d) Relativos al principio precautorio

Con respecto al principio precautorio, es posible advertir su recepción en los siguientes tratados que han sido celebrados y ratificados por Chile.

(i) Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de Ozono: Este Protocolo fue adoptado en Montreal, Canadá, el 16 de septiembre de 1990 y aprobado por D.S. N° 238, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el día 28 de abril de 1990.

El Protocolo es complementario del *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono*. En él se establece un "congelamiento" de los niveles de consumo calculados para cada país el año 1986 de las sustancias que figuran en el Grupo I del Anexo A del Protocolo. Además, las partes se comprometen a reducir paulatinamente los niveles de consumo de dichas sustancias, de modo que en el período del 1º de julio de 1998 al 30 de junio de 1999, y en cada período sucesivo de doce meses, su nivel de consumo no supere el 50% de su nivel calculado de consumo correspondiente a 1986.⁴⁵²

La manifestación del principio precautorio es posible advertirla en el preámbulo del documento donde se afirma:

"Reconociendo la posibilidad de que la emisión de ciertas sustancias, que se produce en todo el mundo, puede agotar considerablemente la capa de ozono y modificarla de alguna otra manera, con los posibles efectos nocivos en la salud y en el medio ambiente,

Conscientes de los posibles efectos climáticos de las emisiones de estas sustancias,

Conscientes de que las medidas que se adopten para proteger del agotamiento la capa de ozono deberían basarse en los adelantos registrados en la esfera de los conocimientos científicos y tener en cuenta consideraciones de índole económica y técnica,

Decididas a proteger la capa de ozono mediante la adopción de medidas preventivas para controlar equitativamente las emisiones mundiales totales que la agotan, con el objetivo final de eliminarlas, con base en los adelantos registrados en la esfera de los conocimientos científicos y teniendo en cuenta consideraciones de índole económica y técnica".

⁴⁵² Cfr. CASTILLO SÁNCHEZ, Marcelo, *Régimen jurídico de Protección del Medio Ambiente*, Ediciones Bloc, Santiago 1994, pág. 165.

A su turno, el artículo 6, a propósito de la obligación de revisión de las medidas adoptadas -criterio propio del principio en comento- expresa:

Artículo 6: Evaluación y examen de las medidas de control

"A partir de 1990, y por lo menos cada cuatro años en lo sucesivo, las Partes evaluarán las medidas de control previstas en el artículo 2, teniendo en cuenta la información científica, ambiental, técnica y económica de que dispongan. Al menos un año antes de hacer esas evaluaciones, las Partes convocarán grupos apropiados de expertos competentes en los aspectos mencionados, al efecto de determinar la composición y atribuciones de tales grupos de expertos. Estos, dentro del plazo máximo de un año, a contar desde su reunión, y por conducto de la secretaría, tendrán que rendir el correspondiente informe a las Partes".

(ii) Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático: Este tratado fue celebrado en New York, Estados Unidos, el 9 de mayo de 1992 y aprobado por D.S. N° 123, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el día 13 de abril de 1995.

El tratado reconoce que los cambios del clima y sus efectos adversos son una preocupación común para toda la humanidad. Así como, que las actividades humanas son las causantes del aumento sustancial de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera y ese aumento intensifica el efecto invernadero natural, de lo que resulta un calentamiento adicional de la superficie y atmósfera terrestre y puede afectar adversamente a los ecosistemas naturales y a la humanidad.

En relación al principio precautorio, éste se reconoce en su *artículo 3 Principios*, en el cual se indica:

"Las partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, teniendo en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser

eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo".

(iii) Convenio sobre la Diversidad Biológica: En cuanto al principio precautorio, el preámbulo del Convenio expresa: *"Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza".*

(iv) Protocolo sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra los Sucesos de Contaminación por Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas y su Anexo: El preámbulo de este instrumento de Derecho ambiental internacional consagra también el principio precautorio al indicar: *"Conscientes asimismo de que si se produce un suceso de contaminación por sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, es esencial tomar medidas rápidas y eficaces para reducir al mínimo los daños que pueda ocasionar dicho suceso".*

(v) Otros instrumentos celebrados por Chile y en proceso de ratificación: Sin perjuicio de encontrarse en proceso de ratificación por nuestro país, juzgamos de valor referir otros instrumentos de Derecho internacional ambiental que contienen manifestaciones del principio precautorio. Estos son, el *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (preámbulo)* y el *Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes*⁴⁵³ (preámbulo).

1.6.1.3. Síntesis y recapitulación

Finalmente y recapitulando los postulados expuestos en el presente acápite, estimamos que es posible aseverar que los principios estudiados precedentemente pueden ser aplicados directamente por los sentenciadores que conocen las acciones

⁴⁵³ Chile suscribió el Convenio el día 23 de mayo del año 2000. El Preámbulo señala: "Reconociendo que la idea de precaución es el fundamento de las preocupaciones de todas las partes y se halla incorporada de manera sustancial en el presente Convenio ...".

de reparación ambiental, interpretando e integrando con ellos las normas de la LBGMA, por cuanto éstos se encuentran recogidos en normas que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico nacional y que en consecuencia forman parte de nuestro derecho positivo.

En tal sentido y dependiendo de la *naturaleza de la reparación solicitada* -aguas, suelos, aire, etc.-, la invocación de los principios contenidos en los tratados que regulan dichas materias puede servir a los intervinientes de las acciones ambientales -en sus respectivos roles-, tanto para justificar y acreditar que hubo o no- una infracción de obligaciones; cuanto como elemento interpretativo o como herramienta que permita al juez la construcción del estándar de diligencia que deben observar los sujetos que realizan actividades potencialmente dañosas.

En concreto, y a través de los ejemplos expuestos pensamos que queda demostrado que el ordenamiento jurídico chileno ha incorporado los principios de corrección de los daños ambientales preferentemente en su fuente; contaminador-pagador; preventivo y; precautorio.⁴⁵⁴

1.6.2. Aplicación de los principios estudiados al régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA, en virtud de su condición de principios generales del Derecho ambiental

1.6.2.1. Importancia de su condición de principios generales del Derecho ambiental

⁴⁵⁴ Existen otras sentencias que han aplicado directamente los Tratados internacionales ambientales para la resolución del asunto controvertido -fundamentalmente recursos de protección-. Así, verbigracia, Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó (confirmada por la Excma. Corte Suprema), causa rol 3455-1992, caratulada "Homero Callejas Molina y otros con Compañía Minera del Pacífico S.A." (el *considerando 43 letra d*, aplica el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos, promulgado por Decreto Supremo N° 295 del año 1986); Excma. Corte Suprema, causa rol 10.220 - 2011, sentencia de fecha 4-04-2012, caratulada "Antonio Horvath Kiss y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén".

Comoquiera que existen diversas hipótesis que pueden poner en duda la aplicación de los instrumentos de Derecho internacional ambiental que contienen manifestaciones de los principios estudiados⁴⁵⁵ y sin perjuicio de encontrarse la mayoría de éstos expresamente contemplados en la LBGMA, es importante destacar algo que enunciamos al comienzo de este apartado.⁴⁵⁶

Nos referimos a que poseyendo la naturaleza de *principios generales del Derecho ambiental*, estimamos que estos principios pueden ser invocados y aplicados en aquellos juicios donde se conozcan acciones de reparación ambiental, en conformidad a lo establecido en la LBGMA, con prescindencia de su consagración en el Derecho positivo chileno (ya sea en las Constitución Política de la República, en la LBGMA o en leyes especiales que hayan sido dictadas -o no- en cumplimiento de lo dispuesto en un tratado internacional celebrado y ratificado por Chile).

Como expresa GUZMÁN BRITO los "principios pueden servir o funcionar... ii) para la elaboración dogmática, cuando la elección o creación de un régimen, o su complemento, van ejecutados con recurso a uno o varios principios"⁴⁵⁷ y en tal sentido pensamos que la *creación* o *complemento* del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA -según nuestra tesis mediante una relectura de sus normas- debe realizarse precisamente con apego a los principios estudiados.

⁴⁵⁵ Como ocurre, verbigracia, (i) cuando el Estado de Chile pese a haber celebrado un Tratado internacional ambiental no lo ha ratificado; (ii) se ha ratificado el tratado pero el mismo contiene obligaciones horizontales, no se han dictado las herramienta de Derecho interno que las consagren, y no se reconoce o sigue la tesis de la auto ejecutabilidad de los Tratados; (iii) se han celebrado Convenios que no revisten la naturaleza de un tratado y por ende no han sido incorporados al ordenamiento jurídico nacional conforme al procedimiento establecido en la Constitución Política de la República; etc.

⁴⁵⁶ Vid. supra (capítulo 4; 1.1.)

⁴⁵⁷ Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La idea de «principio» mentada en la expresión «principios generales del derecho»", en Fernando Reinoso Barbero (coordinador), *Principios Generales del Derecho. Antecedentes Históricos y Horizonte Actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, pág. 8.

En efecto, "los Tratados no son la única fuente de Derecho internacional, y tampoco es cierto que sea la única que pueda aplicarse al ámbito interno: si bien no es una materia especialmente clara, pueden sumarse otras fuentes bien conocidas por la práctica y doctrina internacional, tales como la costumbre y los principios generales del derecho".⁴⁵⁸

Así ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema al indicar:

*"No debe olvidarse que la Ley N° 19.300 constituyó una ley marco en materia ambiental que se hizo aplicable a todas las actividades o recursos respecto de los cuales posteriormente se crearon leyes especiales y que se sustenta en principios que permiten dar coherencia a la ley y sin los cuales se consideró que no se podía entender plenamente su real alcance y pretensiones, ellos son: el principio preventivo; el principio que quien contamina paga, el gradualismo, el principio de responsabilidad, el principio participativo; y el principio de la eficiencia" (sic).*⁴⁵⁹

Como se dijo al comienzo de este apartado, los principios aquí estudiados cumplen un rol general como inspiradores, informadores y sustentadores de la norma positiva, "de tal manera que estos principios constituyen una directriz eficaz para el interprete y aplicador del derecho al momento de imprimir unidad, lógica y coherencia a su decisión concreta, aportando una determinada racionalidad jurídica, dependiendo de la materia de que se trata".⁴⁶⁰

En este sentido, a pesar que pueda discutirse la aplicación directa de los principios a un caso específico, igualmente prestarán utilidad como una herramienta

⁴⁵⁸ Cfr. URRUTIA SILVA, Osvaldo, ob. cit., pág. 479. Quien además fundamenta este postulado, estimamos con acierto, en la norma contenida en el artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*.

⁴⁵⁹ Excma. Corte Suprema, causa rol 2138 - 2012, sentencia de fecha 27-07-2012, caratulada "René Rodrigo González Torres y otros contra Reconsa S.A."

⁴⁶⁰ Cfr. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "La Corte Suprema y la Aplicación del Derecho Internacional. Un proceso esperanzador" en *Estudios Constitucionales*, año 7, N°1, (2009), pág.119.

de interpretación de las normas nacionales y no necesariamente desde su peso legal.⁴⁶¹

En efecto, sobre este último punto, estimamos que como ha destacado la doctrina, mediante el auxilio al denominado *espíritu general de la legislación* es posible sostener que precisamente el espíritu de la LBGMA y de los tratados celebrados y ratificados por Chile insertó en el sector normativo nacional de la responsabilidad por daño ambiental los principios estudiados.⁴⁶²

Lo anterior pues como expresa un autor "... resulta evidente el auxilio que presta la misma [la regla de interpretación del *espíritu general de la legislación*] a jueces y juristas -en sus respectivos ámbitos de conocimiento y competencia- a fin que puedan discernir la adecuada interpretación y, por ende, aplicación de una norma legal cualquiera. Ello, desde el momento que la concreción de este criterio a un caso particular nos remite, necesariamente, al sentido o *ratio* de un específico sector normativo a partir del cual, y a su turno, es factible extraer principios jurídicos

⁴⁶¹ Cfr. BODANSKY, Daniel y BRUNNÉE, Jutta, "The Role of National Courts in the Field of International Environmental Law" en Michael Anderson y Paolo Galizzi (editores), *International Environmental Law in National Courts*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2002, pág. 15.

⁴⁶² Sobre la posibilidad que el espíritu de una ley consista en insertar principios generales a un sector normativo determinado, Vid. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del Código civil de Chile sobre Interpretación de las Leyes*, Lexis-Nexis, Santiago, 2007, pág. 192 (nota N° 408). El autor expone su tesis en atención a la rigurosa distinción que debe existir entre *espíritu general de la legislación* y *principios generales del Derecho*. Sobre esta distinción, Vid. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "El espíritu General de la Legislación como elemento de Interpretación ante la Ciencia Jurídica y la Jurisprudencia Nacional" en Enrique Alcalde Rodríguez y Hugo Fábregas Vega (coordinadores), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez*, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2009, págs. 465-504. Con respecto a la posibilidad de utilizar el recurso al *espíritu general de la legislación* como elemento de interpretación -que en este caso permitiría afirmar que, precisamente, el espíritu de la LBGMA y de los tratados suscritos y ratificados por Chile han incorporado los principios estudiados al sector normativo de la responsabilidad por daño ambiental- pueden verse diversos pronunciamientos tanto del Tribunal Constitucional como de nuestros Tribunales Superiores. Así verbigracia: (i) Excma. Corte Suprema, sentencia de 29 de julio de 1931, en *RDJ*, t.28, segunda parte, sección primera, pág. 689; Ittma. Corte Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 26 mayo 1951, en *RDJ*, t. 48, segunda parte, sección cuarta, p. 70. Ittma. Corte Apelaciones Santiago, sentencia de fecha 20 abril 1964, en: *RDJ*, t. 61, segunda parte, sección segunda, p. 24; Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 10 abril 2007, N° identificador Microjuris: MJJ9504; Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 17 julio 2007, N° identificador Microjuris: MJJ11010; STC 46-1987; STC 325-2001; STC 986-2007.

que resultan esenciales de considerar, tanto en el proceso de la exégesis de la ley, como de integración de las lagunas que presente un determinado ordenamiento".⁴⁶³

En este sentido, compartimos la opinión de unos noveles memoristas quienes expresan "como consecuencia de esto [de la integración de los principios generales en el ordenamiento jurídico y su convivencia con las normas que lo componen], tanto reglas como principios obligan al juez y, por ende, debiesen formar parte de su proceder intelectual para llegar a una determinada solución en un caso sometido a su conocimiento".⁴⁶⁴

En todo caso, tampoco es posible postular la operatividad de los principios en forma absoluta, sino más bien como orientadores de los objetivos pretendidos por nuestro sistema de Derecho ambiental. Así, su jerarquía o fuerza vinculante estará condicionada por diversas cuestiones, de tal suerte que no todos los principios poseen un idéntico valor. De esta forma, algunos tendrán una función inspiradora de las políticas ambientales y otros podrán ser principios vinculantes que generen obligaciones.⁴⁶⁵

1.6.2.2. Aplicación de los principios estudiados, como principios generales de Derecho ambiental, en la jurisprudencia nacional

⁴⁶³ Vid. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, ob. cit., pág. 496. El mismo autor destaca que: "A nuestro juicio, el *espíritu general de la legislación* se revela, en mayor medida que otras, como aquella regla de exégesis que permitiendo descubrir el sentido o *ratio* de un determinado "sector normativo" y, por ende, sirviendo de tamiz para la interpretación de los institutos y normas en él alojados, posibilita también - a jueces y a juristas - justificar sus decisiones "en" y "desde" el Derecho. De este modo, la regla aquí estudiada facilita la ampliación de los criterios hermenéuticos y habilita para descubrir y, en su caso, reconstruir, la valoración que subyace en las normas, adecuando su aplicación a las nuevas necesidades que reclame el tráfico económico y jurídico. Cfr. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, ob. cit., pág. 497.

⁴⁶⁴ Cfr. LILLO GOFFRERI, Diego Alonso Y PÉREZ ARAVENA, Nelson Rodrigo, ob. cit., pág. 113.

⁴⁶⁵ Cfr. BELL, Stuart y MC GILLIVRAY, Donald, *Environmental Law*, 7th edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, pág. 54.

En lo que respecta a la jurisprudencia nacional⁴⁶⁶, es posible advertir la aplicación de los principios analizados en algunas sentencias de nuestros tribunales superiores.

Así, referente al reconocimiento del principio *quien contamina paga* -al menos en su faz preventiva- es posible citar la sentencia pronunciada por la Ittma. Corte de Apelaciones de Concepción en la cual se expresa:

"36) Con ello se dará cumplimiento además a los principios que inspiran la Ley N° 19.300, a saber, el de la participación ciudadana, incluso en la evaluación de impacto ambiental (...). El principio de la internalización de los costos ambientales, conocido comúnmente como el principio de «el que contamina paga» y que consiste básicamente en que el agente contaminador debe incorporar a sus propios gastos de producción lo que cuesta minimizar o controlar las emisiones contaminantes que genera".^{467,468}

⁴⁶⁶ Tomamos los ejemplos jurisprudenciales que se refieren en la investigación de URRUTIA SILVA, Osvaldo, ob. cit. pág. 491- 497.

⁴⁶⁷ Ittma. Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 1879-2011 (acumuladas 54 y 56 - 2012), sentencia de fecha 27-08-2012, caratulada "Presidenta Agrupación de Manipuladoras de Alimentos las Palomitas Blancas, Carlos Enrique Belmar Fernández y Pedro Medina Reyes y otros con Comisión de Evaluación Ambiental del Bio-Bio". El fallo, de igual forma, se refiere en el mismo considerando a la aplicación del principio preventivo, al indicar que al ordenar al titular del proyecto a someterse nuevamente al Sistema de Evaluación Ambiental, esta vez mediante un Estudio de Impacto Ambiental, se da cumplimiento a *"El principio preventivo que pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales, tomando iniciativas oportunas para evitar anticipadamente la contaminación o la generación de un riesgo ambiental"*. Sin perjuicio de todo lo anterior, la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema, causa rol 7071 - 2012, de fecha 26-11-2012, la cual conoció el recurso de apelación interpuesto contra el fallo pronunciado por la Ittma. Corte de Apelaciones de Concepción, desechándolo y confirmando, en consecuencia, el mentado fallo, reproduce la sentencia impugnada pero eliminando sus considerandos 35º, 36º y 37º, de tal suerte que es posible afirmar que, al menos en este caso, nuestro máximo tribunal no confirmó las consideraciones que la Corte de Apelaciones de Concepción efectuó sobre la aplicación de los principios contaminador pagador y preventivo.

⁴⁶⁸ En un sentido similar, Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 15.996 - 2014, sentencia de fecha 01-09-2014, caratulada "Fisco de Chile con Molibdenos y Metales S.A. y otra", donde se expresa:

"Cabe recordar que el Mensaje del Presidente de la República con que se inició la tramitación de la Ley de Bases Generales de Medio Ambiente acude a dos principios. El primero dispone que el que contamina paga, lo cual implica que los particulares deben incorporar a sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación. El segundo es el de la "responsabilidad", que busca que los responsables por daño ambiental reparen los daños causados a sus víctimas y que se repare materialmente el daño causado al medio ambiente, obligando al causante del daño a restaurar el paisaje deteriorado".

En lo que respecta al *principio preventivo*, nuestra Corte Suprema se ha pronunciado expresamente en un importante *caso ambiental* ventilado recientemente en nuestro país, señalando a los efectos:

"Vigésimo octavo: Que en la perspectiva de lo razonado, singular importancia cobra uno de los principios que inspiraron la Ley N° 19.300, desarrollados en el mensaje presidencial con el que se inició Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, esto es, el Principio Preventivo, según el cual «se pretende evitar que se produzcan problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos». En efecto, la conexión de ambas actividades cuya dependencia en la actualidad no es cuestionada, impide una aprobación separada de ambas, pues no puede soslayarse que la interconexión comprende la transferencia de Petróleo Diesel y Carbón, ambos combustibles altamente contaminantes y susceptibles de alterar el medio ambiente por donde circulan".⁴⁶⁹

Finalmente, tratándose del *principio precautorio*, además del caso ya citado a propósito de la aportación que éste efectúa a la determinación de la causalidad en la responsabilidad por daño ambiental, es posible advertir su aplicación por parte de la Corte Suprema en una sentencia pronunciada con ocasión de la impugnación de la Evaluación Ambiental de la denominada "Central Río Cuervo".

De igual forma, Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol N°10.884 - 2011, sentencia de fecha 4-12-2012, caratulada "Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes". En dicha oportunidad, el máximo tribunal resolvió:

"Séptimo: El ejecutivo en el mensaje de la ley N° 19.300, expresó que la nueva normativa ambiental tiene como base axiológica diversos principios, en especial el número 10 recogido en la Declaración de Río de 1992, esto es, «quien contamina paga», el cual está referido a la carga impuesta a las actividades que alteran el medio ambiente, en el sentido de quien contamina limpia, repara e indemniza. Vuelve -en todo lo posible- las condiciones actuales a las existentes con anterioridad a su intervención".

Como se advierte, en este último fallo, los sentenciadores acotan la aplicación del principio en comentario sólo a su faz reparadora, lo cual según se vio no resulta ser efectivo, pues convive con ella también una faz preventiva.

En este mismo sentido, Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/3422/2011 (considerando decimosexto).

⁴⁶⁹ Excma. Corte Suprema, causa rol 1969 - 2012, sentencia de fecha 28-06-2012, caratulada "Manuel Luciano Rocco Hidalgo y otros contra Directora Regional (s) Servicio Evaluación Ambiental e Intendente (s) III Región Atacama".

En cualquier caso, en dicha oportunidad el máximo tribunal confunde el contenido y significado del principio -en su relación con el principio preventivo- y efectúa una explicación incorrecta del mismo -de hecho su razonamiento es precisamente al revés en tanto el principio precautorio es el que actúa ante la incertidumbre según hemos expuesto al analizarlo en este capítulo-, de tal suerte que destacamos esta sentencia sólo por dos motivos: (i) se reconoce la aplicación del principio precautorio; y (ii) el razonamiento para resolver el asunto, aún cuando incurra en errores de denominación, es precisamente asentado en los postulados del principio precautorio.

Se indicó por la Corte Suprema:

"Sexto.- El principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el fumus bonis iuris, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (periculum in mora). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que éstos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren".⁴⁷⁰

⁴⁷⁰ Excma. Corte Suprema, causa rol 2463 - 2012, sentencia de fecha 11-05-2012, caratulada "Corporación Fiscalía Del Medio Ambiente contra Servicio Evaluación Ambiental Región De Aysén".

Sin perjuicio de ello, en un sentido similar y más acertado en su análisis estuvo nuestro máximo tribunal en una muy reciente sentencia, donde expresó:

Décimo: Que, por otra parte, en la búsqueda de los criterios que determinen una aplicación ajustada a derecho del artículo 173 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil al caso concreto, es necesario tener presente que en materia de resolución judicial de los conflictos jurídicos medioambientales opera el principio de la precaución, esto es, que quienes deben tomar decisiones legislativas, administrativas o jurisdiccionales deben adoptar medidas transitorias que posibiliten preservar el ambiente mientras no avance el conocimiento científico y técnico, y disminuya o desaparezca la incertidumbre acerca del efecto producido por dicha acción en la calidad ambiental, todo ello para dar una adecuada protección a los afectados, en la especie, al Estado de Chile.⁴⁷¹

1.6.3. *Soft law y aplicación de los principios generales de Derecho ambiental*

1.6.3.1. Antecedentes introductorios

El Derecho internacional público, en su concepción clásica, reconoce, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como fuentes de Derecho internacional los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios de derecho generalmente aceptados por las naciones civilizadas.⁴⁷² Empero, este sistema ya tradicional de fuentes se ha visto tensionado silenciosamente durante las últimas décadas, producto de la profusión

⁴⁷¹ Excma. Corte Suprema, causa rol 14.209 - 2013, sentencia de fecha 2-06-2014, caratulada "Estado de Chile con Empresa Minimal Enterprises Company".

⁴⁷² Como recuerda DRNAS DE CLÉMENT, "la enunciación de fuentes del Art. 38 del ECIJ (al igual que lo hiciera el Estatuto de la CPJI) no indica orden de prelación. Es de recordar que en el proyecto inicial de Estatuto la expresión "en el siguiente orden de prelación", que figuraba en la primera frase del pre-proyecto, fue eliminada y que, deliberadamente, se evitó usar números ordinales para formalizar la enunciación de modo de evitar cualquier indicio de prioridad. Como no es posible citar dos fuentes al mismo tiempo, la enunciación secuencializada es una mera necesidad expositiva. Sí, aparece claro que, al enunciar las fuentes principales, el Estatuto ha ido de la fuente más concreta en su formulación a la más abstracta". Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *El principio de precaución ambiental. La práctica Argentina*, Lerner Editorial S.R.L., Córdoba, 2008, pág. 75.

normativa que han experimentado materias como el medioambiente⁴⁷³, las telecomunicaciones, los mercados financieros, gobiernos corporativos y tecnologías de la información, entre otras.

En efecto, dentro de las nuevas técnicas regulatorias que la gran mayoría de las organismos internacionales han adoptado, se encuentra el denominado *soft law*⁴⁷⁴, esto es, aquellas normas que no siendo obligatorias poseen igualmente valor jurídico, el cual se debe especialmente a sus características de eficacia y cumplimiento.^{475,476}

⁴⁷³ Pensamos, con LAGO CANDEIRA, que "el campo donde mayor influencia esté teniendo el *soft law* sea el campo del Derecho internacional ambiental", Cfr. LAGO CANDEIRA, Alejandro, "El marco internacional de la protección al medio ambiente", en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Tratado de Derecho Ambiental*, Ediciones CEF, Madrid, 2014, pág. 53. Asimismo es advertido por BELL y MCGILLIVRAY, para quienes el instrumento más importante de *soft law* es la Agenda 21. Vid. BELL, Stuart y MCGILLIVRAY, Donald, ob. cit., pág. 57.

⁴⁷⁴ La institución ha sido definida como "El derecho que generalmente se expresa a través de declaraciones y resoluciones y acuerdos ejecutivos, abarcando una vastedad de temas y, dentro de este contexto, haciendo posible un marco de referencia temporal, necesario en una sociedad en permanente cambio, frente a la ausencia de normas consolidadas en tratados o a través de la costumbre". Cfr. LAGOS, Enrique, "Algunas tendencias del Derecho Internacional a principios del S.XXI", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, (2005), pág. 320; Para TAMMES, el *soft law* es "un fenómeno que presenta las características del «Derecho» en cuanto a su pretendido efecto de influenciar el deseo y de restringir la libertad de aquellos a quienes se dirige, pero que al ser mencionado produce la sensación de que «algo falta en la naturaleza jurídica o vinculante del Derecho tal y como lo conocemos en la vida cotidiana»". Cfr. TAMMES, A.J.P, *International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Ed. Martinus Nijhoff, La Haya, 1983, pág. 187.

⁴⁷⁵ LAGO CANDEIRA, refiere que para autores como DUPUY, el Derecho o es vinculante-obligatorio (*hard*) o simplemente no existe o no es Derecho. Cfr. LAGO CANDEIRA, Alejandro, "El marco internacional de la protección...", cit., pág. 53.

⁴⁷⁶ A pesar de conceptualizarse como un fenómeno de muy reciente data cuyo nacimiento es en el seno del Derecho internacional del siglo pasado, SARMIENTO nos recuerda que "El Derecho suave, o débil, siempre ha estado presente en el mundo de los juristas. Remontándonos al siglo I a C., el Derecho romano y sus exégetas se dedicaban a teorizar sobre figuras normativas muy próximas a lo que hoy conocemos como *soft law*, conceptualizándolo como *leges imperfectae*". Cfr. SARMIENTO, Daniel, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pág. 75. Con todo, en doctrina se suele atribuir el concepto a Lord McNair, quien fue el primer presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959-1965). Sobre el particular, Vid. MAZUELOS, Ángeles, "Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", en *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°8, (2004), pág. 1, disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/soft-law-mucho-ruido-pocas-nueces>.

Esta técnica posee bastantes atractivos, entre los cuales destaca la facilidad - en términos de voluntad, eficacia y costos- en que se traduce para las organizaciones (internacionales) el tomar acuerdos y recomendaciones informales que, en la práctica, llegan a tener la misma efectividad o nivel de cumplimiento que una ley interna. Una de las diferencias respecto de estas es que, evidentemente, las reglas del *soft law* no necesitan cumplir con los requisitos formales de promulgación que imponen el sistema de fuentes internas tradicional, otorgándoles mayor rapidez y elasticidad.⁴⁷⁷

Hoy en día, la utilización del *soft law* abarca diversas áreas del Derecho internacional y tiene incidencia -directa o indirecta- sobre el Derecho interno de cada nación. En tal sentido, no parece posible cuestionar la existencia de esta nueva forma de actuación jurídica. Tampoco nos parece que pueda sostenerse con provecho que es una mera evolución de la costumbre internacional, ya que el *soft law* carece del requisito de la *opinio juris*, en tanto su validez no depende de la conciencia de estar obligados a obedecer dichas normas, como exige la costumbre internacional.⁴⁷⁸

En cuanto a los ejemplos del instituto en comento en materia internacional, destacan la Convención de Río de 1992, o la Convención de Basilea sobre Materias Bancarias, y también ciertas resoluciones de organismos internacionales como el FMI y la OCDE.

Con respecto a los principales problemas que las normas de *soft law* suscitan en un sistema interno de fuentes, es posible advertir, en primer término, la inquietud acerca de qué ocurre cuando las normas de *soft law* colisionan sustantivamente con

⁴⁷⁷ Como afirma SARMIENTO, "el auge del *soft law* como fuente autónoma con vocación de generar efectos jurídicos, es un fenómeno que tiene su origen en el siglo XX en el campo del Derecho internacional. En el contexto de las relaciones exteriores, los Estados integrantes de la Comunidad Internacional han desplegado un conjunto de prácticas tendentes a la creación de normas con efectos indeterminados". Cfr. SARMIENTO, Daniel, ob. cit. pág. 76.

⁴⁷⁸ Sobre este tema, Vid. DUPUY, Pierre-Marie, "Soft Law and the International Law of the Environment", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, (1991), págs. 420-435.

las normas de derecho interno; en segundo término, es común -aunque pueda parecer un contrasentido- la interrogante referida a exigibilidad de sus reglas ante los tribunales que juzgan conforme al Derecho interno de cada país.

1.6.3.2. Conceptualización del soft Law

Entendemos por *soft law* los actos o instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio cuya principal característica es que, no obstante carecer de fuerza vinculante, posee relevancia jurídica. Dicha relevancia se manifiesta en el seguimiento de esas normas por parte de los operadores de determinado tráfico jurídico, es decir, en el cumplimiento efectivo de sus preceptos.⁴⁷⁹

En este sentido las normas de *soft law* se formulan en términos no obligatorios, tanto por su propia definición como instrumento jurídico, así como porque no cumple los procesos tradicionales de creación de Derecho (interno) contemplados en la mayoría de los ordenamientos; su adhesión es voluntaria y usualmente no existen mecanismos (formales) destinados a concretar su exigibilidad en un caso determinado.

Sus reglas característicamente se utilizan como instrumento que regula las relaciones internacionales que tienen lugar en el marco de la actuación de las organizaciones internacionales. En términos generales, dichas normas versan sobre cuestiones de Derecho internacional -aunque es probable que algunas de ellas tengan directa incidencia en el derecho interno-, y no han sido sometidas a todas las fases previstas por el ordenamiento internacional (ni mucho menos por el nacional) para convertirse en *hard law*.⁴⁸⁰ Por esta misma razón, sus reglas carecen de efectos

⁴⁷⁹ Para DEL TORO, con la expresión *soft law* se intenta describir enunciados formulados como principios abstractos y presentes en todo ordenamiento, y provenientes de su aplicación judicial. Cfr. TORO, Mauricio Iván DEL, "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, (2006), pág. 515.

⁴⁸⁰ Siguiendo a GERSEN y POSNER "definimos *hard law* como una regla emanada de una autoridad legislativa que sí cumple con las formalidades constitucionales y de otra índole que sean necesarias

jurídicos vinculantes, a pesar que se encuentra próximo a la ley por su capacidad para producir ciertos efectos -análogos a- los legales.

Por tanto, un concepto que unifique nuclearmente las principales características del *soft law* debe considerar al menos su carácter jurídicamente no vinculante, y su relevancia jurídica.⁴⁸¹ A estos dos elementos debe agregarse la buena fe como su elemento integrador. De su carácter no vinculante, además, se desprende que su incumplimiento no deviene en sanciones mediante las formas tradicionales que contemplan el Derecho internacional y el derecho interno.⁴⁸²

En síntesis, y como expresan unos autores: "*soft law* es una regla emanada de una autoridad legisladora que no cumple con las formalidades constitucionales y de otra índole que sean necesarias para que la norma sea jurídicamente vinculante".⁴⁸³

Pese a esta nota distintiva, en el contexto internacional actual, cada vez con mayor frecuencia e intensidad, los diferentes Estados se han visto obligados a reformar sus ordenamientos por imperativo de normas de *soft law* que le son aplicables, dado que en caso contrario, pueden sufrir determinado tipo de contramedidas por parte de las instituciones u organizaciones que las han dictado, como por ejemplo, la inclusión de una lista negra (*blacklisting*), sanciones económicas, obstaculización de las operaciones con el país incumplidor por parte de un bloque de países que establecen legislación a tal efecto. Este efecto -principalmente político- es bastante evidente en el caso de Chile y su integración

para que la norma sea jurídicamente vinculante", Cfr. GERSEN, Jacob y POSNER, Eric, "Soft Law", en *Stanford Law Review*, vol. 61, Nº 3, (2008), pág. 579.

⁴⁸¹ En este sentido, SNYDER señala que "el *soft law* se compone de normas de conducta que, en principio, no tienen carácter jurídicamente vinculante, pero que sin embargo pueden tener efectos prácticos". Cfr. SNYDER, Francis, "Soft law and institutional practice in the European Community" en *European University Institute Working Paper Law*, Nº93/5, (2003), pág. 2.

⁴⁸² Sobre esta nota distintiva, Vid. ALARCÓN GARCÍA, Gloria, "El *soft law* y nuestro sistema de fuentes", págs. 9-10, disponible en <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/10423/1/EI%20soft%20law%20y%20nuestro%20Sistema%20de%20fuente%20%20Homenaje%20RodriguezBereijo%20%20preprint%2017%2002%202010.pdf>.

⁴⁸³ Cfr. GERSEN, Jacob y POSNER, Eric, ob. cit., pág. 579.

como miembro de la OCDE, en orden a modificar y modernizar sus instituciones ambientales.

1.6.3.3. Aplicación del *soft law* en materia ambiental

Como afirma un autor, "frecuentemente, se ha señalado que buena parte de los acuerdos ambientales multilaterales constituye *soft law* (*derecho blando, derecho en agraz, derecho deseable, droit douce, droit vert, lege ferenda*), de fuerza jurídica similar a las meras declaraciones o a las resoluciones recomendatorias de organizaciones internacionales, con más fuerza estimulante que legal".^{484,485}

En este escenario el fenómeno del *soft law* adquiere relevancia -e interesa para nuestra investigación- desde que, como se afirmaba, existen innumerables acuerdos internacionales (multilaterales o bilaterales) que contemplan los principios generales de Derecho ambiental que hemos estudiado y que en caso de estimarse que no poseen fuerza vinculante ni tampoco su incumplimiento ser sancionable por los mecanismos tradicionales⁴⁸⁶, sí poseen relevancia jurídica y en tal sentido revisten los caracteres *soft law*.

De esta forma, aun cuando se desconociera que los principios estudiados corresponden a principios generales del Derecho ambiental o bien que dicha calidad

⁴⁸⁴ Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, ob. cit., pág. 79.

⁴⁸⁵ Para un estudio sobre la consideración de los Tratados -que no imponen obligaciones directas- como *soft law*, Vid. EVANS, Malcolm D., *Internacional Law*, 2ª edición, Oxford University Press, Londres, 2006, págs. 149-151.

⁴⁸⁶ En este sentido, y siguiendo un ejemplo ofrecido por un autor, si se infringiera, verbigracia, la prohibición de exportar residuos peligrosos desde países de la OCDE a países no miembros de la OCDE, decisión adoptada por la COP II del Convenio de Basilea, la sanción a dicho incumplimiento sería inexistente, sin embargo de constatarse dicho incumplimiento la COP podría adoptar una decisión o resolución llamando la atención de la Parte que hubiese incumplido y requiriéndole que no vuelva a incumplir, ya que el propio Estado mostró mediante su consentimiento su adhesión al contenido de dicha decisión. Se trata de un incumplimiento moral más que legal. No obstante, a ningún país le gusta estar en el centro de mira del resto de los países ni estar incumpliendo algo con lo que libremente se ha comprometido. Cfr. LAGO CANDEIRA, Alejandro, "El marco internacional de la protección...", cit., pág. 55.

no los hace aplicables directamente por los operadores jurídicos, estimamos que el carácter de *soft law* los transforma en principios plenamente demandables en los procedimientos tendientes a la reparación del medio ambiente dañado.

Así, y sin perjuicio que señalábamos que existen diversos instrumentos de Derecho internacional ambiental⁴⁸⁷ que pueden ser considerados como *soft law*, creemos que resulta relevante referir brevemente dos de ellos, habida consideración de su importancia, al consagrar o contener manifestaciones de los principios analizados y de tratarse de instrumentos celebrados por Chile y, en consecuencia, de instrumentos que, cuando menos, deberían ser respetados por los órganos del Estado -entre los que se incluyen los tribunales de justicia- por tratarse de normas de *soft law*⁴⁸⁸ a las que Chile adhirió voluntariamente.

Nos referimos a la Declaración de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río 1992 (Ambos instrumentos ya citados en diversas ocasiones en este trabajo donde se ha destacado su importancia a los efectos del estudio, como ocurre, verbigracia,

⁴⁸⁷ Como se afirma por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas, "El término «instrumento internacional» no está definido en el ámbito internacional. El Diccionario de la Real Academia Española define «instrumento» como «aquello que sirve de medio para hacer algo o conseguir un fin». El derecho internacional, por su parte, utiliza el término «instrumento» de forma genérica, como una categoría amplia que incluye acuerdos internacionales vinculantes así como documentos no vinculantes provenientes del llamado «derecho blando». El carácter genérico del concepto no significa que sea un término ilimitado. En la práctica, un instrumento internacional se refiere a documentos producidos en instancias internacionales que se relacionan con el Derecho internacional. Desde esta perspectiva, se pueden distinguir cuatro fuentes de instrumentos internacionales: (i) Conferencia multilateral de Estados; (ii) Organismos intergubernamental (incluidos sus órganos); (iii) Organismos de expertos independientes y; (iv) Organismo no gubernamentales internacionales". Cfr. CEPAL, "*Tipología de Instrumentos Internacionales*", pág. 3, disponible en: http://www.cepal.org/rio20/noticias/noticias/1/50791/2013-861_PR10_Tipologia_instrumentos.pdf.

⁴⁸⁸ Esta afirmación puede encontrar sustento al menos en los ejemplos jurisprudenciales de Derecho internacional. Así quedó de manifiesto, por ejemplo, en la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de agosto del año 2010, pronunciada en el "*Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*", donde el *soft law* sirvió para precisar el contenido normativo de las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

con el principio 15 de la Declaración de Río que consagró expresamente el principio precautorio con un alcance mundial).⁴⁸⁹

En efecto, siguiendo a MAES, la primera codificación universal de «práctica del Estado del medio ambiente» tuvo lugar en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano (Estocolmo, junio de 1972), cuando 113 Estados adoptaron la denominada Declaración de Estocolmo y un plan de acción. El objetivo de la Declaración de Estocolmo fue inspirar a los gobiernos a preservar y mejorar el medio ambiente humano. Dicha declaración contiene 26 principios, sólo algunos han sido expresados de una manera obligatoria. Además, la declaración no puede ser considerada como un documento de carácter jurídico *prima facie* que obligue a Estados.⁴⁹⁰

Veinte años después de Estocolmo, las Naciones Unidas organizó otra conferencia en la materia, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo (UNCED) que tuvo lugar en junio de 1992 en Río de Janeiro. Al final de ésta, 176 Estados adoptaron la denominada “Declaración de Río”. También, la conferencia adoptó un plan de acción en la “Agenda 21”, asimismo la Convención sobre Diversidad Biológica, la Convención sobre Cambio Climático y aprobó por consenso la Declaración sobre Principios Forestales. En diciembre de 1992, la resolución número 47/191 de la Asamblea General de Naciones Unidas estableció la Comisión de Desarrollo Sustentable de Naciones Unidas.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ Para LAGO CANDEIRA, en este caso el *soft law* simplemente ha recogido normas que ya eran de derecho consuetudinario y que se afianzaron o reconocieron como normas o principios del Derecho ambiental internacional. Cfr. LAGO CANDEIRA, Alejandro, "El marco internacional de la protección...", cit., pág. 55. En relación a este tema, Vid. PNUMA, "*Training Manual on International Environmental Law*", pág. 79, disponible en: <http://www.iucnael.org/online-resources/unep-training-manual.html>.

⁴⁹⁰ Cfr. MAES, Franc, "Los Principios de Derecho Ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el Derecho Internacional Marítimo. Un cambio para los legisladores nacionales", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VII, (2007), pág. 200.

⁴⁹¹ El trabajo de esta nueva institución es recolectar datos sobre actividades ambientales y de desarrollo y, a su vez, controlar la implementación de la “Declaración de Río” y la “Agenda 21” a través de los Planes de Acción Nacional de los países participantes. La resolución 28/190 de la Asamblea General de Naciones Unidas (1993) impulsa a los gobiernos a promover la diseminación de los principios de la “Declaración de Río” en el sector público y privado, y solicita a las Naciones.

Sobre la materia, es interesante destacar que nuestro máximo tribunal ha reconocido y aplicado expresamente estos instrumentos. En efecto, podemos citar un fallo de la Excm. Corte Suprema donde se reconoce y hace aplicación de las Convenciones de Estocolmo de 1972 y de Río de 1992, al expresar:

"6º Que en la perspectiva anterior y en una revisión de la legislación internacional sobre el medio ambiente, podemos indicar que el Estado de Chile ha suscrito más de 20 tratados internacionales que cita el profesor Nogueira en la obra anteriormente indicada, que naturalmente permiten precisar el derecho en cuestión. A su vez existen otros acuerdos internacionales, como es, la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente o declaración de Estocolmo de 1972. En su considerando tercero señala que la capacidad del hombre para transformar todo lo que le rodea, debe ser usada con discernimiento a fin de llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea e imprudentemente, puede causar daños incalculables al ser humano y su medio. En la declaración final expone que el hombre tiene el derecho a la libertad y a la igualdad y al disfrute de las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y, además, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para generaciones presentes y futuras- Por su lado, esta declaración fue confirmada por la de Río de 1992 y proclama entre otros principios que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible; tienen derecho a vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza; el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de generaciones presentes y futuras. En esta misma línea el Convenio sobre la Diversidad Biológica publicado en el diario oficial 6 de mayo de 1995, en su preámbulo, indica que las partes

Finalmente, con relación a la importancia de la Declaración de Río de 1992 a los efectos de este trabajo, se debe indicar que ésta consagra expresamente los principios de *prevención, quien contamina paga y precautorio*, entre otros que no han sido analizados en esta investigación. Sobre el particular Cfr. MAES, Franc, ob. cit., pág. 201 y ss.

contratantes están conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes. Conscientes asimismo de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera, afirmando que la conservación de la diversidad biológica es de interés común de toda la Humanidad. Igualmente observan que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica." ⁴⁹²

Finalmente debemos indicar que, amén del valor que puedan poseer como instrumentos de *soft law*, según se ha dicho, la importancia de contar con declaraciones de este tipo es que se generan, a decir de Kiss⁴⁹³ nuevos valores sociales que requieren de reglas jurídicas para protegerlos. Luego, y mientras dichas reglas no se dicten, la función de los tribunales de justicia -y especialmente de los Tribunales Ambientales que conocen las acciones de reparación en nuestro país- resulta gravitante a los efectos de hacer cumplir los compromisos que Chile, voluntariamente, ha adoptado.

2. Régimen supletorio: El rol y significado de la remisión del artículo 51 inciso 3º de la Ley General de Bases del Medio Ambiente a las normas del título XXXV del Libro IV del Código Civil

Como se indicó al comienzo de este trabajo, el sistema de responsabilidad por daño ambiental consagrado en la LBGMA establece tres subsistemas normativos para su reparación, según la prelación de fuentes que expresamente señala ese cuerpo legal.

⁴⁹² Excma. Corte Suprema, causa rol 7287 - 2009, sentencia de fecha 30-11-2009, caratulada "Linconao Huircapan, Francisca con Sociedad Palermo Ltda."

⁴⁹³ Cfr. Kiss, Alexandre Ch., "Survey of current Developments in International Environmental Law", en *Morges, IUCN Environmental Policy and Law Paper*, N° 10, (1976) págs. 26-27.

De esta forma, habiendo ya referido el régimen específico contemplado en leyes especiales y analizado los principios según los cuales, a nuestro juicio, deberían ser interpretadas las normas del régimen ordinario, resulta necesario ahora precisar cuáles serían los criterios en cuya virtud se debe interpretar la mentada referencia que la normativa efectúa -en el inciso 3º de su artículo 51- al sistema de responsabilidad civil extracontractual regulada en el Código Civil chileno.

En efecto, recordemos que el artículo 51 inciso 3 de la LBGMA dispone:

"Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil".

Por tanto, es menester precisar cuál es el real y verdadero significado y alcance que poseería dicha remisión, considerando que se establece en un cuerpo normativo que, precisamente, buscó la creación de un régimen especial de responsabilidad por daño ambiental diverso de la responsabilidad civil extracontractual.

En tal sentido, creemos que la respuesta es que, sin perjuicio que la evaluación y determinación de la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad por daño ecológico puro debe efectuarse en conformidad a las normas de la LBGMA interpretadas a la luz de los principios propios de Derecho ambiental, es posible recurrir a los mecanismos que proporciona el régimen de responsabilidad civil, pero sólo en aquellas hipótesis donde este auxilio permita tutelar de mejor forma el bien jurídico medio ambiente, descartándose en todos aquellos casos en que la regulación civil se oponga a la LBGMA, a los fines y funciones del Derecho ambiental, o perjudique la prevención o reparación de los daños ambientales.

En efecto, se debe recordar que el artículo 1 de la LBGMA señala que este cuerpo normativo regula el derecho a vivir en un medio ambiente libre de

contaminación, la protección del medioambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental; de tal suerte que si ese es el fin de protección de la norma, mal podría admitirse que las disposiciones de esa ley puedan ser integradas con normas que contravengan dichos fines.

Esta interpretación, a nuestro entender, permite demostrar esa especial naturaleza mixta que posee el régimen de responsabilidad por daño ambiental en los términos en que hoy está establecido en la LBGMA.

Así, por ejemplo, el recurso a la norma contenida en el artículo 2333 del Código Civil⁴⁹⁴, en concordancia con las normas de la LBGMA, podría ser utilizado para prevenir o evitar que hipótesis de daño ambiental contingente -o amenaza de daño ambiental- se actualicen en un daño real y cierto, pero siempre y cuando este daño ambiental eventual revista el carácter de significativo. Y no sólo cuando la amenaza de daño sea respecto de individuos -ocupación propia del Derecho civil- sino también cuando se amenace, pura y simplemente, al medio ambiente sin consideración a personas determinadas.

Cuando menos -si no se compartiera nuestra reflexión anterior-, estimamos que el recurso a dicha norma podría utilizarse en aquellas situaciones en que el daño ecológico puro y el daño civil derivado del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental coincidan, como ocurre, v.gr., si la amenaza de daño es la tala de Araucarias araucanas de propiedad de un individuo.⁴⁹⁵

Otro ejemplo acerca de la utilización, en materia de reparación de daños ambientales, de los mecanismos propios de la responsabilidad extracontractual regulada en el Código Civil chileno, se refiere a que podría utilizarse la norma del

⁴⁹⁴ Artículo 2333. *Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.*

⁴⁹⁵ En un sentido similar al nuestro, Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Lecciones de responsabilidad...", cit., pág. 414.

artículo 2329⁴⁹⁶ del Código Civil -bajo la tesis de que en virtud de dicha disposición se consagra en Chile el principio *res ipsa loquitur*⁴⁹⁷-, con el objeto de argüir una presunción de culpabilidad del sujeto pasivo en aquellas hipótesis que no corresponden al artículo 52 inciso 1º de la LBGMA o, incluso para algunos, con el objeto de construir una presunción de causalidad en situaciones en que la prueba de ésta sea muy dificultosa.⁴⁹⁸

Finalmente, pensamos que es posible recurrir a la norma de *solidaridad* contenida en el artículo 2317⁴⁹⁹, lo cual será especialmente determinante, por ejemplo, cuando se pretenda imputar responsabilidad a la Administración pública por los daños ecológicos puros ocasionados por el titular de la actividad o proyecto que ella calificó ambientalmente favorable a través de una RCA, esto es, por la responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados por el tercero

⁴⁹⁶ Artículo 2329. *Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*

Son especialmente obligados a esta reparación:

1º. *El que dispara imprudentemente un arma de fuego;*

2º. *El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;*

3º. *El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.*

⁴⁹⁷ Sobre *res ipsa loquitur*, Vid. FLEMING, John G., *An introduction to the Law of Torts*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 1998, págs. 148 y ss.; Contra la aceptación de una presunción de culpabilidad por el hecho propio en el artículo 2329 del Código Civil, Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, "*Lecciones de responsabilidad...*", cit., págs. 224-226; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Contra una presunción general de culpa por el hecho propio", en Hernán Corral Talciani *et al* (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil IV: Responsabilidad extracontractual*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, págs. 443-459.

⁴⁹⁸ Sobre el particular, Vid. BARROS BOURIE, Enrique, "Análisis histórico y comparado de la presunción de responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil", en Alejandro Guzmán Brito (editor), *El Código Civil (1855-2005)*, LexisNexis, Santiago, 2007, pág. 619-632; y BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad...*, cit., págs. 151-158 y 418-419.

⁴⁹⁹ CORRAL TALCIANI, manifiesta su inquietud con respecto a su aplicabilidad. Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del...", cit., págs. 151-152. En todo caso se debe señalar, como ha puesto de manifiesto una autora, que "la jurisprudencia ha aplicado en materia de daño ambiental la regla de la solidaridad contenida en el artículo 2317 del Código Civil". Cfr. DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 57. Para un análisis del fallo en cuestión, Vid. Excm. Corte Suprema, causa rol 1.911 - 2004, sentencia de fecha 30-08-2006, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/35145.

autorizado.⁵⁰⁰

En cambio, estimamos, con parte de la doctrina nacional, que no podría recurrirse al Título XXXV del Libro IV del Código Civil, tratándose de las normas de los artículos 2320, 2321, 2322, 2325 y 2328, (relacionadas a la denominada responsabilidad por el hecho ajeno); ni tampoco a la presunción del artículo 2327 (que regula la responsabilidad por los daños causados por un animal fiero).⁵⁰¹ Asimismo pensamos que la norma contenida en el artículo 2330 tampoco podría ser aplicada, por cuanto resulta evidente que el medio ambiente no ha podido exponerse temeraria o imprudentemente a él.⁵⁰²

En tal sentido, estimamos que la remisión que se establece en la norma en comento, es un indicio concreto de que el régimen de responsabilidad por daño ambiental consagrado en la LBGMA es un auténtico *tertium genus*, no sólo porque la reparación del medio ambiente parece ser una cuestión más propia del Derecho público -especialmente del Derecho administrativo^{503,504}- y no obstante ello el

⁵⁰⁰ Abordaremos este problema con detención más adelante, Vid. infra (capítulo séptimo; 4.1.2.3. (b)).

⁵⁰¹ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del...", cit., págs. 151-152.

⁵⁰² En este sentido, no compartimos la opinión de CORRAL TALCIANI, quien, por el contrario, cree que ello sí es posible. (Ídem).

⁵⁰³ Como señala GONZÁLEZ VARAS, la incardinación dentro del Derecho administrativo del tema de la reparación de daños ambientales (en sentido estricto, es decir, daños que se producen en el ambiente independientemente de las relaciones de vecindad) puede seguramente explicarse considerando que la relación jurídica, en estos casos, se entabla entre un sujeto que causa un daño ambiental y la Administración como sujeto, a quien corresponde la función de proteger el medio ambiente; también puede justificarse dicha incardinación partiendo de que el medio ambiente es un bien jurídico colectivo y, dado el caso, porque existe una licencia administrativa que regula ha de regular la emisión de los efectos contaminantes". Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, ob. cit., pág. 227.

En Alemania se ha dicho que desde la década del 70 "... rápidamente surgió el Derecho ambiental con toda su envergadura. Alcanzó el estatus de campo específico del Derecho... Logró asentarse como ámbito del Derecho con un nivel de abstracción intermedio, ubicado entre el Derecho administrativo general y las leyes medioambientales concretas". Cfr. WAHL, Rainer, *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán*, trad. José Carlos Mardomingo, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 94.

⁵⁰⁴ En Chile, la doctrina civil más autorizada así lo ha reconocido también al expresar "Por eso, la definición del nivel óptimo de protección ambiental es una de las tareas más delicadas en todas las sociedades contemporáneas. La determinación de estándares ambientales, y el establecimiento de instrumentos de prevención y de reparación, es típicamente materia de políticas públicas, que se expresan en legislación y en regulaciones administrativas. En ese sentido, el derecho del medio

régimen chileno posea una estructura civil en cuanto a la forma en que debe ser exigida la responsabilidad -ante un juez- (o que los requisitos para que surja sean similares a los de la responsabilidad extracontractual), sino también, y precisamente, porque permite el recurso a las herramientas que proporciona el Código Civil en aquellas hipótesis o situaciones en que dicho recurso sea más favorable o beneficioso para la consecución de la actividad reparadora.

Empero lo anterior, y de *lege ferenda*, estimamos que la remisión que el artículo 51 inciso 3º de la LBGMA efectúa al título XXXV del Libro IV del Código Civil puede ser considerada como un error, en tanto importa llenar lagunas o vacíos de una legislación que idealmente debería estar incardinada al Derecho público mediante normas y principios de Derecho privado.⁵⁰⁵

En efecto, como alguna vez se dijo -a propósito de la tesis sobre la autonomía del Derecho administrativo-, si se acepta como válida la tesis de la supletoriedad, el resto de las disciplinas serían brazos o ramas del Derecho civil. Ello parece desajustado y plantea dificultades al momento de intentar asumir la especialidad, en nuestro caso de las relaciones jurídicas ambientales y la autonomía misma de la disciplina del Derecho ambiental, de frente al Derecho civil (disciplina esta última pretendidamente «derecho común»), lo cual es razonable sólo respecto del resto del Derecho privado, pero no de frente a disciplinas de Derecho público, como es el caso de la disciplina del Derecho ambiental.⁵⁰⁶

ambiente es esencialmente parte del *derecho administrativo*". Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, Tratado de responsabilidad..., cit., pág. 789.

⁵⁰⁵ BERMÚDEZ SOTO afirma en este punto que: "si se tiene en cuenta que las normas del Código Civil constituyen las normas de Derecho común y por tanto, supletorias de las lagunas del ordenamiento jurídico privado, podría justificarse esta remisión. Sin embargo, una buena técnica legislativa excluye, por regla general, la posibilidad de remisiones genéricas, dado que ella ocasiona más problemas de los que soluciona. Esta crítica se agudiza en este caso, supuestos los extremos en que se desenvuelve la responsabilidad ambiental. Está claro que la responsabilidad por daño ambiental es distinta de la responsabilidad civil extracontractual, resultando difícil poder afirmar o negar respecto de aquélla una naturaleza privatística". Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., pág. 432.

⁵⁰⁶ Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro, *El Derecho Administrativo como...*, cit., pág.120. En un sentido similar, ALCALDE RODRÍGUEZ, quien expresa "Discrepamos, por tanto, de aquellos que sin mayor rigor ni las necesarias distinciones atribuyen al Código Civil, o incluso al Derecho civil en general, la naturaleza de Derecho *común o supletorio*, extendiendo sus principios o el espíritu de sus normas aún

PARTE TERCERA

LA INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL EN LOS PRESUPUESTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

La interpretación de las normas de la LBGMA, a la luz de los principios del Derecho ambiental, demuestra que la tesis sostenida, según la cual la LBGMA establece un régimen de responsabilidad por daño ambiental especial y autónomo con elementos de Derecho público y privado, hace necesario acreditar, valorar y fijar la presencia de *las condiciones necesarias o presupuestos* de la responsabilidad por daño ambiental -daño; causalidad; y culpabilidad-⁵⁰⁷, en primer término, sobre la base de esas normas y principios jurídicos propios del Derecho ambiental, en tanto disciplina dotada de un marco legal autónomo que intenta alcanzar niveles de contaminación razonables⁵⁰⁸, y sólo en forma subsidiaria con arreglo a las normas y principios del Derecho civil, en cuanto con ello se favorezca la reparación del medio ambiente dañado, según veíamos en el acápite anterior.

Asimismo, demuestra que este régimen no regula la reparación de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental.

a materias propias del Derecho público", Cfr. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "El espíritu General de la Legislación como elemento de Interpretación ante la Ciencia Jurídica y la Jurisprudencia Nacional" en Enrique Alcalde Rodríguez y Hugo Fábregas Vega (coordinadores), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez*, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2009, pág. 471. En contra, BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad...*, cit., pág. 482.

⁵⁰⁷ BARROS BOURIE, afirma "con todo, cada uno de esos elementos de la responsabilidad, con la sola excepción de la capacidad, plantean preguntas específicas en materia ambiental, que el legislador ha omitido, dejando entregado su desarrollo por completo a la jurisprudencia" Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, "responsabilidad civil en materia...", cit., pág. 51. A nuestro juicio, son precisamente esas preguntas, esas particularidades que exhibe la responsabilidad por daño ambiental, las que demostrarían que el régimen de responsabilidad regulado en la LBGMA no posea una naturaleza exclusivamente civil, sino, más bien, una naturaleza mixta que lo sitúa entre el Derecho público y el Derecho privado.

⁵⁰⁸ Cfr. BANFI DEL RÍO, Cristián, ob. cit. pág. 20.

En efecto, una importante consecuencia práctica que surge al concebir el régimen de responsabilidad por daño ambiental en estos términos, es la posibilidad que con ello se otorga a los jueces que conocen las acciones de reparación, para fundamentar las soluciones a las que arriben directamente en los principios que informan el Derecho ambiental -corrección del daño ambiental preferentemente en su fuente; contaminador-pagador; preventivo; precautorio; etc.-, esto es, interpretar las normas e integrar las lagunas de la LBGMA, en primer término, mediante el recurso a estos principios y sólo cuándo ellos no lo permitan o se alcancen soluciones más satisfactorias para la reparación recurriendo a la responsabilidad civil extracontractual. Así, en aplicación de estos principios, los sentenciadores se verían posibilitados de alcanzar soluciones⁵⁰⁹ que se avengan mejor a los fines y funciones del Derecho ambiental.

Estas soluciones de las que hablamos -al menos en alguna medida- no serían posibles empleando exclusivamente las normas y el desarrollo dogmático y jurisprudencial del Derecho civil, por cuanto, como se ha señalado a lo largo de este trabajo, la responsabilidad civil no encaja bien en los presupuestos propios del daño ambiental, que atenta contra bienes extraordinariamente importantes, que deben ser reparados en cualquier caso por los causantes⁵¹⁰, esto es, de daños que no pueden quedar sin reparación en ningún caso.

En efecto, la lógica de la responsabilidad civil impone la aplicación por parte de los jueces de parámetros formales o normativos para adjudicar los derechos de las partes⁵¹¹, lo cual de una u otra manera dificulta la obtención de la reparación ambiental en algunos casos.

En este sentido, en el Derecho europeo, por ejemplo, se llegó a afirmar "que el

⁵⁰⁹ Como lo son: (i) la dulcificación de la determinación y prueba del nexo causal; (ii) las presunciones judiciales de causalidad (e incluso legales); (iii) la fijación del estándar de comportamiento para la determinación de la culpa; etc.

⁵¹⁰ Vid. MARTÍN MATEO, Ramón: *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo IV, Edisofer, Madrid, 2003, pág. 260 y ss.

⁵¹¹ BARROS BOURIE, Enrique, "Lo Público y..." cit., págs. 9; 11-14.

Derecho civil en general no se adapta bien a las exigencias de tutela del medio ambiente. El Derecho civil, por decirlo una manera llana, salvo que transforme sus postulados, poco puede hacer por el daño ecológico, salvo seguramente ofrecerle algunas medidas indirectas, mediatas o reflejas de protección, como lo son las acciones reales, las inhibitorias, las de cesación, etc. Y también se ha de afirmar que el instrumento de la responsabilidad civil tampoco hoy, de *lege data*, ofrece cobijo alguno los problemas resarcitorios del medio ambiente".⁵¹²

De esta forma, concebir y construir el régimen de responsabilidad por daño ambiental como un régimen especial y autónomo, de naturaleza mixta, permite escapar de las restricciones que la responsabilidad civil impondría a la tarea de prevención y reparación de los daños ecológicos puros, precisamente porque permitiría dar por acreditada la responsabilidad ambiental -y en consecuencia poder imponer obligaciones de reparación- utilizando mecanismos mucho más flexibles para la determinación y fijación de los presupuestos que dan origen a ella.⁵¹³

En todo caso, según venimos diciendo, aprovechando la remisión legal expresa del artículo 51 inciso 3º de la LBGMA, la naturaleza mixta postulada permitiría utilizar las instituciones de la responsabilidad extracontractual regulada en el Código Civil chileno en todas aquellas hipótesis en que el auxilio de esas normas favorezcan la labor de reparación del daño ambiental. En consecuencia, no se trata de postular ni el desconocimiento ni el apartamiento por completo del Derecho civil, sino, por el contrario, se postula una correcta y eficaz utilización del *chromosoma* de Derecho civil que posee la *codificación genética* del régimen de responsabilidad establecido en la LBGMA.

⁵¹² Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "Responsabilidad Civil...", cit., pág. 92.

⁵¹³ Algo que en España, GOMIS CATALÁ afirmaría en términos similares en la década de los noventa - cuando analizaba los seguros y los fondos de indemnización conjunta- al señalar que la reparación de los daños ambientales "se inspirará en un nuevo principio basado en la colectivización de la carga, opuesto al principio de corte individualista que informa el esquema de la responsabilidad civil y, por consiguiente, de dudosa compatibilidad con dos de los axiomas fundamentales de toda política de protección del medio ambiente: el principio de «quien contamina paga» y el principio de prevención". Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucía, ob. cit., pág. 248.

En las páginas que siguen nos abocaremos a analizar las particularidades que presenta cada uno de los presupuestos de la responsabilidad por daño ecológico puro, ofreciendo en cada caso las soluciones que a nuestro juicio resultan más pertinentes y posibles de construir mediante la interpretación de las normas e integración de las lagunas de la LBGMA a la luz de los principios del Derecho ambiental.

CAPÍTULO QUINTO

INCIDENCIA EN EL DAÑO AMBIENTAL O ECOLÓGICO PURO COMO PRESUPUESTO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD REGULADO EN LA LBGMA

1. Delimitación positiva del daño ambiental en la LBGMA

1.1. Concepto de daño ambiental en la LBGMA: Cuestiones preliminares. Su tipología

La LBGMA prescribe expresamente qué debe entenderse por *daño ambiental*, -para todos los efectos legales-⁵¹⁴ al proporcionar una definición expresa del término. En efecto, el artículo 2 letra e) de dicho cuerpo normativo preceptúa:

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

e) Daño ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes;

A partir de esta definición, creemos que existen dos cuestiones preliminares que deben ser abordadas para afinar los contornos precisos de este fenómeno jurídico en materia de responsabilidad por daño ambiental. A saber:

(i) en primer lugar, se debe resolver la inquietud: ¿qué son los daños ambientales o daños ecológicos puros?; y

(ii) en segundo lugar, elucidada dicha interrogante, y para el evento que se concluya además que la LBGMA sólo se ocupa del daño ecológico puro, se debe

⁵¹⁴ Lo que debemos entender, cuando menos, en lo que respecta a las instituciones jurídicas que ella regula, entre las que se cuenta el régimen de responsabilidad por daño ambiental. Vid. supra (capítulo segundo; 3).

precisar y enfatizar su independencia y autonomía con respecto a los daños infligidos a las personas;

Sobre dichos particulares discurriremos en los párrafos que siguen.

1.1.1. *Los daños ambientales o daños ecológicos puros como objeto de regulación de la LBGMA*

Al tenor de lo dispuesto en el artículo en análisis, estimamos que la primera conclusión a la que es posible arribar se refiere a que la LBGMA define -y en consecuencia se ocupa- exclusivamente de aquellos detrimentos, disminuciones, pérdidas o menoscabos causados *al* medio ambiente.^{515,516} En tal sentido, sólo regula la reparación de los denominados *daños ecológicos puros*⁵¹⁷ y no la de los *daños civiles que puedan sufrir los particulares a consecuencia del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental* (los también llamados *daños tradicionales*).⁵¹⁸

En efecto, la definición que proporciona el artículo 2 letra e) de la LBGMA señala expresamente que la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo que configura el daño ecológico puro, es aquella que se inflige al *medio ambiente* o uno o más de sus *componentes*, sin hacer mención alguna a los daños que puedan sufrir las personas u otros bienes jurídicos diversos del entorno.

⁵¹⁵ En un sentido idéntico al nuestro BARROS BOURIE, quien expresa "la definición legal corresponde al *daño ambiental puro*, que da lugar a una pretensión cuyo objeto es su reparación en naturaleza, que la ley denomina *acción ambiental* (artículo 54)". Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 804.

⁵¹⁶ El concepto de medio ambiente en la LBGMA, fue analizado previamente en este trabajo. Vid. *supra* (capítulo 2).

⁵¹⁷ Para una conceptualización y características de este fenómeno, Vid. *supra* (capítulo 3; 1). Para una explicación lata del concepto *daño ecológico puro* en la doctrina, por todos, Vid. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., págs. 75-223.

⁵¹⁸ El término *daños tradicionales*, como recuerda VALENCIA MARTÍN, Germán, ob. cit., pág. 7, fue acuñado por el *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*, presentado por la Comisión el 9 de febrero de 2000 [COM (2000) 66 final, apartado 4.2.1]. Para una explicación del concepto *daños tradicionales* en la doctrina, por todos, Vid. JORDÁ CAPITÁN, Eva R., "La dicotomía daños ambientales-daños a la persona en el sistema español de responsabilidad ambiental. Su repercusión", en *Revista de Derecho Privado*, N° 6, Nov-Dic., (2013), pág. 102.

“Es decir, para el Derecho Civil el concepto de daño está referido al perjuicio inferido en la persona (sea éste un daño corporal o moral) o a la propiedad o patrimonio de un sujeto de derecho, sea persona natural (física) o jurídica. En cambio, de acuerdo al concepto que nos da el legislador de la Ley 19.300, el daño ambiental consiste en el detrimento que sufre el medio ambiente en su totalidad o en alguno de sus elementos”.⁵¹⁹

Es más, este hecho queda demostrado con mayor fuerza a partir de la de la entrada en vigencia de la LTA, en cuanto ésta distingue expresamente la competencia y el procedimiento que se debe utilizar para exigir, por un lado, la reparación del daño ambiental, lo cual es competencia de la jurisdicción ambiental especializada (artículo 17 N° 2⁵²⁰; 18 N° 2⁵²¹ y 33⁵²² y ss.); y, por otro, la indemnización de los perjuicios derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, la cual, es competencia de los tribunales civiles (artículo 46⁵²³).

⁵¹⁹ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, “Roles del Consejo...”, cit., pág. 249.

⁵²⁰ “Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

2) Conocer las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la Ley N° 19.300. Será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado”.

⁵²¹ “Artículo 18.- De las partes. Los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17:

2) En el caso del número 2), las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio; las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado...”

⁵²² “Artículo 33.- Inicio del procedimiento. Este procedimiento se iniciará por demanda o por medida prejudicial. En la demanda sólo se podrá pedir la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de éste a repararlo materialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.300...”.

⁵²³ “Artículo 46.- Indemnización de perjuicios.- Será competente para conocer de la acción de indemnización de perjuicios por la producción del daño ambiental establecida en la sentencia del Tribunal Ambiental, el juzgado de letras en lo civil con competencia en el lugar donde se produjo el daño.

Esta acción por los perjuicios derivados del daño ambiental se tramitará de acuerdo al siguiente procedimiento...”.

En este sentido, sin perjuicio de que la definición de *daño ambiental* que analizamos, en cuanto al contenido, pero no así al sujeto pasivo, resulta semejante a aquella que la clásica doctrina civil chilena ha utilizado para referirse al daño como presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual⁵²⁴, existe ese elemento determinante de la misma que permite diferenciar cuándo estamos en presencia de uno u otro daño, y que se refiere a que en el caso de la responsabilidad civil el detrimento, menoscabo o perjuicio se inflige al *individuo*, a la *víctima*, ya sea en su esfera patrimonial o extrapatrimonial, mientras que en el caso de la responsabilidad por daño ecológico, éste se ocasiona, según se dice, al *medio ambiente* sin que exista una víctima propiamente tal.⁵²⁵

De allí, que el objeto del régimen de responsabilidad por daño ambiental regulado en la LBGMA se encuentra circunscrito única y exclusivamente a la reparación del *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*⁵²⁶, y por ende no

⁵²⁴ Así, por ejemplo, la obra más tradicional de responsabilidad civil extracontractual, esto es, el manual del profesor Arturo Alessandri Rodríguez, define el daño, en tanto presupuesto de la responsabilidad civil, como "todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor crédito, afectos, creencias, etc.". Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, ob. cit., pág. 153.

En todo caso, la cuestión del concepto o definición del *daño* como presupuesto de la responsabilidad civil tampoco es un asunto pacífico. En tal sentido, BARROS BOURIE señala que "si bien ha existido una tendencia hacia la formulación de un concepto general de daño en las codificaciones civiles, el concepto ha adquirido dos concreciones diferentes. En los sistemas jurídicos donde sólo el daño antijurídico es objeto general de reparación, por lo general se exige la lesión de un *derecho subjetivo* para que haya lugar a la indemnización. Por el contrario, en una definición en sentido amplio, que se remonta a las Siete Partidas, el daño ha sido definido como "detrimento, perjuicio o menoscabo, que se recibe por culpa de otro en la hacienda [patrimonio] o la persona. En el primer sentido, el daño está circunscrito por los *derechos subjetivos* que el ordenamiento jurídico protege con una acción reparatoria, mientras que el segundo comprende, en general, todos los *intereses* patrimoniales o extrapatrimoniales que cumplan con ciertos requisitos mínimos para ser objeto de protección civil. En un caso, la idea de daño está limitada por los intereses que la ley califica como derechos; en el segundo, todo interés legítimo y relevante es un *bien jurídico* digno de ser cautelado". Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 220.

⁵²⁵ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., pág. 400; VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 327.

⁵²⁶ Que corresponde a la tantas veces citada definición del Artículo 2 letra II) de la LBGMA.

se ocupa de la indemnización de los perjuicios civiles que deriven del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, esto es, *del menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.*⁵²⁷

De esta manera, para comprender cabalmente el fenómeno del *daño* ambiental, es necesario primero realizar una diferenciación clara y rigurosa entre éste y los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ecológico*⁵²⁸ (sea cual sea la concepción que se tenga de los daños civiles⁵²⁹), en tanto, entre otras cuestiones, en los primeros existe una ausencia de víctima y en los segundos esta es, indispensablemente, el ser humano.

En todo caso, esta exigencia que señalamos no constituye, de nuestra parte, un descubrimiento en la forma en que se debe analizar la responsabilidad por daño ambiental -más allá del valor que pueda tener recordar algo que parece haber sido olvidado por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia nacional según se analizará⁵³⁰-, pues en la dogmática comparada la distinción fue postulada hace varios lustros.

⁵²⁷ Cfr. LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, versión española y notas de José Santos Briz, tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 193.

⁵²⁸ Ello, pues como se ha afirmado, "forzoso es reconocer que la frontera entre unos daños y otros no es nítida, pero a estos efectos resulta útil y clara". Cfr. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *La responsabilidad ambiental...*, cit., pág. 92. En un sentido similar, Vid. DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 49.

⁵²⁹ Para un estudio acerca de los diversos conceptos del *daño* como presupuesto de la responsabilidad civil, Vid. AEDO BARRENA, Cristián, *Responsabilidad Extracontractual...*, cit., págs. 352-355.

⁵³⁰ En doctrina chilena existen autores que ya han advertido la diferencia en forma acertada. En efecto, verbigracia, BARROS BOURIE explica que "este daño ambiental en sentido estricto puede ser causa de otros daños que afectan a las personas o a las cosas, en cuyo caso se trata de una responsabilidad civil que tiene por objeto reparar los daños que se derivan de aquél. Ocurre usualmente que un daño ambiental, tal como está definido, produce, a su vez, un efecto indirecto, que se traduce en la pérdida de valor de un bien, en enfermedades o en la privación de ingresos futuros; esto es, en un *daño privado derivado del daño ambiental*, que puede ser de naturaleza patrimonial. En este sentido, el daño tiene dos aspectos en materia ambiental: ante todo, una cara pública, referida al daño ambiental puro y que da lugar a una acción que tiene por objeto la restitución, restablecimiento o renovación del medio ambiente dañado; y además, una cara privada, cuyo fin es obtener protección

Así, en España por ejemplo, la propia doctrina civil indicaba en la década de los 90 que:

"... a este respecto, y en lo que a la responsabilidad civil importa, se deben diferenciar, como algún autor lo ha hecho, los llamados daños por contaminación de los daños estrictamente ecológicos, y no meterlos en un mismo saco esperando que las soluciones válidas para unos los sean también para los otros.

De este modo, por *daños por contaminación* se entenderían aquellas lesiones patrimoniales y morales que como consecuencia de un accidente ambiental afectan a la persona y a sus bienes.

preventiva por los efectos perniciosos del daño ambiental. Además puede proceder una acción indemnizatoria por los daños resultantes a la propiedad o a las personas". Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 804. Parecidamente a él, DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 49.

VALENZUELA FUENZALIDA, a su turno, señala "... otra cosa es que el daño ambiental pueda traducirse para un individuo específico en daños personales o patrimoniales, cuál sería el caso, por ejemplo, del daño por contaminación con cobre y azufre que experimenta un predio agrícola debido al anhídrido sulfuroso proveniente de la chimenea de una refinería de cobre instalada en las proximidades, caso, por lo demás, bastante frecuente en el país. El daño ambiental, en esta hipótesis, que recae sobre el componente ambiental «suelo», proyecta sus consecuencias sobre el patrimonio del propietario del predio, en cuanto su finca va a ver disminuido su valor comercial debido al descenso que experimentará en su fertilidad, lo que generará otros problemas conexos, como se verá más adelante". Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 327. Sobre los postulados de este autor, en todo caso, debemos precisar que a nuestro juicio no se trata de que el daño ambiental proyecte sus efectos nocivos sobre un individuo al cual le ocasiona un daño civil, sino que dicho daño civil es consecuencia del mismo hecho -en el ejemplo del autor las inmisiones de la chimenea- que ocasionó el daño ambiental, lo cual es, en consecuencia, diverso a afirmar que el daño ambiental "actúe" como "victimario". En un sentido idéntico al nuestro, BERMÚDEZ SOTO al señalar "esta distinción resulta del todo lógica ya que un mismo hecho puede ser el causante de un daño ambiental, y también de un daño individual, es decir, en la persona o patrimonio de un sujeto de derecho". Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de...*, 2ª edición, cit., pág. 408.

Sin perjuicio de todo lo dicho, y a pesar de visualizar la distinción en forma acertada, en casi la totalidad de las ocasiones la doctrina, con excepción del profesor BERMÚDEZ SOTO, mantiene la tendencia a resolver los problemas que presenta la reparación de los daños ecológicos puros mediante las normas aplicables a los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*. Es decir, no se efectúa la clara distinción entre los regímenes y se piensa que la LBGMA regula una especie de *responsabilidad civil ambiental*, cuestión que, como veremos más adelante, a nuestro juicio es errada.

Daños ecológicos, por su parte, serían aquellos sufridos por el medio ambiente que, como consecuencia de un accidente causado por la mano del hombre, afectan a su equilibrio natural.

En un caso la víctima es el hombre, en el otro lo es el medio ambiente".^{531,532}

Es más, esta distinción, a efectos de determinar el régimen de responsabilidad al cual se debe recurrir según el tipo de daño que se pretenda reparar, debe efectuarse incluso en aquellas hipótesis en que el daño ambiental coincida cabalmente con el daño civil derivado de éste. Para comprender esta situación, pensamos que ESTEVE PARDO nos ofrece un ejemplo muy clarificador. Señala este autor:

⁵³¹ Cfr. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente", en *Diario la Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-285, N° 5, (1996), pág. 1419.

⁵³² Desde el ramal del Derecho público también se ha puesto de manifiesto esta diferencia, indicándose a los efectos: "otra peculiaridad que ocurre con frecuencia en los genéricamente llamados daños medioambientales es que habitualmente son susceptibles de valoración desde una doble perspectiva. Una es la estrictamente medioambiental: la pérdida o deterioro de un recurso natural o un bien con significación ambiental destacada por las negativas consecuencias ecológicas que de ello se derivan. La otra, es la perspectiva patrimonial: el bien dañado o destruido puede perfectamente estar bajo la titularidad de una persona, pública o privada, que sufre así una pérdida o detrimento patrimonial. También podría extenderse esta perspectiva a los daños a la salud, cuya reparación requiere de unas intervenciones médicas y unos tratamientos que tienen también un coste económico". Cfr. ESTEVE PARDO, José, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 94.

En el mismo sentido, VALENCIA MARTÍN, al señalar que "el calificativo «ambiental» para esta nueva especie de responsabilidad patrimonial o civil [se refiere a la regulada por la Ley 26/2007], no es, sin embargo, puramente redundante o inútil, sino que tiene claramente el siguiente sentido. Cuando ocurre un accidente o una catástrofe «ambiental» (piénsese, por ejemplo, en los conocidos casos Aznalcóllar o del Prestige) pueden producirse en realidad dos clases diferentes de daños: en primer lugar, el daño ambiental en sentido estricto, que es el daño a los recursos naturales (las aguas y los suelos contaminados, en el caso Aznalcóllar; la ribera del mar y la fauna y flora marinas, en el caso Prestige), pero también, en segundo lugar, pueden producirse y, de hecho, normalmente se producen daños a las personas o a sus bienes y patrimonios, lo que durante el largo proceso de elaboración de la Directiva comunitaria se denominaron «daños tradicionales» (enfermedades o muertes, que afortunadamente parece que no hubo en ninguno de ambos casos, cosechas pérdida, perjuicios económicos derivados de la imposibilidad de salir a pescar, etc.)". Cfr. VALENCIA MARTÍN, Germán, ob. cit., pág. 7.

"Tomemos el ejemplo de un bosque de un alto valor ecológico que está bajo la titularidad dominical de un particular, o de un municipio (los municipios son, como veremos en el tema correspondiente, los principales propietarios forestales). Si ese bosque se destruye por un incendio se habrá producido, por así decirlo, un daño con una doble naturaleza; o dos daños si se quiere entender así. Por un lado, un daño patrimonial: la propiedad ha perdido valor con la quema del vuelo del bosque. Por otro lado, un daño ecológico: se ha destruido un bien con un destacado valor ecológico, no sólo un valor en sí mismo, autónomamente considerado, sino también un valor por su destacado protagonismo en los procesos ecológicos esenciales y su significación para otros bienes como la pureza del aire, pureza de las aguas, refugio de fauna silvestre, etcétera".⁵³³

En síntesis, y para explicar esto en palabras más sencillas, al igual como lo hiciera VALENCIA MARTÍN⁵³⁴, podemos tomar prestada la cita de VÍCTOR HUGO que utiliza el profesor PARADA⁵³⁵ para explicar la distinción en un área similar, señalando a los efectos que "hay dos cosas en un edificio: su uso y su belleza. Su uso pertenece al propietario, su belleza a todo el mundo. Por eso aquél no tiene derecho a su destrucción".

1.1.2. Autonomía de los daños ambientales o ecológicos puros como efecto lesivo reparable

A partir de la distinción estudiada en precedencia, surge a nuestro entender otra conclusión bastante contundente: el daño ecológico puro o daño ambiental no requiere para ser reparado que se trate también de un daño infligido, al menos directamente, a las personas o como se ha expresado sintéticamente la responsabilidad por daño ambiental va más allá de la reparación de los perjuicios que puedan sufrir los particulares en su esfera personal y patrimonial.⁵³⁶

⁵³³ Cfr. ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente...*, cit., pág. 94.

⁵³⁴ Cfr. VALENCIA MARTÍN, Germán, ob. cit., pág. 10.

⁵³⁵ Cfr. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo*, tomo III, 11ª edición, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2007, pág. 247.

⁵³⁶ Cfr. ESTEVE PARDO, José, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 92.

En efecto, en este punto resulta necesario enfatizar que, a nuestro juicio, constituye un error concebir el daño ecológico puro como una modalidad de daño a las personas, como, verbigracia, parece comprenderlo en Chile un sector de la doctrina, que ha expresado: "en realidad, la ley está calificando una modalidad de daño a las personas, que son, en verdad, las únicas titulares de la acción de responsabilidad y que pueden reclamar el derecho a ser indemnizadas o reparadas por el daño que ellas han sufrido. En consecuencia, el daño ambiental no es en rigor un daño al medio ambiente, sino un daño a las personas, modelizado porque se trata de un perjuicio que se causa a través o con ocasión del deterioro del entorno ambiental en que desarrollan su existencia".^{537,538}

⁵³⁷ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad...", cit., pág. 167. En un sentido similar a este autor, Vid. LOPERENA ROTA, Demetrio, *Los Principios del Derecho Ambiental*, IVAP-Civitas, Madrid, 1998, pág. 31.

⁵³⁸ En otra ocasión el mismo autor manifestó "en cualquier caso, desde una perspectiva civil, el medio ambiente no puede desconectarse del concepto de ser humano. El medio ambiente no es un bien protegible en sí mismo, con un valor *per se*, sino en razón del hombre que desarrolla su existencia en él. Debe considerarse que el medio ambiente libre de contaminación es un derecho que la Constitución asegura a todas las personas. De esta forma, sólo aquella acción que menoscabe al medio ambiente, por cuanto rebaja la calidad de vida del ser humano, puede considerarse daño ambiental reparable a través del sistema jurídico de la responsabilidad civil". Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de impacto ambiental...", cit., pág. 81.

A la luz del análisis expuesto en precedencia, juzgamos que este planteamiento del destacado profesor no ha considerado algunos aspectos que podrían modificar su tesis. En efecto:

(i) se debe precisar que en la *responsabilidad civil* no es posible desconectar al ser humano del medio ambiente, pero tratándose del régimen de responsabilidad por daño ambiental que regula la LBGMA ello es perfectamente viable y de hecho así ocurre. Es más, dicho elemento es un argumento adicional que permite considerar que la naturaleza del mentado régimen es autónoma o mixta; y

(ii) efectivamente la garantía constitucional está establecida para todas las *personas*, pero no se debe olvidar que ésta se refiere al *medio ambiente libre de contaminación*, concepto que está definido en el literal m) del artículo 2 de la LBGMA, y que difiere del de *daño ambiental*, conforme consta de la definición que de éste último efectúa la propia LBGMA en el literal e) del mismo artículo. La CPR no garantiza a todas las personas ser reparadas del daño ambiental, por la sencilla razón que ellas no son quienes lo sufren, lo que se garantiza es que el medio ambiente donde desarrollarán su existencia esté libre de contaminación.

En todo caso, el mismo profesor CORRAL reconoce, en otra ocasión, que "la Ley de Bases, al otorgar la titularidad de la acción ambiental, al Estado y a las Municipalidades, parecería ampliar la noción de daño al medio ambiente para incluir también el daño ecológico autónomo". Sin perjuicio de lo cual expresa, que dicha "conclusión no es segura, sobre todo si se toma en cuenta el contexto de nuestro ordenamiento jurídico y las coordenadas estructurales de nuestro sistema de responsabilidad civil, que

Sobre esta tesis, nos parecen más viables otros planteamientos. En tal sentido -y no obstante tratarse de un trabajo señero, escrito apenas fue dictada la LBGMA-, quizás en su minuto dicha doctrina no reparó en que:

(i) no es efectivo que los únicos titulares de la acción de responsabilidad ambiental sean las personas, el artículo 54 de la LBGMA legitima expresamente al Consejo de Defensa del Estado y a las Municipalidades;

(ii) la pretensión que se ejerce a través de la acción ambiental no es la solicitud de una *indemnización de perjuicios*, sino, por el contrario, lo que se persigue es la *reparación in natura* del medio ambiente dañado;

(iii) el daño que regula la LBGMA no lo sufren las personas. Como queda claro de las definiciones que proporciona la ley, así como de las instituciones que ésta regula, el daño del que se ocupa la LBGMA es aquel que sufre el medio ambiente⁵³⁹; y

(iv) existen diversas hipótesis en que el daño inferido al medio ambiente no involucra un daño a las personas -ni siquiera indirectamente- dado que este bien jurídico posee lo que los economistas denominan *valor intrínseco*.⁵⁴⁰

siempre se refiere a un daño a las personas". Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "El Sistema de Impacto Ambiental...", cit., pág. 82.

⁵³⁹ Como se ha expresado en doctrina, "el medio ambiente (en la acepción de la Ley N° 19.300) es tutelable porque la sociedad lo ha elevado a la categoría de «bien» jurídico valioso, como una unidad indivisible y distinta a otros bienes de carácter individual; sin perder, sin embargo, y a la vez, su característica de ser objeto de derechos individuales, tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial". Cfr. FIGUEROA B., Eugenio *et al*, "La responsabilidad civil ambiental, daño al medio ambiente y su valor: Una aproximación legal y económica", en *Revista de Derecho Ambiental. Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile*, N° 2, (2006), pág. 84. En un sentido similar, Vid. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de...* 2ª edición, cit., págs. 400 - 401.

⁵⁴⁰ En relación a este último punto, creemos que merece la pena transcribir los asertos de FONTAINE TALAVERA, quien explica la cuestión mediante un elocuente ejemplo:

"... La gente quiere proteger las ballenas porque piensa que su extinción sería una pérdida *per se*, aunque nunca vaya a hacer uso de ellas para algo en particular. Su existencia en el planeta es considerada un valor. Es cierto que hay gente que quiere verlas en fotografías o películas, pero parece que se concede valor a que existan independientemente de que se las quiera observar o contemplar. En el lago de Loch-Ness, en Escocia, la leyenda dice que habita un plesiosauro. Si descubrimos que efectivamente «Nessie», como se le llama, está ahí, pero que la fotografía y filme le

Es más, pesamos con unos autores, que el deber constitucional de tutela del Estado "refleja como la sociedad chilena, ya desde la década de los años 1980, reconoce al ambiente como un bien digno de tutela, independientemente de los derechos individuales que se tengan respecto de una mejor calidad ambiental"⁵⁴¹, ello, sin perjuicio de que la garantía constitucional que en ella se establece esté dada a las *personas* y en consecuencia no se trate de un mecanismo de protección del medio ambiente.⁵⁴²

En tal sentido, creemos que es posible aseverar que la LBGMA, por su parte, al reconocer no sólo el daño ambiental, como concepto, sino que la «acción por daño ambiental», radicando su titularidad en las Municipalidades y en el Estado, ha configurado los daños ambientales como una categoría de daños que expresa un interés distinto que va más allá del mero interés o derecho individual a un medio ambiente libre de contaminación; transitando más bien hacia la esfera de lo «colectivo», donde el interés por la tutela ambiental se radica en una multiplicidad de actores sociales, muchas veces con un interés difuso, o donde, desde una perspectiva más clásica, quizás carecerían inclusive de interés directo, en el sentido legal de no ejercer acción para perseguir indemnización.⁵⁴³

En este mismo estado de cosas, y a efectos de exponer nuestro entendimiento sobre el particular, nos permitiremos nuevamente discrepar de parte de la doctrina de nuestro medio nacional, quienes afirman que "la definición que presenta la Ley de

dañan mortalmente, aún así habría gente dispuesta a proteger su existencia. Tal vez podrá decirse que se aprecia la opción a contemplarlo que su existencia permite. En tal caso, el valor intrínseco quedaría subsumido bajo el concepto de valor opcional. Con todo, la idea es que la actitud original valora algo simplemente porque es, en oposición a valorarla porque me sirve". (Cfr. FONTAINE TALAVERA, Arturo, "Responsabilidad Personal, Daño y Medio Ambiente", en *Revista de Estudios Públicos*, Nº 54, (1994), pág. 57).

⁵⁴¹ Cfr. FIGUEROA B., Eugenio *et al*, ob. cit., pág. 83.

⁵⁴² Vid. *supra* (capítulo 2; 1).

⁵⁴³ Cfr. FIGUEROA B., Eugenio *et al*, ob. cit., pág., 83. En el derecho comparado, ESTEVE PARDO, expresa esta cuestión señalando: "el medio ambiente como realidad objetiva, como patrimonio común si se quiere, también ha de ser objeto de protección y reparación por el deterioro que pueda sufrir". Cfr. ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente...*, cit., pág. 92.

Bases sobre «daño ambiental» no nos ayuda demasiado, ya que se trata de una descripción bastante tautológica... En el fondo, no nos dice nada más que daño ambiental es el «daño al medio ambiente», sea considerado en forma global o en relación con algunos de sus elementos".⁵⁴⁴

Discrepamos, porque el hecho de que la definición nos diga que el *daño ambiental* es sólo el inferido al *medio ambiente*, precisamente, nos permite asir un elemento determinante en el estudio de la responsabilidad por daño ecológico puro regulada en la LBGMA, esto es, que la misma se ocupa exclusivamente de los daños infligidos al *medio ambiente* y no de los daños que las personas puedan sufrir a consecuencia del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, con lo cual, consecuentemente, se reafirma la tesis sostenida en este apartado, donde afirmamos que el daño ambiental no es un daño causado, al menos directamente, a las personas, ni tampoco requiere para ser reparado que se ocasione al mismo tiempo un daño al ser humano.

Como corolario de las ideas que venimos exponiendo, es importante señalar que nuestra Corte Suprema ha reconocido expresamente la *autonomía del daño ambiental* con respecto al daño inferido a la persona, al punto que en un emblemático fallo -como lo denomina una autora⁵⁴⁵- condenó a unos particulares a la reparación del daño ambiental que habían ocasionado en bienes de su propiedad. Expreso nuestro máximo tribunal en dicha ocasión:

*"Quinto: Que tal como se razonó en el fallo de casación, el Estado de Chile reviste la calidad de directamente afectado atendida la especial situación jurídica de la especie vegetal sobre la cual recayó el daño, ya que por haberse declarado el alerce como Monumento Natural con las consecuencias que ello implica, tanto su tala como su explotación se encuentran prohibidas..."*⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de impacto ambiental...", cit., pág. 80.

⁵⁴⁵ Cfr. DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 49.

⁵⁴⁶ Excma. Corte Suprema, causa rol 5027 - 2008, sentencia de fecha 31-18-2012, caratulada "Claudio Fernández Farfán y otros con Servicio de Salud de Arica" (considerando 5º sentencia de reemplazo).

Bajo este enfoque, en todo caso, no se desconoce que *la persona* sea el centro neurálgico de todo el Derecho y que por ende esté presente en cada regulación debiendo ser su protección el fin último de toda normativa.⁵⁴⁷ Resulta evidente que es el *ser humano* quien justifica la existencia del Derecho y, en consecuencia, toda institución jurídica encuentra su fundamento último en la protección de éste -aunque sea de aquel que vivirá en un futuro lejano-.⁵⁴⁸

Ni mucho menos pretendemos sostener una tesis como la de STUTZIN, postulando que se reconozca a la naturaleza como persona jurídica o sujeto de derechos⁵⁴⁹, pero entendemos que el problema no puede ser analizado desde esa protección indirecta o sumamente remota al ser humano, pues como se expresaba en el ejemplo de las ballenas y el plesiosauro, el medio ambiente y sus componentes pueden representar un valor en sí mismos, con prescindencia de la protección -insistimos directa o indirecta- que preste a los seres humanos, al menos a las generaciones actuales.⁵⁵⁰

⁵⁴⁷ En tal sentido, nos parecen mucho más elocuentes, que nuestras propias explicaciones, las palabras de un célebre novelista vallisoletano quien expresaba: "*En la naturaleza apenas cabe el progreso. Todo cuanto sea conservar el medio es progresar; todo lo que signifique alterarlo esencialmente es retroceder (...)* Y la destrucción de la Naturaleza no es solamente física, sino una destrucción de su significado para el hombre, una verdadera amputación espiritual y vital de éste. Al hombre ciertamente se le arrebató la pureza del aire y del agua, pero también se le amputa el lenguaje, y el paisaje en el que transcurre su vida, lleno de referencias personales y de su comunidad. Es convertido en un paisaje impersonalizado e insignificante". Cfr. DELIBES, Miguel, *S.O.S (el sentido del progreso desde mi obra)*, Destino, Barcelona, 1976, págs. 49 y 77.

⁵⁴⁸ Es a partir de esta premisa que una autora, para justificar su tesis referida a la idoneidad de la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental se pregunta: "Y a la postre, ¿para qué se protegen las condiciones ambientales sino es para proteger a la persona misma y sus bienes?". Cfr. JORDÁ CAPITÁN, Eva, "La dicotomía daños ambientales...", cit., pág. 103. Pero dicha concepción nos parece más bien un sofisma, pues como se explica más arriba la cuestión estriba en que el medio ambiente requiere protección con prescindencia si se afecta o no un interés particular, y en tal sentido, no siempre será la tutela de la persona humana lo que subyacerá a ella.

⁵⁴⁹ Por todos, Vid. STUTZIN, Godofredo, "Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza", en *Revista Ambiente y Desarrollo*, vol. 1, N° 1, (1984), págs. 97-114.

⁵⁵⁰ Contra esta tesis, como se ha visto, Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño y responsabilidad...", cit., págs. 168-169. Sin perjuicio de la autorizada voz que representa este autor en la doctrina nacional, en este punto nos permitimos discrepar de las conclusiones a las que arriba en el trabajo citado, por cuanto juzgamos se apartan del texto expreso de la LBGMA y no se ajustarían a su espíritu.

Finalmente, juzgamos que lo dicho en precedencia es una consecuencia nomotética de la circunstancia de ser el daño ambiental aquel que sólo es inferido al medio ambiente, por cuanto "si se considera que el medio ambiente, en cuanto tal, constituye un bien que no pertenece a ninguna persona en particular, que es de titularidad colectiva o *erga omnes*, resulta lógico esperar que la noción de daño ambiental no esté referida a bienes individuales de un sujeto de derecho (como la propiedad o el patrimonio) sino a bienes exclusivamente ambientales".⁵⁵¹

En efecto, al afirmar que:

"De lo anterior pueden extraerse las siguientes conclusiones: (-) No existirá daño ambiental y, por ende, responsabilidad civil, si el supuesto deterioro del medio ambiente no produce perjuicio a una o más personas, sean jurídicas o naturales; (-) No podrán considerarse daños ambientales susceptibles de generar responsabilidad aquellos que afecten sólo a recursos físicos, especies animales o vegetales, ni tampoco a sujetos sin existencia actual, como las generaciones futuras o la naturaleza, o parques naturales, etc.; (-) tampoco se considerarán daños ambientales los perjuicios que no lesionen el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino otros derechos, como el de propiedad, de libre iniciativa económica, de igualdad ante la ley, etc...".

El destacado profesor, postula una tesis que subordina la protección del medio ambiente única y exclusivamente a la afectación del ser humano, lo cual, contradice el propio espíritu de la LBGMA según hemos visto a lo largo de esta investigación, pero también contraviene previsiones legales expresas, como la del artículo 55 de la LBGMA que regula un supuesto donde puede haber responsabilidad ambiental sin responsabilidad civil, ambas, o sólo esta última.

Asimismo, contraría el tenor expreso del artículo 1 de la LBGMA, que dispone que ésta ley regula (i) el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; pero también, (ii) la protección del medio ambiente -así, sin apellido-; (iii) la preservación de la naturaleza -sin especificar un fin determinado como lo sería la protección del ser humano; y (iv) la conservación del patrimonio ambiental. De hecho, según hemos adelantado y se desarrollará algunos acápite más abajo, lo que no regula la LBGMA, es precisamente, los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*.

Finalmente, y en todo caso, el autor que venimos citando reconoce que "no obstante, la valoración del medio ambiente como un interés colectivo, que potencialmente puede llegar a afectar a las generaciones futuras, está abriendo un cauce idóneo para la calificación del daño ambiental como un concepto autónomo" (Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de impacto ambiental...", cit., pág. 82.), de tal suerte que incluso al exponer su tesis a finales de los 90, ya advertía que la dogmática de la época reconocía la autonomía del daño ecológico puro con respecto a los daños civiles que tenían como antecedente un daño ambiental.

⁵⁵¹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., pág. 400.

1.2. El resultado lesivo que configura el daño ambiental: "pérdida, disminución, detrimento o menoscabo"

Lo primero que podemos destacar de la definición de la LBGMA es que la misma, al especificar en qué consiste el daño ecológico puro, utiliza la conjunción disyuntiva "o". En tal sentido, se debe mencionar que el resultado lesivo inferido al medio ambiente puede ser, tanto la pérdida, cuanto la disminución, el detrimento o el menoscabo de éste o de alguno de sus componentes.

En este sentido, el significado de las voces empleadas por la norma, a la luz de las definiciones que de las mismas proporciona el DRAE, son bastante similares y en general unas se usan para explicar a las otras, razón por la cual no es muy claro que puedan distinguirse entre ellas. Debido a esto, creemos que al parecer el legislador simplemente quiso describir las distintas formas con las cuales se puede enunciar el significado de un daño por sus efectos, más que establecer un catálogo diferenciado de las formas que puede revestir un daño ambiental.⁵⁵²

Por ello, pensamos que lo fundamental, como indica BERMÚDEZ SOTO, "es destacar que no importa la forma en que se presente el daño para que surja la responsabilidad. Es decir, no importa que se trate de la pérdida de una especie o la disminución de un recurso natural o el detrimento de un sitio arqueológico, toda manifestación dañosa para el medio ambiente o para alguno de sus elementos queda comprendida en la definición de daño ambiental".⁵⁵³

1.3. La entidad del daño ambiental en la LBGMA: éste debe ser "significativo"

1.3.1. Antecedentes preliminares e importancia del carácter significativo como exigencia del daño ambiental

⁵⁵² Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad...", cit., págs. 163.

⁵⁵³ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., pág. 401.

Probablemente el elemento más relevante que proporciona la definición de daño ambiental sea que la aludida pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, para que pueda configurar un daño ecológico puro en los términos contemplados por la LBGMA, debe ser *significativa*.

En efecto, el tema representa a nuestro juicio una importancia determinante por cuanto permitirá delimitar y precisar en forma rigurosa y cabal cuándo estamos en presencia de un daño ambiental y cuándo en presencia de otro fenómeno jurídico que, no obstante también producir efectos lesivos para el medio ambiente, no debe ser atacado -o regulada su reparación- mediante el mecanismo de la responsabilidad, sino a través de otras herramientas que el ordenamiento jurídico ambiental ha dispuesto para tales efectos.^{554,555}

En este sentido, una primera consecuencia que se sigue de la exigencia en comento que debe reunir el daño ambiental, es que el régimen no regula la reparación de cualquier tipo de daño inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, sino sólo aquel que califica dentro de los lindes de la definición que proporciona la LBGMA, esto es, aquél que reúne esa especial característica o nota distintiva que dicho cuerpo legal adjetivó como *significativo*.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ VALENZUELA FUENZALIDA indicaba hace varios lustros: "la exigencia de que los efectos sobre el medio ambiente tengan carácter significativo restringe el ámbito del daño ambiental. La referencia al medio ambiente, en cambio, lo amplía, hasta el límite mismo de la realidad biogeofísica". Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El Derecho ambiental...*, cit., pág. 318.

⁵⁵⁵ Los otros mecanismos a los que hacemos alusión son, eminentemente, el *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* (regulado en el Párrafo 2, del Título I, artículos 8 a 25 sexies de la LBGMA); *Las normas de Calidad Ambiental y de Preservación de la Naturaleza y Conservación del Patrimonio Ambiental* (regulada en el párrafo 4, artículos 32 a 39 del mismo cuerpo legal); *Las normas de emisión* (reguladas en el Párrafo 5); *Los planes de Manejo, Prevención o descontaminación* (regulados en el Párrafo 6, artículos 41 a 48 de la LBGMA); y el *régimen administrativo sancionador ambiental* (regulado en la LOSMA).

⁵⁵⁶ En Europa, el régimen establecido por la Directiva 2004/35/CE y las leyes que la han transpuesto, sigue un criterio similar. Así, en España, por ejemplo, se ha dicho "el daño a reparar es el daño significativo, no sólo desde el punto de vista ambiental, sino, también, jurídico. La legislación es la que califica el daño que tiene relevancia. En unos casos, como la responsabilidad ambiental, fija como definición de daño «*el cambio adverso mensurable* a un servicio de recursos naturales, tanto si se

El problema, como podrá advertirse fácilmente, es que la voz *significativo* corresponde a un *concepto jurídico indeterminado*^{557,558}, por utilizar una "expresión

producen directa como indirectamente». Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho ambiental...*, cit. pág. 287. Asimismo, justificando la adopción de este criterio, se ha señalado que "para que el daño sea reparado no es suficiente con que sea cierto, además, debe presentar una cierta relevancia. No sería en absoluto realista afirmar que cualquier alteración del medio natural por el hombre constituye un daño ecológico, de la misma forma que tampoco parece razonable en términos de justicia ecológica relegar al campo de la responsabilidad por daños al medio ambiente únicamente los atentados de gran magnitud. En este sentido, la Directiva sobre responsabilidad medioambiental exige el carácter «significativo» del daño ambiental." Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucía, "La Ley de Responsabilidad medioambiental en el marco del derecho de la Unión Europea", en Blanca Lozano Cutanda (coordinadora), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medio Ambiental. Ley 26/2007, de 23 de octubre*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pág. 104. Con respecto a la calificación de un daño como significativo, la doctrina española ha entendido que dicho carácter "no parece aludir a una especial gravedad, sino que viene a ser sinónimo más bien de «relevante» o «perceptible» desde el punto de vista ambiental o de la salud de las personas". Cfr. VALENCIA MARTÍN, Germán, ob. cit., pág. 28. En todo caso, en el caso español es la propia Ley (artículo .1), su anexo I y el Reglamento que la desarrolla parcialmente (artículos 15 a 19) los que establecen los criterios según los cuales se entenderá que un daño es significativo en consideración al recurso ambiental que es afectado.

⁵⁵⁷ Como explican GARCÍA ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, "por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las Leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los dieciocho años; el plazo para interponer los recursos de reposición o dealzada es de un mes; la jubilación se declarará al cumplir el funcionario sesenta y cinco o setenta años. El número de años, o el número de días así precisados, están perfectamente determinados y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (una vez precisado por la Ley el modo del cómputo y efectuada la prueba correspondiente) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la Ley refiere una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Así, procederá también la jubilación cuando el funcionario padezca incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones; buena fe; falta de probidad. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. La Ley utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales *sólo permiten una «unidad de solución justa» en cada caso*, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por

importada hace tiempo de la dogmática alemana en virtud de la cual se hace referencia a los casos en que la ley describe el supuesto de hecho... a través de conceptos abstractos que sólo pueden ser concretados de manera práctica".⁵⁵⁹

De tal suerte que si bien el texto legal nos indica que el daño ecológico puro para ser tal requiere reunir esta nota distintiva, sin embargo omite precisar cómo debe entenderse en concreto tal característica. Es por ello, que la primera labor que se debe acometer al respecto es la de intentar precisar los alcances del término o al menos proporcionar los parámetros según los cuales se puede lograr esa tarea.

Asimismo, como indicábamos algunas páginas más atrás, la exigencia de reunir el daño ambiental la condición de *significativo* es relevante para distinguirlo de otros fenómenos que si bien ocasionan efectos lesivos en el medio ambiente no corresponden a daños ecológicos puros propiamente tales. En este sentido, la

tanto, y no de volición." Cfr. GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 15ª edición, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 482.

⁵⁵⁸ Para un estudio detallado sobre los *conceptos jurídicos indeterminados*, Vid. SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, págs. 67 y ss. y, especialmente, 191 y ss.; MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal (1894-1983)*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 230 y ss.; BULLINGER, Martín, "La discrecionalidad de la Administración pública. Evolución, funciones, control judicial», en *La Ley*, IV, (1987), págs. 896 y ss.; PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 70 y ss. y 96 y ss.; del mismo autor, "La intensidad del control judicial de la Administración Pública: el juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad", en *Revista de Derecho Administrativo* (Buenos Aires), núms. 15/16, 1994, págs. 59 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 126 y ss.; BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 27 y ss.; ATIENZA, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, (1995), págs. 21 y ss.; BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 160 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1998, págs. 232 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1999, págs. 66 y ss.; CIRIANO VELA, Cesar David, *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 121 y ss.; MAGIDE HERRERO, Mariano, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, págs. 247 y ss.

⁵⁵⁹ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 92

mentada exigencia permite diferenciar a los daños ambientales de otros acaecimientos de incidencia ambiental como lo son la *contaminación*⁵⁶⁰ y los *impactos ambientales*.⁵⁶¹ Lo importante, como afirma KRÄMER, es que “podría muy bien sostenerse que, puesto que todas las actividades humanas producen un deterioro ambiental, no tiene mucho sentido establecer la regla de que cualquier deterioro debe ser rectificado”.⁵⁶²

1.3.2. Ausencia de criterios o parámetros elaborados para la determinación del carácter significativo del daño infligido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes

Tradicionalmente, la doctrina ha pretendido elucidar el contenido o real alcance del carácter *significativo* que debe poseer el daño ambiental acudiendo a la definición que sobre dicho concepto proporciona el DRAE.^{563,564} Posteriormente, y a partir de ello, concluyen que lo que la LBGMA ha querido establecer es que la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo que sufre el medio ambiente debe ser

⁵⁶⁰ Definida en el artículo 2 letra c) de la LBGMA como: "La presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente".

⁵⁶¹ Definido en el artículo 2 letra k) de la LBGMA como: "la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada".

⁵⁶² Cfr. KRÄMER, Ludwin, *Derecho ambiental y tratado...*, cit., pág. 95. En todo caso, el autor manifiesta esta opinión como una crítica al principio de *corrección de los daños ambientales preferentemente en su fuente* y no en consideración al carácter de *significativo* que deben reunir los daños ambientales. De hecho, en la mentada crítica parece olvidar que no todos los daños pueden ser calificados como ambientales, precisamente, porque deben reunir el requisito de ser *significativos*.

⁵⁶³ Por todos, Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad...", cit., págs. 165-166.

⁵⁶⁴ El Diccionario de la Real Academia Española define el concepto como: *significativo*, va.

(Del lat. *significatīvus*).

1. adj. Que da a entender o conocer con precisión algo.

2. adj. Que tiene importancia por representar o significar algo. (Cfr. Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 23ª edición, S.L.U. Espasa Libros, Madrid, 2014).

de una cierta *relevancia* o *importancia* para ser considerado como un *daño ambiental*.⁵⁶⁵

Pero el inconveniente que presenta esa forma de abordar el problema, es que explica la voz *significativo* mediante una tautología: es significativo el daño ambiental cuando es importante o relevante, esto es, cuando no es insignificante. Consecuencialmente, con ello se omite determinar o al menos precisar bajo qué criterios un daño será "importante", "relevante", "significativo". En definitiva, se explica un concepto jurídico indeterminado a través de otros conceptos jurídicos indeterminados (¿qué es "importante" o "relevante"?).

Tal vez a esto se deba que incluso la doctrina chilena más autorizada en Derecho ambiental se haya limitado a indicar que "debido, por otra parte, a que la ley no contiene parámetros que permitan una calibración objetiva de la significación de los daños infligidos al medio ambiente, esta determinación queda entregada en definitiva a lo que resuelvan al respecto los jueces del fondo, con el margen de subjetivismo y de imprevisibilidad que ello conlleva".⁵⁶⁶

En cualquier caso, no es posible dejar de mencionar en este punto el riguroso trabajo de DELGADO SCHNEIDER quien, -sin perjuicio de poseer algunas conclusiones diversas a las de este trabajo (fundamentalmente que la autora sostenga que la responsabilidad regulada en la LBGMA es de naturaleza *civil extracontractual* sin matiz alguno)-, realiza un esfuerzo muy interesante para describir el *status quaestionis* del problema y proporcionar algunos criterios que permiten dotar de contenido al concepto en estudio en tanto carácter que debe reunir la pérdida,

⁵⁶⁵ Al respecto, afirma un autor: "desde luego, como leemos en la definición, no es cualquier menoscabo, detrimento, disminución o pérdida ocasionada al medio ambiente lo que puede catalogarse como daño, sino que éste, para que sea tal, debe ser significativo, es decir, importante, trascendente, como lo expresa el *Diccionario de la Lengua Española*: que tiene importancia por representar o significar algún valor". Cfr. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental...*, cit., pág.160.

⁵⁶⁶ Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El Derecho ambiental...*, cit., pág. 318. Es la misma opinión que sigue GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *Derecho Ambiental...*, cit., pág. 179.

detrimento o menoscabo que sufre el medio ambiente o uno o más de sus componentes para ser considerado como un daño ambiental.

En tal sentido, la autora expresa que: "en realidad en Chile sí existen [parámetros para que el juez califique un daño de *significativo*] pero en la regulación del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). En efecto, para evaluar si un proyecto debe ingresar mediante un Estudio de Impacto Ambiental, varias causales deben analizarse según produzca o no el proyecto alteraciones significativas en base a criterios absolutamente transportables a la sede judicial".⁵⁶⁷

En este escenario, y en plena sintonía con esta concreta proposición que formula DELGADO SCHNEIDER -a la cual sí nos adscribimos plenamente-, en los párrafos que siguen intentaremos proporcionar los criterios que, a nuestro entender, sirven para construir dogmáticamente el concepto en estudio. Dicha tarea la realizaremos a partir de los postulados efectuados, tanto por la jurisprudencia -en la labor práctica que ha llevado a cabo al conocer los juicios en que se impetró una acción ambiental- cuanto por los principios generales del Derecho ambiental que hemos estudiado en este trabajo.

1.3.3. La configuración del elemento significativo a la luz de la jurisprudencia y los principios que informan el Derecho ambiental

Como hemos dicho anteriormente, la *voz significativo* corresponde a un *concepto jurídico indeterminado*. Consecuentemente, es un concepto legal que debe ser dotado de contenido necesariamente en la práctica, dado que, como expresan unos autores, "la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de

⁵⁶⁷ Cfr. DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 54. Continúa esta autora indicando "por ejemplo, para evaluar si un proyecto o actividad genera o presenta efectos adversos significativos sobre la «cantidad» y «calidad» de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire..., el Reglamento del SEIA enlista más de 20 criterios (artículo 6) y otro tanto ocurre para evaluar si el proyecto o actividad genera alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (art. 8) o alteración significativa, en términos de «magnitud» o «duración», del valor paisajístico o turístico de una zona (art.10 -hoy la referencia debe ser entendida al artículo 9-)".

aplicación de la Ley puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas".⁵⁶⁸

Habida consideración de lo anterior, en el caso en estudio, creemos que cualquier propuesta que se quiera formular referente a proveer criterios más o menos objetivos que sirvan de guía para determinar cuándo estamos en presencia de un daño ambiental *significativo*, debe observar, analizar y considerar cómo y de qué forma ha resuelto la jurisprudencia nacional esta cuestión, integrando dichas conclusiones con los preceptos que imponen los principios generales del Derecho ambiental.

De esta forma, nuestra propuesta se fundamentará, precisamente, en aquellos criterios que hemos extraído de los fallos de nuestros tribunales, *aderezados* con las pautas que los principios que hemos analizado en este trabajo imponen.

Finalmente, antes de dar paso a nuestro análisis, permítasenos una última advertencia. Juzgamos relevante informar al lector que los fallos estudiados dan cuenta de que en muchas ocasiones y al igual como ocurre con nuestra doctrina mayoritaria, nuestros tribunales superiores de justicia no determinan el alcance del elemento "*significativo*", que debe poseer el daño ambiental, a través de parámetros o criterios más o menos objetivos, sino a través de otros conceptos jurídicos indeterminados como lo son la *relevancia*; la *importancia*, o incluso la *gravedad*.⁵⁶⁹

En efecto, la jurisprudencia estudiada muestra que para nuestro máximo tribunal, en diversas ocasiones, el carácter de *significativo* importa que el daño

⁵⁶⁸ Cfr. GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I..., cit., pág. 483.

⁵⁶⁹ Contraria a esta última calificación, la *gravedad*, DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 53, quien grafica su disconformidad haciendo alusión a un fallo pronunciado por nuestra Corte Suprema donde se utilizó el concepto *gravedad* como requisito del daño ambiental. Empero, como veremos a continuación en este acápite, nos parece que en dicha oportunidad los sentenciadores han utilizado el término como un sinónimo más de la voz *significativo*.

ambiental posea *relevancia*, lo cual, según hemos dicho, no es más que definir un concepto jurídico indeterminado mediante otro de igual naturaleza.

Así, verbigracia, se lee en una sentencia muy reciente de nuestra Corte Suprema:

Duodécimo: Que, ahora bien, en el marco del postulado de orden sustantivo del recurso y en la eventualidad de concurrir los demás presupuestos fáctico-jurídicos de la responsabilidad específicamente invocada que no han sido materia de impugnación, es pertinente consignar el artículo 2º de la Ley Nº 19.300, cuya infracción se denuncia, describe el daño ambiental como “Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes. En esta definición legal cabe destacar el requerimiento consistente en que el daño ambiental debe ser significativo. Al efecto es necesario traer a colación el siguiente análisis doctrinario: “La exigencia de que los efectos sobre el medio ambiente tengan carácter significativo restringe el ámbito del daño ambiental. La palabra significativo conlleva la idea de una cierta valoración negativa mínima para el medio ambiente, de tal manera que los daños cuya entidad se encuentren por debajo de ese minimum no constituyen daño ambiental, aunque comparten un cierto grado de pérdida, disminución, detrimento o menoscabo para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes. Debido, por otra parte, a que la ley no contiene parámetros que permitan una calibración objetiva de la significación de los daños infligidos al medio ambiente, esta determinación queda entregada en definitiva a lo que resuelvan al respecto los jueces del fondo, con el margen de subjetivismo y de imprevisibilidad que ello conlleva. (Rafael Valenzuela Fuenzalida, “El Derecho Ambiental, presente y pasado, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pág. 318).

Decimotercero: Que de este modo es preciso considerar que el concepto de la significancia (sic) del daño no concurre, puesto que no se establecieron elementos fácticos que sustenten que el daño invocado se trate de un deterioro

*relevante, en este caso, al área que constituye la zona declarada típica y de conservación histórica donde se encuentra ubicado el inmueble.*⁵⁷⁰

Como se advierte, en este caso, los sentenciadores indican que el requisito de ser el daño significativo no concurre, dado que no existen antecedentes que demuestren que el "deterioro es relevante", pero no se indica qué debe ser entendido ni por *daño significativo* ni por *daño relevante*. Tampoco, se proporcionan los criterios o caracteres necesarios para determinar ese *mínimum* del que habla la doctrina que cita el fallo.

Visto lo anterior, podemos abocarnos a la labor que venimos anunciado, esto es, la de proponer una serie de criterios que creemos pueden ser de utilidad o servir como guía uniformadora tanto a jueces, juristas o abogados que se vean enfrentados a la necesidad de evaluar y establecer si una determinada pérdida, disminución detrimento o menoscabo inferida al medioambiente o a uno de sus componentes puede ser o no calificada como *significativa* y, en consecuencia, como un daño ambiental en los términos de la LBGMA.

1.3.3.1. Primer criterio: si el daño ambiental (actuando como medio transmisor de la actividad dañosa) ocasiona a su vez un daño o afectación a la salud de las personas

⁵⁷⁰ Excma. Corte Suprema, causa rol 21.327 - 2014, sentencia de fecha 20-11-2014, caratulada "Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena". En un sentido similar se resuelve en otra sentencia, donde la Corte de Apelaciones de Santiago recogiendo la doctrina existente en la materia, dispone:

"Décimo: Que, en lo que se refiere a la aplicación de las normas de responsabilidad contenidas en la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, es preciso considerar los conceptos señalados en la misma, que permiten descartar en el presente juicio la existencia de un daño ambiental por faltar la relevancia, entidad, gravedad o significación de la contaminación que se atribuye a la demandada...

Undécimo: Que, de acuerdo a la definición legal de daño ambiental recién transcrita, se ha señalado: "Desde luego, como leemos en la definición, no es cualquier menoscabo, detrimento, disminución o pérdida ocasionada al medio ambiente lo que puede catalogarse como daño, sino que éste, para que sea tal, debe ser significativo, es decir, importante, trascendente, como lo expresa el Diccionario de la Lengua Española: que tiene importancia por representar o significar algún valor (Fernández, Pedro, «Manual de Derecho ambiental chileno», segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 127)". (Vid. Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 9052 - 2001, sentencia de fecha 20-04-2007, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/640/2007; J4561/2007).

Como se ha dicho en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, puede ocurrir que un mismo hecho (acción u omisión) ocasione tanto un daño ecológico puro, cuanto un daño civil a un particular. Es decir, un mismo hecho puede ocasionar una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o uno o más de sus componentes, pero también, y al mismo tiempo, un daño patrimonial (propiedad, bienes, etc.) o extrapatrimonial (salud, integridad, etc.) a una o varias personas.

En esta última hipótesis, lo que ocurre es que el daño ambiental actúa sólo como un medio transmisor de los efectos lesivos que la actividad dañosa ocasiona a un individuo, opera como una causa física que lógicamente no permite por sí sola ser un factor jurídico de imputación de un resultado.⁵⁷¹ Es, en definitiva, un medio que permite que una determinada acción ocasione un daño civil.

Para clarificar el punto, expongamos un ejemplo que permitirá graficar la hipótesis a la que nos referimos:

Un individuo vierte, negligentemente y sin autorización, sustancias deletéreas a un río, contaminándolo. A su vez, dicho río suministraba el agua que bebían un grupo de habitantes de un poblado aledaño, quienes resultaron intoxicados por la ingesta del líquido.

Como se aprecia, en este ejemplo es posible distinguir claramente dos tipos de daños -uno ambiental (la contaminación del río) y otro civil (la afectación de la salud de las personas)-, que emanan de un mismo acto ilícito -el vertimiento de sustancias tóxicas en el río-.

Consecuentemente, surgen dos tipos de responsabilidades para el sujeto que efectuó el vertimiento: una “responsabilidad” por el daño ecológico puro que ocasionó y otra “responsabilidad” por los daños civiles que infligió a los pobladores.

⁵⁷¹ Vid. infra (apartado 2, de este capítulo).

Luego, para perseguir dichas responsabilidades en el sujeto pasivo respectivo, obligándolo a reparar e indemnizar los daños ocasionados respectivamente, se deberá, ante todo, determinar la concurrencia de los presupuestos necesarios para imputarle los resultados lesivos.⁵⁷²

Pues bien, frente a situaciones como las descritas, pensamos que uno de los principales criterios que deben ser utilizados para determinar si la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido al medio ambiente o uno o más de sus componentes es *significativa*, es verificar si dicho daño ambiental (actuando como medio transmisor o, en otras palabras, como un elemento físico de la causalidad) permite o contribuye a que se genere, a su turno y como en el ejemplo, un daño civil que se traduzca en una lesión o amenaza a la salud e integridad de las personas. Dicho en palabras sencillas, -aunque algo imprecisas a nuestro juicio- "si el daño ambiental ocasiona un daño a la salud".⁵⁷³

⁵⁷² Así, es posible advertir en el ejemplo propuesto la presencia de:

- los presupuestos de la *responsabilidad ambiental*, que serán: (i) una *acción*, en este caso el vertimiento de las sustancias tóxicas; (ii) un *daño ambiental*, en este caso la contaminación del río; (iii) la *relación de causalidad*, que se verificará por cuanto la contaminación del río es una consecuencia directa del vertimiento de las sustancias deletéreas (elemento físico o naturalístico de la causalidad) y, en consecuencia, jurídicamente ese resultado lesivo será imputable al autor de dicho acto (elemento normativo de la causalidad); y (iv) la culpabilidad que se verifica en el ejemplo en que el vertimiento fue efectuado en forma negligente y sin autorización.

- los presupuestos de la *responsabilidad civil*, que serán: (i) la acción, que al igual que en el caso del daño ambiental consiste en el vertimiento de las sustancias tóxicas; (ii) el daño civil o tradicional, que será el daño a la salud de los habitantes del poblado por resultar intoxicados al beber el agua contaminada; (iii) la relación de causalidad, que se verificará dado que la intoxicación de los habitantes del poblado (el daño a su salud) es consecuencia directa no solo del vertimiento de sustancias deletéreas al río, sino además de la contaminación de éste (los elementos físicos de la causalidad) y, por ello, ese resultado lesivo será jurídicamente imputable al autor de dicho acto (elemento normativo de la causalidad); y (iv) la culpabilidad, que se verifica dado que el vertimiento fue efectuado de forma negligente y sin autorización.

⁵⁷³ Algunas páginas más adelante, desarrollaremos con detención la idea según la cual resulta impreciso afirmar que es el "daño ambiental el que ocasiona el daño civil", indicando, fundamentalmente, que el daño ecológico puro no puede "actuar" como un victimario, y en tal sentido lo propio es indicar que el daño civil es ocasionado o es consecuencia del mismo hecho que produjo el daño ambiental.

Así lo reconoció nuestra Corte Suprema en un fallo en el que sin perjuicio de invalidar una sentencia pronunciada por la I. Corte de Apelaciones de Concepción, hace suyos los considerandos primero a noveno de dicha sentencia⁵⁷⁴ entre los cuales se dispone:

*7.- ... Y la otra, que, en la especie, el daño al elemento agua, de una vertiente y de Esteros, el Estero Patagual, el Quetra y el Pilco, se vincula directamente con la salud de las personas, las que empleaban esa agua para el consumo; y al respecto conviene tener presente que en la historia de la ley 19.300 queda de manifiesto que esta circunstancia siempre se consideró destacadamente relevante dentro del conjunto de daños ambientales.*⁵⁷⁵

También se reconoció así en otra sentencia del máximo tribunal -en el voto de disidencia de un fallo citado anteriormente en este trabajo, que corresponde a los Ministros PIERRY y SANDOVAL- donde se afirmó que nuestra legislación ambiental sí contempla una serie de criterios según los cuales se debería dotar de contenido a la voz *significativo*, siendo uno de ellos, precisamente, el de la afectación de la salud de las personas. Se señala por los disidentes en dicha oportunidad:

9º) Que si bien la ley no contiene parámetros para determinar esa significancia (sic), es posible comenzar señalando que la expresión “significativo de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española corresponde en su primera acepción a: “que da a entender o conocer con precisión algo y en la segunda a: “que tiene importancia por representar o significar algo. En palabras simples, lo que exige para la ley es una alteración importante.

⁵⁷⁴ Todos los criterios que se exponen en dicho fallo nos parecen atendibles y de gran valor al momento de precisar qué parámetros se deben utilizar para determinar si el daño ambiental es significativo, y en tal sentido celebramos que la sentencia pronunciada por la Corte Suprema, a pesar de haber invalidado la expedida por la I. Corte de Apelaciones de Concepción, haya mantenido el razonamiento que éste último tribunal efectuó al respecto.

⁵⁷⁵ Excma. Corte Suprema, causa rol N°10.884 - 2011, sentencia de fecha 4-12-2012, caratulada "Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes".

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

Daños a los recursos que importen la posibilidad de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o a las especies y hábitats naturales, en términos que se impida su conservación... ".⁵⁷⁶

Este criterio también fue fijado en el Reglamento del SEIA como uno de los parámetros que determinan que un proyecto ingrese a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental (EIA)^{577,578}, y no mediante una Declaración de Impacto Ambiental (DIA)⁵⁷⁹. En efecto, dispone el artículo 5 de dicho cuerpo normativo:

"Artículo 5.- Riesgo para la salud de la población.

El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera o presenta riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos...".

Finalmente, es uno de los criterios que se han seguido en el Derecho europeo para determinar cuándo algunos daños ambientales son significativos. Así lo

⁵⁷⁶ Excma. Corte Suprema, causa rol 21.327 - 2014, sentencia de fecha 20-11-2014, caratulada "Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena" (considerandos 9 y 10 del voto de disidencia).

⁵⁷⁷ Definido en el artículo 2 letra i) de la LBGMA como:

"Estudio de Impacto Ambiental: el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretende llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos".

⁵⁷⁸ Como se verá en el acápite siguiente, los parámetros que proporciona el Reglamento SEIA para determinar si una actividad debe ingresar al sistema de evaluación mediante un EIA -y no una DIA, lo cual en la lógica del sistema supone el cumplimiento de una serie de requisitos más rigurosos para su aprobación- es otro de los criterios que pensamos pueden ser utilizados para evaluar si un daño infligido al medio ambiente es o no un daño significativo.

⁵⁷⁹ Definida en el artículo 2 letra f) de la LBGMA como:

"El documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto se ajusta a las normas ambientales vigentes".

establece la Directiva 2004/35/CE en su artículo 2.1.c) -tratándose de la determinación del carácter significativo de los daños inferidos al elemento "suelo"- y en el Anexo I -tratándose de la determinación del carácter significativo del daño inferido a las especies y hábitats naturales protegidos-.^{580,581}

1.3.3.2. Segundo criterio: la irreversibilidad o la condición de irrecuperable del componente ambiental dañado

Un segundo criterio que estimamos podría ser utilizado para determinar si nos encontramos frente a un daño ecológico puro que revista el carácter de significativo, se refiere a aquellas hipótesis donde el medio ambiente o el componente ambiental dañado no pueda ser repuesto a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al daño ni tampoco restablecidas sus propiedades básicas. Esto es, en todas aquellas situaciones en que el daño ambiental sea irreversible o su reparación sea imposible de llevar a cabo en los términos dispuestos por el artículo 2 letra s) de la LBGMA, como ocurriría, verbigracia, con la extinción de una especie.

⁵⁸⁰ En efecto, dispone la Directiva 2004/35/CE:

"Artículo 2

Definiciones

1. «daño ambiental»:

c) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo".

"Anexo I

Criterios a que se refiere la letra A) del Punto I del Artículo 2

El carácter significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado de conservación que tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural. Los cambios adversos significativos en el estado básico deberían determinarse mediante datos mensurables como:

...

Los daños con efectos demostrados en la salud humana deberán clasificarse como daños significativos".

⁵⁸¹ Y es, desde luego, el criterio que ha adoptado el Derecho español en el artículo 2.d) y Anexo I de su Ley 26/2007 y en los artículos 16.3 y en el Anexo I.3 del Real Decreto 2090/2008.

En efecto, como se ha estudiado, el principio de reparación o corrección del daño ambiental preferentemente en su fuente, ordena que todo daño ambiental sea reparado ahí mismo donde ocurrió, esto es, *in situ*. Por ello, cuando dicha reparación no pueda llevarse a cabo en la fuente misma del daño (más no en sus causas⁵⁸²) nos parece estar frente a daños ecológicos puros de naturaleza significativa, es decir, frente a daños ambientales en los estrictos términos que dispone la LBGMA.

Este criterio ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia, donde se ha señalado:

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

*- La magnitud y cantidad del daño, considerando por ejemplo que sea irreversible o afecte elementos irremplazables..."*⁵⁸³

En un sentido similar, en uno de los fallos más interesantes en materia de daños medioambientales de los últimos años -nos referimos a la sentencia que condena a una empresa concesionaria de autopistas a la reparación de los daños ocasionados en el embalse Pitama⁵⁸⁴-, nuestra Corte Suprema resolvió la cuestión de la determinación de elemento significativo que debe reunir el daño ecológico puro en los siguientes términos:

"Trigésimo: Que habiéndose acreditado el cumplimiento de los primeros presupuestos de la responsabilidad de la demandada, debe constatar la

⁵⁸² Vid. supra (capítulo 4; 1.2.1).

⁵⁸³ Excma. Corte Suprema, causa rol 21.327 - 2014, sentencia de fecha 20-11-2014, caratulada "Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena" (considerando 9 del voto de disidencia).

⁵⁸⁴ Para un estudio en profundidad de las particularidades de este caso, Vid. BOETTIGER PHILIPPS, Camila, "Daño Ambiental: Las lecciones del caso «Embalse Pitama»", en VV.AA., *Sentencias Destacadas*, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2012, págs. 259-286; BOETTIGER PHILIPPS, Camila, "Embalse Pitama: Jurisprudencia de daño ambiental", en *Actualidad Jurídica*, Nº 24, (2011), págs. 405-423.

existencia de los perjuicios y la relación de causalidad con la conducta desplegada...

... cabe agregar que para evaluar la significación del daño ambiental no sólo deben considerarse parámetros técnicos que justiprecien el grado de contaminación específica en un momento dado de un determinado recurso natural, sino que debe analizarse cómo la conducta acreditada generará con certeza un daño que pueda ser calificado de significativo. Tal criterio se basa en que no resulta razonable esperar un mayor, grave e irrecuperable resultado lesivo para hacer lugar a una acción medioambiental que busca mitigar y reparar los efectos perjudiciales de una conducta sí afecta el medio ambiente de manera relevante y, por lo mismo significativa, cuando el propósito del legislador es precisamente la prevención de su acaecimiento".⁵⁸⁵

Un criterio análogo al anterior siguió la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al confirmar la sentencia pronunciada por el 2º Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt, en sentencia de 17 de enero del año 2001, que hace suyos los considerandos 25, 26 y 27 del fallo de primera instancia, y que en lo medular dispone:

"El concepto de daño significativo, a juicio de este juez, no dice relación sólo con su aspecto físico o material, sino como resulta en el caso de autos, la alteración de elementos irremplazables y de contexto arqueológico o científico que posibilitan el estudio y análisis de dichos sitios arqueológicos..."⁵⁸⁶

Para concluir este apartado, quisiéramos exponer otro ejemplo jurisprudencial -esta vez de un tribunal de primera instancia- el cual comienza señalando que el elemento *significativo* en estudio se refiere a la importancia que debe tener el daño ambiental, para luego afirmar que dicha importancia se verifica según el criterio en análisis, esto es, en la *irreversibilidad* del daño.

⁵⁸⁵ Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/3422/2011.

⁵⁸⁶ Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, causa rol N° 11.652 - 2003, sentencia de fecha 2-04-2004, caratulada "Fisco de Chile con Cía. Industrial Puerto Montt S.A."

En efecto, así lo resuelve una sentencia del año 2002 -no recurrida-, pronunciada por el 2º Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt⁵⁸⁷, donde se indica:

"Décimo Cuarto: Que, teniendo presente el concepto de daño ambiental establecido en el considerando precedente, a través de la prueba rendida en autos, se encuentra establecido que el Sector de la Ribera Norte del Lago Coihúin, así como el predio Buen Amigo Coihúin, han sufrido un daño de carácter significativo en los términos antes señalados...

... concluye que se ha producido un daño ambiental en el sector antes indicado puesto que ha existido una tala de bosque y erosión de la ribera del Lago que ha afectado de manera irreversible los sitios antes señalados, pues al cortarse el bosque y en especial la vegetación del borde del Lago en al menos un kilómetro, se ha producido arrastre de sedimentos al Lago formando cárcavas, es decir, canaletas que se forman por arrastre de material alterando artificialmente el curso de las aguas. Igualmente, acreditan que el daño es irreversible y significativo pues se alteró el ecosistema y además de carácter progresivo mientras el sector no sea reforestado...

Que, de esta forma se encuentra acreditada la afectación por parte de la demandada de la ribera del Lago Coihúin, hecho que la propia demandada ha reconocido en su contestación, por lo que a juicio del Tribunal ha quedado demostrado que tal intervención ha producido un daño significativo en los términos que establece la Ley de Bases del Medio Ambiente, pues se ha afectado de manera importante recursos naturales que configuran el ecosistema del Lago Coihúin, provocando la sedimentación del mismo y la erosión del suelo".⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ Cuya existencia hemos conocido por la referencia que efectúa DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 53, en consideración a que no se encuentra publicado.

⁵⁸⁸ Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt (2º), causa rol N° 2674 - 2000, sentencia de fecha 23-12-2002, caratulada "Fisco de Chile con Servitex S.A.".

1.3.3.3. Tercer criterio: las condiciones especiales del medio ambiente o del componente ambiental dañado o su representatividad

Un tercer criterio a utilizar en la labor de determinar si una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo infligida al medio ambiente o uno o más de sus componentes es de carácter *significativa*, dice relación con el análisis del recurso ambiental particular afectado en atención a sus especiales características.

En tal sentido, un daño ambiental será *significativo* cuando se dañen componentes del medio ambiente propios del país, que sean únicos, escasos o representativos y/o se amenace su permanencia o capacidad de regeneración. En efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 literal b) de la LBGMA, la *Conservación del Patrimonio Ambiental* consiste en el uso y aprovechamiento racional o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente que, precisamente, reúnan estas características.

Nuestra Corte Suprema se ha pronunciado al respecto, reconociendo el valor de este criterio en la determinación del elemento significativo del daño ambiental.

Así, por ejemplo, ha resuelto:

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

4.-... incluso, en algunos componentes del medio dañado puede ser considerado significativo no sólo en magnitud sino también en cuanto representativo del género al que pertenece el componente afectado, según se percibe de su examen, como se verá...

...7.- Que, asimismo, dentro del proceso de valoración, aun cuando algunos daños específicos acreditados pudieren considerarse de poca envergadura o tolerables, debe tenerse presente estas dos observaciones. Una que, estimados en conjunto, los perjuicios propinados al ambiente resultan claramente significativos, entendiendo este adjetivo tanto como magnitud no tolerable, como en el sentido de representativo (conferido por el Diccionario, como ya se dijo) para los elementos suelo, agua y flora.⁵⁸⁹

En esta misma línea, nuestro máximo tribunal resolvió en otra oportunidad que:

"Contrariamente a lo manifestado por los juzgadores, no resulta ser un factor determinante en la constatación del daño denunciado en estos autos la magnitud del volumen de las aguas extraídas desde los pozos que operaba la demandada y su posterior cotejo con la extracción total de aguas que realizan terceros en los acuíferos antes mencionados; y fue la carencia de tales datos lo que los condujo a desestimar esta acción ambiental.

En efecto, el requisito de que el daño tenga un carácter significativo no está sujeto a un aspecto de extensión material de la pérdida, disminución o detrimento para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes, sino que debe acudirse a una calibración de la significación de los deterioros infligidos a aquél.

... Tratándose entonces de un ecosistema de especial fragilidad, la pérdida de agua por una extracción no autorizada por los organismos técnicos que velan

⁵⁸⁹ Excma. Corte Suprema, causa rol N°10.884 - 2011, sentencia de fecha 4-12-2012, caratulada "Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes".

precisamente por su racional explotación ocasionará un menoscabo a dicho entorno, el que sólo puede valorarse como significativo. En este escenario no resultaba relevante, como pretende exigirlo el fallo cuestionado, conocer el cálculo exacto del volumen de las aguas extraídas por la demandada para verificar si se estaba provocando un daño ambiental. La afectación de la cuenca hidrogeológica afectada, atendida sus especiales características de vulnerabilidad, surge con evidencia si se constata la extracción de aguas subterráneas sin las debidas autorizaciones técnicas que velan precisamente por la conservación de recursos hídricos".⁵⁹⁰

Creemos que es de valor destacar que lo interesante de este último fallo, es que los sentenciadores estimaron que la magnitud del daño ambiental no es más que un criterio o parámetro referencial para determinar su carácter de significativo, por cuanto existen otros factores, tanto o más importantes, como las condiciones especiales del medio ambiente o componente ambiental dañado -en el caso en comento la fragilidad del ecosistema dañado- que, con prescindencia de la magnitud del daño, igualmente permiten considerar a la pérdida, detrimento o menoscabo ambiental como un daño ecológico significativo.

1.3.3.4. Cuarto Criterio: los parámetros que proporciona el Reglamento del SEIA para determinar si una actividad debe ingresar a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental

Como adelantábamos algunas páginas atrás, estos criterios son establecidos en la legislación ambiental -concretamente en los artículos 5 a 10 Reglamento del SEIA-, en relación a los efectos significativamente adversos que puede presentar un proyecto o actividad y en virtud de los cuales dicho proyecto deberá ingresar al sistema de evaluación mediante un EIA y no una DIA.

⁵⁹⁰ Excma. Corte Suprema, causa rol N° 5826 - 2009, sentencia de fecha 28-10-2011, caratulada "Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad" (considerando séptimo de la sentencia de casación).

En tal sentido, pensamos que se trata de criterios que, *mutatis mutandi*, pueden servir para determinar si el daño es o no *significativo*, sobre la base de que, como se verá al analizar el elemento culpabilidad⁵⁹¹, cuando la LBGMA habla de *efectos significativamente adversos*, a propósito de los EIA, hace referencia a fenómenos lesivos que se encuentran vinculados en una relación de *género a especie* con los daños ambientales.

Es decir, los *daños ecológicos puros* pueden, perfectamente, ser considerados como una *especie* del *género efectos significativamente adversos* mencionados en la LBGMA⁵⁹², o dicho en otras palabras, los primeros son daños previstos regulados por la ley *ex ante* -a través del Sistema de Evaluación Ambiental- y los segundos *ex post* -a través del mecanismo de la responsabilidad por daño ambiental-.

Consecuentemente, si ambos hechos lesivos comparten una naturaleza jurídica similar en la legislación ambiental, pensamos que es perfectamente posible utilizar los mismos criterios que el Reglamento del SEIA emplea para establecer *ex ante* cuando unos determinados daños ambientales serán significativos (efectos significativamente adversos),⁵⁹³ para determinar, *ex post*, cuando un determinado daño ambiental será también significativo.

Sobre este particular se ha pronunciado nuestra Corte Suprema reconociendo el valor de la aplicación de estos criterios, al disponer:

"9º)... Por ejemplo, deberá tomarse en cuenta "lo establecido en las normas de calidad y emisión chilenas (y si no existen, se podrán usar como referencia las vigentes en los Estados que se señalan en el artículo 7 del Reglamento); la

⁵⁹¹ Más adelante nos referiremos con mayor detención a la relación que existe entre los daños ambientales, cuya prevención y reparación es regulada por el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA y los *efectos significativamente adversos* cuya prevención y reparación es regulada por la LBGMA mediante el SEIA. Vid. *infra* (capítulo séptimo; 4.1.2.1).

⁵⁹² Vid. *infra* (capítulo séptimo; 4.1.2.1).

⁵⁹³ De manera de poder regularlos a través de los mecanismos que contempla (ingreso al SEIA mediante un EIA; implementación de medidas de reparación, compensación o mitigación; etc.).

composición, peligrosidad, cantidad y concentración de efluentes líquidos, residuos y de las emisiones a la atmósfera; la frecuencia, duración y lugar de las descargas de los efluentes líquidos y de emisiones a la atmósfera y dónde se manejan los residuos; la capacidad de disolución, dispersión, autodepuración, asimilación y regeneración de los recursos naturales renovables de vegetación nativa intervenida y/o explotada, así como su forma de intervención y/o explotación; la cantidad de fauna silvestre intervenida y/o explotada, así como su forma de intervención y/o explotación y su estado de conservación (en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas), la superficie de suelo susceptible de perderse o degradarse por erosión, compactación o contaminación, etc..."

... La necesidad de que conforme al artículo 11 de la Ley N° 19.300 un proyecto o actividad deba someterse al sistema de estudio de impacto ambiental, como en base a que éste produzca alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos o alteración significativa en términos de magnitud o duración del valor paisajístico o turístico de la zona.

10º) Que estos criterios de evaluación, como se dijo, ayudan a describir el concepto del daño significativo".⁵⁹⁴

Por su parte, en esta materia se debe señalar que el Reglamento del SEIA proporciona parámetros para:

(i) saber si una actividad o proyecto genera efectos significativamente adversos sobre la salud de la población (artículo 5)⁵⁹⁵;

(ii) saber si una actividad o proyecto genera efectos significativamente adversos sobre los recursos naturales renovables incluidos el suelo, agua y aire (artículo 6)⁵⁹⁶;

⁵⁹⁴ Excma. Corte Suprema, causa rol 21.327 - 2014, sentencia de fecha 20-11-2014, caratulada "Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena" (considerandos 9 y 10 del voto de disidencia).

⁵⁹⁵ Para tales efectos utiliza criterios tales como: la superación de los valores de las concentraciones y períodos establecidos en las normas primarias de calidad vigentes; la superación de los valores de ruido establecidos en la normativa ambiental, etc.

(iii) determinar cuándo ha existido una alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos (artículo 7)⁵⁹⁷;

(iv) determinar cuándo ha existido una afectación a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o territorios con valor ambiental (artículo 8)^{598,599};

(v) establecer cuándo ha existido una alteración significativa del valor paisajístico de una zona (artículo 9)⁶⁰⁰; y

(vi) establecer cuándo ha existido una alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural (artículo 10).^{601,602}

⁵⁹⁶ En este caso el Reglamento del SEIA recurre a criterios como: la pérdida del suelo o de su capacidad para sustentar biodiversidad por degradación, erosión, impermeabilización, compactación o presencia de contaminantes; la magnitud y duración del impacto del proyecto o actividad sobre el suelo, agua o aire en relación con la condición de la línea de base; el impacto generado por la utilización y/o manejo de productos químicos, residuos, así como cualesquiera otras sustancias que puedan afectar los recursos naturales renovables, etc.

⁵⁹⁷ En este evento, se utilizan criterios como: la intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural; la obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento, etc.

⁵⁹⁸ Para estas situaciones, se recurre a criterios tales como: la extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan. Para determinar si existe *una afectación a recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación humedales protegidos, glaciares o territorios con valor ambiental*: se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención de sus partes, obras o acciones, así como de los impactos generados por el proyecto o actividad, teniendo en especial consideración los objetos de protección que se pretenden resguardar.

⁵⁹⁹ Se debe notar que en este caso, el Reglamento del SEIA no habla de *alteración significativa*, sino sólo de alteración, lo cual nos hace suponer que la sola alteración de monumentos, sitios arqueológicos, etc., supone un *efecto significativamente adverso*.

⁶⁰⁰ En este caso el reglamento utiliza parámetros tales como: la duración o la magnitud en que se obstruye la visibilidad a una zona con valor paisajístico; la duración o la magnitud en que se alteren atributos de una zona con valor paisajístico, etc.

⁶⁰¹ Finalmente, tratándose de estos casos, el Reglamento del SEIA dispone criterios que atienden a: la magnitud en que se remueva, destruya, excave, traslade, deteriore, intervenga o se modifique en forma permanente algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N° 17.288; a la magnitud en que se modifiquen o deteriore en forma permanente construcciones, lugares, sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto

1.3.3.5. Otros criterios utilizados por la jurisprudencia

Para concluir este apartado, cabe señalar que en los diversos fallos estudiados, es posible advertir otra serie de criterios y baremos, para la determinación acerca de si el daño ambiental es significativo, que perfectamente pueden servir de guía según las circunstancias especiales que presente la casuística.

Criterios tales como, la magnitud del daño⁶⁰³, la intensidad del mismo⁶⁰⁴, la sinergia entre daños de poca envergadura que ocasionan un daño de mayor relevancia⁶⁰⁵, la permanencia del daño ambiental⁶⁰⁶ o la prevención de un daño significativo futuro.⁶⁰⁷

1.3.3.6. Otras propuestas formuladas por la doctrina

Finalmente, juzgamos de valor informar que existen autores que proponen otros criterios o baremos que, *mutatis mutandi*, podrían servir para perfilar los contornos de la característica de *significativo* que debe reunir el daño ecológico puro para ser tal.

histórico o por su singularidad pertenecen al patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena, etc.

⁶⁰² Al igual que en el caso indicado en la cita anterior, se debe notar que en este evento, el Reglamento del SEIA no habla de *alteración significativa*, sino sólo de alteración, lo cual nos hace suponer que la sola alteración de poblaciones, recursos, área protegidas, etc., supone un *efecto significativamente adverso*.

⁶⁰³ Excma. Corte Suprema, causa rol N° 21.327 - 2014, sentencia de fecha 20-11-2014, caratulada "Fisco de Chile con Arzobispado de la Serena"; Excma. Corte Suprema, causa rol 10.884 - 2011, sentencia de fecha 4-12-2012, caratulada "Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes".

⁶⁰⁴ Excma. Corte Suprema, causa rol 10.884 - 2011, sentencia de fecha 4-12-2012, caratulada "Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes".

⁶⁰⁵ Ídem.

⁶⁰⁶ Ídem.

⁶⁰⁷ Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/3422/201.1

En este sentido, BERMÚDEZ SOTO quien toma como parámetro una Ley ambiental alemana⁶⁰⁸ para formular una serie de criterios. En efecto, el autor propone como criterios diversos a los ya estudiados aquí: (i) forma, dimensión y duración del daño; (ii) apreciación respecto de un ciudadano promedio; (iii) la naturaleza del lugar; (iv) el consentimiento y tolerancia; y (v) las desventajas de la contaminación.⁶⁰⁹

Por su parte, GUZMÁN ROSEN piensa que los parámetros que proporciona, a propósito de las infracciones ambientales, el artículo 40 de la LOSMA pueden servir también para otorgarle contenido al concepto en estudio.⁶¹⁰

1.3.4. El carácter significativo del daño ambiental como elemento diferenciador de la responsabilidad civil extracontractual

Para concluir con estas líneas dedicadas a la precisión de los contornos del carácter *significativo* que debe reunir el daño ecológico puro para ser tal, nos parece de valor destacar que ésta es una particularidad más que permite demostrar que el régimen de responsabilidad por daño ecológico puro regulado en la LBGMA constituye un régimen autónomo del Derecho civil, o como hemos sostenido, un

⁶⁰⁸ Se trata de la Ley Federal Alemana de Protección contra las Inmisiones (*Bundesimmissionsschutzgesetz*).

⁶⁰⁹ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental...* 2ª edición, cit., pág. 404. Sobre el particular creemos que los criterios enunciados en los numerales i, iii, y v, resultan muy plausibles y perfectamente aplicables. Mientras que los criterios ii y iv, nos parecen más bien dudosos, por cuanto no es el *ciudadano promedio* el que tolerará (o deba tolerar) el daño, sino por el contrario el medio ambiente. En tal sentido, es perfectamente posible que un ciudadano promedio tolere perfectamente un determinado daño ecológico, pero que en términos ambientales dicho daño sea una catástrofe.

⁶¹⁰ Señala este autor, "lo «significativo» del daño ambiental -no definido en la ley- es una cuestión de hecho que en su momento tendrá que apreciar el tribunal. Aunque esta cualidad carece de conceptualización en la legislación, útil es mencionar algunos parámetros generales que, individual o conjuntamente, ayudan a discernir la adjetivación del daño como ambiental. Así, puede considerarse su magnitud geográfica; la cantidad de personas afectadas por el mismo; si, de acuerdo al artículo 2, letra s de la LBMA, la reparación posible del entorno se efectuará restituyéndolo a una «calidad similar» a la que tenía con anterioridad al daño generado, o solamente «restableciendo sus propiedades básicas»; e, incluso, como uno -no el único- de los elementos insertos en el contexto del siniestro, el grado en que, dado el caso, se haya infringido una determinada normativa general o especial. Otros parámetros los ofrece indirectamente el artículo 40 de la LSMA...". Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *Derecho Ambiental...*, cit., pág. 179.

régimen de naturaleza mixta, que comparte, a la vez, elementos de la responsabilidad del Derecho privado y del Derecho público, un auténtico *tertium genus* entre esos dos regímenes de la ciencia jurídica.

En efecto, pensamos que ello es así, puesto que esta exigencia que debe reunir el daño ambiental no puede ser extendida a los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*.^{611,612}

⁶¹¹ Y así lo ha resuelto nuestra Corte Suprema al expresar:

"Decimonoveno: ... pero en lo referido a las acciones que contempla la legislación especial, dado que expresamente se ha consignado la vigencia del derecho común ante perjuicios no comprendidos en la definición de daño ambiental, a la cual se ha hecho referencia, que limita fundamentalmente al carácter de significativo. Sin embargo, teniendo en cuenta que la legislación común ordena reparar todo daño (artículo 2339 del Código Civil), queda entregada a ella la regulación de esta materia en forma subsidiaria, esto es, cuando el daño no sea significativo". (Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/3422/2011).

⁶¹² Contra esta opinión, y en consecuencia estimando que el requisito se aplica a los dos tipos de daño, BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 804. La opinión del autor no deja de causar cierta sorpresa, pues él mismo, en la página 799 del trabajo que citamos, reconoce que la LBGMA no introdujo cambio alguno al régimen general de responsabilidad civil. Consecuentemente, si la LBGMA no modificó el régimen civil, mal podría entenderse que daños de esta naturaleza deban, por imperativo de esa ley, reunir el requisito de ser *significativos* para poder ser indemnizados. También cree que "la Ley N° 19.300 prevé un régimen básico aplicable a ambas responsabilidades...", VIDAL OLIVARES, Álvaro, ob. cit., pág. 197.

Ahora bien, y sin perjuicio de que, como exponíamos anteriormente, nuestra Corte Suprema ha señalado expresamente que la legislación ordinaria ha dispuesto que se repare todo daño a diferencia de lo que ocurre con la ambiental que exige que éste sea significativo, la opinión del profesor BARROS BOURIE es recogida en un reciente fallo de ese mismo tribunal, donde, en la sentencia de remplazo que acogió un recurso de casación en la forma, se resuelve:

"13°: Que llegados a este punto cabe analizar si la presencia de esos elementos tóxicos en los cuerpos de los demandantes, sin que se haya demostrado que han sido a su vez la causa de alguna patología, debe ser considerada como un daño.

Al respecto se ha dicho que lo hay cuando una persona sufre "una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba" (Alessandri, citado por Enrique Barros Bourie en "Tratado de responsabilidad extracontractual". Editorial Jurídica de Chile, primera edición. Páginas 220 y 221), a lo que añade que la "jurisprudencia nacional se ha pronunciado casi unánimemente en este sentido. [...] De este modo, la reparación del daño no está sujeta en el derecho chileno al requisito de que el actor acredite la lesión de un derecho subjetivo" (idem, página 221).

De ello se ha seguido inevitablemente la necesidad de definir la noción de interés como elemento que permite delimitar la noción del daño reparable, y en relación a dicho empeño se ha dicho que "cualquiera sea la amplitud del concepto de daño, el ordenamiento de la responsabilidad civil tiene que definir los límites entre las turbaciones a intereses que son daños en sentido jurídico y las que forman parte de los costos que debemos asumir por vivir en sociedad. En nuestra tradición jurídica, se ha entendido que el interés debe ser legítimo para que sea digno de reparación. La doctrina agrega el requisito de que el interés lesionado sea

De esta forma, a partir de la reflexión de un autor que afirma que "en este aspecto, la Ley de Bases parece distanciarse de la doctrina común en materia de responsabilidad extracontractual que habría considerado que, sin importar la relevancia del daño en la medida que fuera cierto, debía indemnizarlo"^{613,614}, podemos concluir que la exigencia de que el daño ambiental posea el carácter de significativo, no da cuenta de que exista un *distanciamiento* de la responsabilidad ambiental con respecto a la responsabilidad civil extracontractual, sino, en estricto rigor, demuestra que el régimen de responsabilidad por daño ambiental es diverso del régimen civil, sin perjuicio de compartir con él notas y características.

Se trataría entonces de normas que tomando elementos de la responsabilidad civil extracontractual (en este caso la definición de daño elaborada por la doctrina civil) han configurado un nuevo régimen adecuado a las necesidades e imposiciones que el bien jurídico tutelado les exige (en este caso, incorporando el requisito según el cual el daño debe ser *significativo*).

significativo (op. cit., página 222)". (Vid. Excm. Corte Suprema, causa rol 11.857 - 2014, sentencia de fecha 30-10-2014, caratulada "Claudio Fernández Farfán y otros con Servicio de Salud de Arica").

⁶¹³ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daños ambiental y responsabilidad...", cit., pág. 165. En todo caso, el autor no afirma que la responsabilidad por daño ambiental sea un régimen diverso al de responsabilidad civil extracontractual y así, en el trabajo que citamos, se refiere con respecto al régimen consagrado en la LBGMA, *passim* e indistintamente, como "régimen de responsabilidad civil por daño ambiental", sin perjuicio de reconocer, en sus palabras, "que refiriéndose a la responsabilidad civil por daño al medio ambiente, debe aplicarse con preferencia la normativa contenida en la Ley N° 19.300, ya que ésta sólo cede en presencia de normas especiales de carácter legal". *Ibidem*, pág. 150.

⁶¹⁴ Con todo, no es posible dejar de mencionar aquella doctrina civil, entre la que se cuenta el propio profesor CORRAL TALCIANI, que estima que para ser indemnizado el daño en sede de responsabilidad extracontractual éste debe ser *anormal* o *significativo*, esto es, que se excluyen las molestias o los perjuicios propios del desenvolvimiento de los individuos en una sociedad cada vez más desarrollada y compleja (piénsese en el uso de automóviles, aparatos electrónicos, etc.) Sobre el particular, Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad...*, cit., págs. 140-141; BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., págs. 226-228; DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1997, págs. 33-34. En contra, estimando que "el daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son indiferentes; la ley no las considera", Vid. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad...*, cit., pág. 153.

2. Delimitación negativa del daño ambiental: *Daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental.* Su exclusión de la LBGMA

Llegados a este punto, es necesario referirse a los daños civiles sufridos por particulares y que son derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental. Se trata, según se dijo al comienzo de este acápite, de hipótesis en que el daño lo sufre un individuo (o conjunto de éstos) y no el medio ambiente, esto es, no estamos en presencia de daños ecológicos puros.

Sobre este punto, y a la luz de todos los conceptos estudiados hasta el momento, parece posible poder afirmar que la LBGMA no regula ni pretende regular este tipo de daños, debiendo quedar la reparación de los mismos entregada a las normas y criterios de la responsabilidad civil extracontractual.

De esta manera, los señalamientos en la LBGMA a la acción ordinaria o de indemnización de daños a particulares se deberían más bien a un vicio de técnica legislativa, motivado por la intención de consagrar lo que el legislador denominó *principio de responsabilidad*⁶¹⁵ y, en consecuencia, no se deben a una intención de establecer, a través de la LBGMA, un régimen especial de responsabilidad de naturaleza civil-ambiental para los daños civiles sufridos por los particulares a consecuencia del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental.

2.1. Argumentos basados en la interpretación literal y sistemática de la LBGMA que demuestran su exclusión

2.1.1. Referencia del artículo 53 de la LBGMA: Independencia de la acción ambiental y la acción ordinaria civil

⁶¹⁵ En cuya virtud se reafirmaba la idea que quien ocasionara un daño al medio ambiente no sólo debía reparar éste sino también aquellos perjuicios de naturaleza civil que se pudieran haber ocasionado a un sujeto determinado. Vid. HL19.300, pág. 15.

Creemos que existen diversos argumentos de texto que permitirían comprobar este postulado. Así, por ejemplo, la redacción que utilizó el legislador en el artículo 53 de la LBGMA daría cuenta de este hecho, en cuanto dispone:

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

Como se advierte, el señalamiento a la acción ordinaria realizada por la LBGMA en el inciso primero de su artículo 53, se efectúa a través de la voz *"lo que no obsta"*, lo cual puede ser interpretado -conjeturando una norma que respondiera a una correcta técnica legislativa- en los siguientes términos:

Sin perjuicio que una persona natural o jurídica, pública o privada (art. 54 inciso 1º de la LBGMA) ejerza la acción ambiental, ésta igualmente podrá exigir una indemnización de perjuicios por los daños civiles que haya sufrido y que sean consecuencia del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental. El ejercicio de la acción de reparación no inhibe el ejercicio de las acciones ordinarias que le proporciona el Código Civil.

Como indicaban unos autores, "lo que hace la ley es precisamente reconocer que pueden, a partir de un mismo hecho, acto u omisión, surgir distintas esferas de daños: un daño de carácter ambiental, por una parte, y un daño que afecte un interés o lesione un derecho «de carácter individual» que puede ser distinto al ambiental, razón por la cual hace la salvedad y lo deja a resguardo para que la víctima ejerza las acciones indemnizatorias ordinarias".⁶¹⁶

En sintonía con lo expuesto en precedencia, existen otros argumentos de texto que permitirían afirmar que la LBGMA no se ocupa ni regula la indemnización de los daños civiles que son consecuencia del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, y que por lo tanto para la indemnización de los mismos no es posible

⁶¹⁶ Cfr. FIGUEROA B., Eugenio *et al*, ob. cit., pág. 82.

utilizar los mecanismos propios del régimen de responsabilidad por daño ecológico puro que estableció dicha ley y que permitan morigerar o flexibilizar las exigencias que el Derecho privado impone.

2.1.2. Relación entre los artículos 1 y 53 inciso 2º de la LBGMA y 43 inciso 4º de la LOSMA: Ámbito de aplicación de la LBGMA

El artículo 1 de la LBGMA dispone:

"El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia".

Como se aprecia, la norma contempla el ámbito de aplicación de la ley, indicando que dentro de su esfera se comprende la *protección del medio ambiente*, pero no así la protección del patrimonio individual de los particulares aun cuando este patrimonio pueda coincidir en ocasiones con el bien jurídico ambiental.

Asimismo, estimamos que permite abonar la tesis sostenida la norma contenida en el inciso 2º del artículo 53, ya que daría cuenta de la clara distinción que existe entre las normas y principios que rigen a la reparación de los daños ambientales de aquellos que regulan el resarcimiento de los daños civiles.

Indica el artículo en comento:

"No procederá la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado cuando quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente".

En ese caso, por disponerlo el inciso 4 del artículo 43 de la LOSMA⁶¹⁷, una vez aprobado un plan de reparación ambiental se extingue la acción ambiental que contempla la LBGMA, empero, y es de toda lógica que así sea; estimamos que la acción ordinaria civil para perseguir los daños individuales que se pudieron haber ocasionado por el mismo hecho que generó el daño ambiental no se extingue y ésta es perfectamente posible ejercerla en la sede que corresponda, cumpliendo con los requisitos propios que impone la responsabilidad civil extracontractual.⁶¹⁸

2.1.3. Causal de justificación del artículo 55 de la LBGMA

La precisión del verdadero sentido de las referencias que la LBGMA efectúa a los daños civiles derivados del daño ambiental, importa también clarificar el alcance del artículo 55, particularmente en aquella parte donde dispone:

"... solo cabrá la acción indemnizatoria ordinaria deducida por el personalmente afectado, a menos que el daño provenga de causas no contempladas en el respectivo plan, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en

⁶¹⁷ El artículo 43 de la LOSMA preceptúa lo siguiente:

Artículo 43: Sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan, una vez notificada la resolución de la Superintendencia que pone término al procedimiento sancionador, el infractor podrá presentar voluntariamente ante ella una propuesta de plan de reparación avalada por un estudio técnico ambiental.

El servicio de evaluación ambiental deberá pronunciarse acerca de los aspectos técnicos del plan de reparación que el infractor deberá implementar a su costo y dentro de los plazos que al efecto le fije tal autoridad.

Una vez recibidos por la Superintendencia el plan de reparación y su respectiva aceptación por el Servicio de Evaluación Ambiental, ésta lo aprobará, y le corresponderá la fiscalización de su cumplimiento.

Desde la aprobación del plan de reparación a que se refiere el inciso anterior y mientras éste se ejecute, el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental se suspenderá. Si se ejecutare dicho plan satisfactoriamente, la acción señalada se extinguirá.

Si existiere daño ambiental y el infractor no presentare voluntariamente un plan de reparación, se deberá ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal ambiental.

El Reglamento establecerá el plazo que tendrá el Servicio de Evaluación Ambiental para pronunciarse respecto de la proposición de reparación, avalada por un estudio técnico ambiental, y el plazo en el cual el infractor deberá implementar dicha reparación.

⁶¹⁸ Es la misma opinión sostenida por BERMÚDEZ SOTO, quien señala: "la preclusión sólo alcanza el ejercicio de la acción ambiental. Así se desprende del tenor literal de la ley, al referirse a «la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado»". Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., pág. 429.

el artículo anterior".

Sobre este punto, creemos que la norma regula una causal de justificación que poseen ciertos individuos -aquellos que son responsables de fuentes emisoras sujetas a planes de prevención o descontaminación, o a regulaciones especiales para situaciones de emergencia- en el sentido de que si se encuentran dando íntegro y cabal cumplimiento a las obligaciones establecidas en los planes o regulaciones a los que se encuentran sujetos, no procederá en su contra el ejercicio de la acción ambiental.

Esto es, la norma no regula ninguna hipótesis especial referida a los daños civiles, sino sólo establece una limitación al ejercicio de la acción ambiental, en tanto ésta no se podrá ejercer en contra de un sujeto que cumple con sus obligaciones ambientales en los términos previstos por el artículo 55.⁶¹⁹ Consecuentemente, respecto de ellos, sólo cabrá el ejercicio de la acción civil ordinaria, precisamente, porque la regulación de la indemnización de éstos es ajena a la LBGMA y a la lógica

⁶¹⁹ Así lo ha resuelto nuestra Corte Suprema, citando a los efectos argumentos de historia legislativa, al resolver:

"Decimonoveno: En efecto, el legislador sustituyó la norma del proyecto, sobre la base de la explicación dada por el senador Mario Papi, quien manifestó que «debía establecerse con precisión que los titulares de fuentes emisoras que causen daños ambientales únicamente se excepcionan, en virtud de este artículo (43 del proyecto), de la acción ambiental que pudiere deducirse en su contra», complementada la idea con la indicación de los senadores Ortiz, Pacheco, Papi y Siebert, considerando la Comisión que: «se ajusta mejor a los principios que inspiran el Derecho Chileno». El titular puede quedar liberado de la acción ambiental, que es una institución nueva creada en virtud del proyecto de ley en informe, pero aparece con el inconveniente que se priva al personalmente ofendido a entablar la correspondiente acción indemnizatoria ordinaria, disponiéndose, en definitiva: «Cuando los responsables de fuentes emisoras sujetas a planes de prevención o descontaminación, o a regulaciones especiales para situaciones de emergencia, según corresponda, acrediten estar dando íntegro y cabal cumplimiento a las obligaciones establecidas en tales planes o regulaciones, sólo cabrá la acción indemnizatoria ordinaria deducida por el personalmente afectado, a menos que el daño provenga de causas no contempladas en el respectivo plan, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior (artículo 505) (antecedente citado por Fernando Toledo Tapia, en Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Historia Fidedigna y Concordancias Internas, Conama, 1996, páginas 192 y 193)". Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/3422/2011

ambiental que la infunde.⁶²⁰ En definitiva, nos parece que se trata de una norma que se estableció para que no cupiera duda alguna con respecto a que la responsabilidad civil no se vería afectada.

2.1.4. Aplicación de la presunción de responsabilidad del artículo 52 de la LBGMA a los daños civiles. Interpretaciones posibles

Finalmente, en relación al tema de las aclaraciones del real sentido que tendrían, a nuestro juicio, las referencias que la LBGMA efectúa a los daños civiles sufridos por particulares y que son derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, creemos que es necesario mencionar los problemas que presenta la redacción del artículo 52 inciso 2º.⁶²¹

El artículo en comento dispone:

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

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

⁶²⁰ Es también ésta la opinión de VALENZUELA, quien señala "existe un caso, sin embargo en el que sólo existe lugar a interponer la acción indemnizatoria. Tal situación se presenta cuando los responsables de fuentes emisoras sujetas a planes de prevención o de descontaminación acreditaran estar dando íntegro y cabal cumplimiento a las obligaciones establecidas en dichos planes a menos que el daño ambiental que se esté generando provenga de causas no contempladas en ellos, pues se vuelve, en esta hipótesis, a la regla general de la doble procedencia". Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, "La responsabilidad civil por...", cit., págs. 68-69.

⁶²¹ Advertimos, desde ya, que el tratamiento de la presunción del artículo 52 de la LBGMA será abordado además de este lugar, en aquellos problemas en que respectivamente se presenta, tanto en el análisis de la relación de causalidad -para elucidar si dicha presunción alcanza este elemento- cuanto en el tratamiento de la culpa -que es, por cierto, su lugar de estudio más propio-.

En este estado de cosas, cabe preguntarse cómo debe ser interpretada la norma en análisis. A nuestro entender, existen dos posibles soluciones:

Una primera interpretación llevaría a concluir que la presunción establecida en el inciso 1º de la norma -presunción de culpa⁶²²- puede invocarse incluso tratándose de daños civiles particulares derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental -modificando en el punto las normas del Código Civil-, hipótesis en la cual se deberá acreditar siempre la relación de causalidad entre el acto ilícito y los mentados perjuicios civiles.

Es decir, sería posible demandar daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el ambiental presumiéndose la culpa del sujeto pasivo de la acción, cuando éste, encontrándose sujeto a las obligaciones que consigna el inciso 1º las infringe, pero no alcanzado dicha presunción al nexo causal entre su acto y el daño que se solicita resarcir, de manera que la relación de causalidad debe acreditarse siempre.⁶²³

En este sentido, se trataría de una norma referente a resarcimiento de los daños civiles sufridos por particulares, que, por un lado permitiría presumir la culpa y, por otro, reiterar las reglas del Código Civil según las cuales siempre se debe acreditar la relación de causalidad para exigir una indemnización.

En concreto, cuando la norma señala:

"Sólo habrá lugar a la indemnización":

Utilizaría el término *indemnización* para referirse al resarcimiento de los daños

⁶²² Para la mayoría de la doctrina nacional se trata sólo de una presunción legal del elemento subjetivo *culpa*. Por todos, BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "*Fundamentos de...*", cit., págs. 230-232.

⁶²³ Esta parece ser la tesis que sostiene FERNÁNDEZ BITTERLICH, al afirmar: "Debe tenerse presente que la culpa extracontractual debe probarla la víctima del daño, dicha culpa no admite grados, como la contractual, y no se presume, salvo en el caso del artículo 52 de la Ley Ambiental...". Cfr, FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental...*, 3ª edición, cit., pág. 169.

civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, que son aquellos que se deben propiamente *indemnizar*, dado que los daños ecológicos puros deben, rigurosamente hablando, repararse *in natura*;

Y cuando expresa:

"en este evento":

Estaría indicando: cuando se ocasionen daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, y se haya infringido unos de los instrumentos señalados en el inciso primero [ese sería el evento], se presumirá igualmente la culpa, pero se deberá acreditar la relación de causa a efecto entre el acto ilícito que constituyó una infracción a dichos instrumentos y el daño individual que se reclama.

Una segunda interpretación posible, indicaría que la norma no se refiere a los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*, sino a aquellas hipótesis en que el daño ambiental es irreversible o irreparable.

Así, la norma expresaría que en aquellos casos en que el daño sea irreversible y, por tanto, imposible la reparación *in natura*, muta el objeto de la reparación -al igual como ocurre en el Derecho civil- pasando a transformarse en una indemnización de perjuicios. Ello, por lo demás, permitiría explicar la redacción del artículo 3 de la LBGMA, cuando se refiere a que el daño ambiental se deberá *indemnizar conforme a la ley*.

En efecto, bajo esa interpretación, se podría argüir que la LBGMA exige en forma absoluta la prueba de la relación de causalidad tratándose del caso que, aun cuando haya habido una de las infracciones que regula el inciso 1º del art. 52, el daño sea irreparable y por lo tanto el causante no pueda restaurar *in natura* sino que deba *indemnizar* ese daño ambiental.

Ello, por cuanto tratándose de una indemnización ya no se aplicarían las normas especiales de la LBGMA interpretadas conforme a los principios del Derecho ambiental, sino simplemente el Código Civil; mientras que en el caso que la restauración sea *in natura* se deben aplicar criterios propios del régimen especial de responsabilidad por daño ambiental como sería, por ejemplo, extender la presunción al ámbito de la causalidad.

De esta forma, la presunción del artículo 51 inciso 1º no se aplicaría a los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*. Esta interpretación se ajustaría a los términos estrictos de la norma, en cuanto ésta señala que "se presume legalmente la responsabilidad del autor *del daño ambiental*" y, por lo tanto, no la responsabilidad del autor de los daños a los particulares puesto que éstos, lógicamente, no son ambientales.

Para concluir, y a pesar de lo que señalamos en el párrafo inmediatamente anterior, debemos indicar que nos inclinamos por pensar que la interpretación correcta es aquella que hemos referido en primer lugar, esto es, que la presunción se aplica a los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental; en tanto la segunda tesis -por mucho que se ajuste mejor al tenor literal de la norma- implicaría efectuar una discriminación sin base jurídica, ya que no existirían motivos plausibles que justifiquen utilizar criterios y parámetros distintos para la reparación del medio ambiente según si ésta se efectúa *in natura* o *por equivalencia* (de aceptarse esto último como posible, cuestión que, como veremos más adelante, a nuestro juicio tampoco procede).

2.1.5. Síntesis de los argumentos expuestos

Conforme a todo lo dicho, estimamos que existen argumentos gramaticales que permitirían comprobar que la LBGMA no se ocupa de los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasiona el ambiental*, ni tampoco otorga dos acciones para obtener la reparación del daño ambiental (creando con ello una acción especial de

naturaleza civil-ambiental)⁶²⁴ sino sólo contempla la acción de ambiental, limitándose a indicar que el ejercicio de ésta última no extingue la acción civil ordinaria regulada en código civil destinada a perseguir el resarcimiento de los perjuicios respectivos.⁶²⁵

⁶²⁴ Como lo ha resuelto, al menos en un par de ocasiones, la Corte Suprema al indicar que la LBGMA sí contempla las dos acciones. Así, verbigracia, se resolvió en una oportunidad que:

"Tercero: Que debe considerarse que el citado cuerpo normativo contempla dos tipos de acciones: La acción ambiental, dirigida a la obtención de la reparación del medio ambiente afectado; y la acción indemnizatoria, cuyo objeto es resarcir económicamente los efectos que causa un daño ambiental en los intereses de quien reclama la compensación". (Excma. Corte Suprema, causa rol N° 5826 - 2009, sentencia de fecha 28-10-2011, caratulada "Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad" (considerando tercero de la sentencia de remplazo).

En todo caso, nos parece acertado el razonamiento de los sentenciadores, en torno a que existen dos acciones que persiguen dos pretensiones diversas, de manera tal que nuestro cuestionamiento pasa por que la denominada acción *indemnizatoria* no está contemplada en la LBGMA. A nuestro juicio y según se ha expuesto a lo largo de esta investigación, la LBGMA contempla sólo una acción, la *ambiental*, mientras que la acción de indemnización de los perjuicios civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ecológico se otorga en virtud de las normas de la responsabilidad civil extracontractual (en Chile artículos 2314 y ss. del Código Civil).

Para el otro fallo al que hacemos alusión, Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/3422/2011 (considerando Decimonoveno). En él se indica que:

"Las acciones por daño ambiental se regulan conjuntamente, no obstante su palmaria diferenciación destacada desde el Mensaje del Proyecto...".

Así, si bien se reconoce la existencia de dos acciones (considerando Vigésimo primero del fallo en comentario), se suele afirmar -a nuestro juicio sin fundamento positivo alguno- que la LBGMA creó y reguló dos acciones -la ambiental y la indemnizatoria- lo cual pasa, pensamos, porque no se efectúa una correcta distinción entre el daño ambiental y los daños civiles derivados del mismo hecho que lo ocasionó.

Esta última cuestión -que la responsabilidad civil dimana del mismo hecho (acción u omisión) que ocasiona el daño ambiental y no de éste) es correctamente advertida en los considerandos Trigésimo cuarto y Trigésimo quinto del fallo que comentamos, al resolver:

"Trigésimo Cuarto: Que al tenerse por acreditados tales antecedentes, ha sido la conducta de la demandada la que impidió o frustró tanto la utilización de las aguas en labores de riego, como para concretar una inversión cierta que se encuentra acreditada"

"Trigésimo quinto: Que, por lo expuesto, y encontrándose acreditado en autos que ha sido producto de la acción de la demandada que se han generado daños y perjuicios para los actores...".

⁶²⁵ Por ello, y sin perjuicio de los fallos citados en precedencia, nos parece que el razonamiento que la Corte Suprema ofrece en un fallo de 2008 se ajusta mejor a derecho. En esa oportunidad se resuelve:

"Décimo cuarto: Que ha de recordarse, además, que el artículo 53 de la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente autoriza el ejercicio de dos acciones diversas, a saber, la acción ambiental, que persigue la reparación del daño ambiental causado y cuyos titulares se enumeran en el artículo 54 de la misma ley; y la acción indemnizatoria, que entrega al directamente afectado por el daño y respecto de la cual se aplican las normas de la responsabilidad delictual y cuasi delictual contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil". (Excma. Corte Suprema, causa rol 5027 - 2008, sentencia de 31-08-2010, caratulada "Fisco de Chile con Forestal Candelaria de Río Puelo S.A. y otros").

En este sentido, creemos que la confusión que surge entre los autores⁶²⁶ y la jurisprudencia⁶²⁷, en torno a que existiría una acción especial de naturaleza civil-ambiental para perseguir el resarcimiento del daño individual derivado del mismo hecho que ocasionó el daño ecológico puro, surge -junto con las demás razones que se han ido desarrollando en este trabajo- de una incorrecta lectura, interpretación y/o alcance dado a ciertas disposiciones de la LBGMA -que establecen dos modificaciones concretas y precisas al régimen de responsabilidad ordinario del Código Civil- aquellas contenidas en los artículos 52 inciso 2º y 63.⁶²⁸

En cualquier caso, según adelantáramos algunos párrafos atrás, estimamos que la inclusión de dichas disposiciones sólo se traduce en modificaciones muy precisas y concretas a las reglas tradicionales del Derecho civil (y que priman sobre

Como se observa, y no obstante la Corte vuelve a incurrir, a nuestro juicio, en una impropiedad al señalar que la LBGMA *autoriza* el ejercicio de dos acciones -pues como hemos visto, dicho cuerpo normativo no *autoriza* el ejercicio de la acción ordinaria, sino sólo se limita a señalar que el ejercicio de la acción ambiental no inhibe de ejercerla- en esta ocasión el máximo tribunal sí resuelve la cosas, en nuestro parece, en sana lógica jurídica, pues dispone expresamente que el ejercicio de la acción ambiental se rige por la LBGMA y el de la acción ordinaria por el Código Civil conforme a la normas de la responsabilidad extracontractual.

⁶²⁶ Como se puede advertir, entre otros, en: VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El derecho ambiental. Presente...*, cit., págs. 311-312 y 324-325; VIDAL OLIVARES, Álvaro, ob. cit. pág. 191 y ss.; FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental...*, cit., pág. 167. Sobre el punto, PIZARRO WILSON, expresaba hace al menos un lustro "... Sin embargo, no debe confundirse la responsabilidad ambiental con la responsabilidad civil ambiental, que intenta indemnizar los perjuicios ocasionados a resultados de un fenómeno contaminante". Cfr. PIZARRO WILSON, CARLOS, "La responsabilidad por daño ambiental en perspectiva civil", en Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson (coordinadores), *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Ediciones Fundación Fernando Fueyo, (2008), pág. 389.

⁶²⁷ Resulta elocuente a los efectos, un fallo del máximo Tribunal que expresó:

"Vigésimo cuarto: Que la ley ambiental basó su sistema de responsabilidad en el derivado del derecho común, con algunas modificaciones, por lo que sus exigencias deben ser estudiadas a la luz de ambas normativas". Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/3422/2011.

En idéntico sentido Excma. Corte Suprema, causa rol 5130 - 2013, sentencia de fecha 26-06-2013, disponible en: www.poderjudicial.cl.

⁶²⁸ Con respecto a estas normas, y conforme se pudo adelantar algunos párrafos más atrás, la inclusión de dichas disposiciones en la LBGMA nos parece un error de técnica legislativa, en tanto con ello la ley regula una materia ajena a sus objetivos y -en el caso de la norma de prescripción- concede beneficios, a nuestro juicio, en forma injustificada a individuos que persiguen la reparación de daños completamente ajenos al bien jurídico que tutela ese cuerpo normativo, esto es, el medio ambiente.

estas en virtud del principio de especialidad), y en ningún caso poseen la entidad para establecer un régimen de responsabilidad extracontractual especial de naturaleza civil-ambiental que rijan los daños de los particulares derivados del mismo hecho que causó un daño ecológico puro. En tal sentido una propuesta de *lege ferenda* podría ser la sugerencia de su eliminación.⁶²⁹

2.2. Criterios que justifican la exclusión de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental

2.2.1. Cuestiones de justicia

Como contrapartida de la tesis sostenida, y como un mecanismo que ponga límites a las particularidades que la especialidad del régimen de responsabilidad medioambiental postulada genera -en torno a las excepciones que crea al régimen ordinario de responsabilidad civil-, es imperativo sostener que los *daños civiles individuales que pueden sufrir los individuos a consecuencia del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental* no deben ser objeto de regulación del régimen establecido en la LBGMA, ni tampoco las normas que regulan su resarcimiento (Código Civil) interpretadas conforme a los principios del Derecho ambiental, y deben, en consecuencia, quedar entregados a la tutela del Derecho civil.

En efecto, considerando que la visión de un régimen especial de

⁶²⁹ De hecho, tratándose de la norma del inciso 2º del artículo 52, según se dirá en el acápite relativo a la subjetividad del régimen como factor de confusión respecto a su naturaleza jurídica, su incorporación en la ley sólo responde a la circunstancia que los congresistas quisieron reforzar la idea de que el régimen era subjetivo y no consagraba la responsabilidad estricta bajo ningún respecto, habida consideración del acalorado debate ocurrido sobre el particular en la tramitación de la Ley. En tal sentido, su mantenimiento parece ser más bien un descuido al momento de armonizar la redacción del artículo luego de los cambios que sufrió el Proyecto en el Congreso. Cfr. HL19.300, págs. 914 y 1044.

Con respecto a la norma del artículo 62, mantenerla tampoco se justificaría dado que en materia de responsabilidad extracontractual civil, nuestra jurisprudencia ha adoptado el mismo criterio con respecto al momento en que comienza a contarse el plazo de prescripción de la acción, dejando establecido que ello es desde que se manifiesta el daño. Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad...*, cit., págs. 400-402.

responsabilidad por daño ambiental implicaría la morigeración o liberación de exigencias que impone la estructura clásica de la responsabilidad civil, permitir que la indemnización de daños que no son ambientales puedan ser objeto de dicha regulación ocasionaría resultados indeseados que atentarían con principios de justicia elementales, en tanto se estaría beneficiando -a través de una ley ambiental y sin una justificación que lo sustente- a un grupo de individuos que persiguen fines completamente ajenos al cuidado del medio ambiente.⁶³⁰

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, criticando a finales de los años 90 un *Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil Medioambiental* surgido en España, exponía esta cuestión con suma elocuencia al cuestionarse:

"...hasta qué punto no sería más conveniente regular en instrumentos distintos los daños estrictamente ecológicos de los daños por contaminación, o lo que es lo mismo, los daños al medio ambiente y los daños a las personas y a sus bienes producidos por un impacto ambiental.

Dudo que se puedan asimilar, aunque sólo sea formalmente, bienes jurídicos tan diversos y dignos de una también distinta protección por el ordenamiento, ya digo, aunque sea puramente formal. Pero es que, además, también ignoro si llevar a cabo una regulación especial para los perjudicados por un impacto ambiental no es al fin y al cabo hacer perjudicados de clase A y perjudicados de clase B (aquellos que entren en el ámbito del ejercicio de una de las actividades con incidencia ambiental contempladas por la ley gozarán de un sistema específico de responsabilidad y aquellos cuyo daño derivado de otro impacto ambiental no generado por una actividad de las contempladas en la ley seguirán el régimen general del art. 1902 del Código Civil).

Es cierto que la carga probatoria en los supuestos de impactos ambientales es

⁶³⁰ Como observa BARROS BOURIE, "en estos casos, la acción de responsabilidad no tiene por objeto la preservación ambiental, como ocurre con la acción ambiental, sino reparar económicamente los efectos que causa un daño ambiental en los intereses de quien exige la responsabilidad". Cfr. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 798.

sumamente gravosa para el demandante. También lo es respecto a los pacientes probar la negligencia del médico o para todos aquellos sujetos que se han visto perjudicados por cualquier comportamiento que se valore de acuerdo a un determinado criterio de diligencia específica. Sin embargo, en todos estos casos se ha dejado a la jurisprudencia la labor de tasar y valorar las pruebas aportadas. No veo por qué no se pueden dejar también los daños por contaminación al juego del art. 1902 del Código Civil y a su apreciación por los Tribunales (causalidad, daño, presunciones, etc.)".^{631,632,633}

En concreto, parece haber envuelto en este tema una cuestión de justicia elemental -en su significado más primario, esto es, *de dar a cada quien lo suyo*-, por cuanto no se vislumbran motivos jurídicos de peso que permitan otorgar beneficios especiales a quienes sufren daños civiles -puros y simples- pero que son consecuencia de un hecho que ocasionó también un daño ambiental por esa sola circunstancia.

Antes bien, pareciera ser que lo adecuado es que dichos daños sean exigidos

⁶³¹ Cfr. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "¿Es oportuno elaborar...", cit., pág. 6.

⁶³² Contra esta opinión, en España, JORDÁ CAPITÁN quien expresa "persona y medio ambiente, salud e integridad física y psíquica y medio ambiente, se encuentran tan estrechamente unidos que, como ya dijera el Libro Blanco, por razones de coherencia, un régimen de responsabilidad en el sector de los daños ambientales debería comprender, tanto los daños tradicionales -a la salud fundamentalmente, pero también a los materiales-, como los estrictos daños causados al medio ambiente; en la gran mayoría de los casos, por no decir en todos, una misma agresión ambiental tiene como resultado ambos tipos de daños -a corto, medio y largo plazo-". Cfr. JORDÁ CAPITÁN, Eva, "La dicotomía daños...", cit., pág. 112.

⁶³³ En Chile, en un sentido similar al de JORDÁ CAPITÁN, DELGADO SCHNEIDER inquiriere -en lo que podría ser una respuesta a los postulados de Díez-PICAZO GIMÉNEZ-: "sin embargo, si la «acción ordinaria» reclama por los daños en el patrimonio, la salud o vida de las personas que nace de un daño ambiental, no vemos por qué no beneficiar a esta acción con las normas de la LBGMA (como procedimiento sumario, apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica, uso de cualquier medio de prueba; etc.) cuando en el fondo, desde el punto de vista práctico, quien demande la reparación de su daño deberá también probar los elementos de la responsabilidad por daño ambiental puro". DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 59. Frente a tales afirmaciones, y estando en este punto de acuerdo con Díez-PICAZO GIMÉNEZ, pensamos que se puede responder a la autora, que ello no se justifica, precisamente, porque el daño civil no surge, como ella señala, del daño ambiental, sino del mismo hecho que ocasionó a éste último, y en consecuencia no parecen existir razones jurídicas que permitan afirmar que por esta sola circunstancia el daño civil se 4, justificando el otorgamiento de ventajas que víctimas de otros daños que también dimanar de otras conductas ilícitas no tienen.

en la sede que correspondan y bajo los criterios y el desarrollo jurisprudencial y dogmático que ofrece el régimen de responsabilidad civil. Mucho ya ha hecho la LTA al otorgar un procedimiento más expedito y benévolo para dichas hipótesis (artículo 46) y mucho también ya hizo la LBGMA al favorecerlos con modificaciones a los plazos de prescripción o la presunción de culpabilidad en ciertas hipótesis -si se aceptase esta última tesis como válida- (artículos 63 y 52 respectivamente).

Esta es también la opinión de nuestra doctrina civil más destacada, donde se ha señalado que "en esencia, su función [la de la responsabilidad civil] se limita a la reparación del *daño privado* injustamente sufrido a causa de un accidente ambiental. En rigor, los daños privados derivados de accidentes ambientales no deben ser tratados de modo diferente a los restantes daños por la sola circunstancia de derivar de la contaminación del medio ambiente. Ninguna razón existe para hacer en la materia una discriminación".⁶³⁴

2.2.2. Resultados prácticos indeseados para el Derecho

Pero no sólo existe una cuestión de justicia envuelta en ello, sino también de resultados prácticos.

Así, por ejemplo, si en materia de causalidad se propone para la determinación de su presencia en las acciones de reparación o ambientales la utilización de mecanismos como *las participaciones de mercado* o *criterios de probabilidad estadística* con el objeto de salvar los inconvenientes que la lógica causalista civil impone, el uso de estos mecanismo cuando se trata de indemnizar *daños civiles particulares derivados del mismo hecho que ocasionó el ambiental*, puede redundar en un aumento exponencial del riesgo de enfrentar acciones civiles

⁶³⁴ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad...*, cit., pág. 790. En un sentido idéntico, CANE, quien expresa "los daños medioambientales [se refiere a los daños civiles derivados de éste] no deben ser tratados de modo diferente a los restantes daños únicamente porque los primeros sean el resultado de la contaminación ambiental...". Cfr. CANE, Peter, "Indemnización por daños medioambientales", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, Fascículo III, (2000), pág. 829.

respecto de personas remotamente vinculadas al daño y en un aumento de los costos de transacción de un modo relevante.⁶³⁵

2.2.3. *La experiencia comparada: El ejemplo europeo. La Directiva 2004/35/CE y la Ley española 26/2007 de 23 de octubre, sobre responsabilidad ambiental*

Es probable que por las consideraciones antes expuestas, en la elaboración de los sistemas modernos de responsabilidad por daño ambiental se haya comprendido que los daños civiles particulares deben quedar excluidos de las leyes ambientales que regulan la materia.⁶³⁶

En tal sentido, probablemente el ejemplo más elocuente de esto en Derecho comparado lo constituya la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, *sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales* y las leyes que la han traspuesto. En efecto, expresa el considerando 14 de la Directiva:

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

⁶³⁵ Es lo que ocurrió en la experiencia norteamericana a comienzos de los años 90. Sobre el particular, Vid. el comentario de la *Comprehensive Environmental Response Compensation Liability Act* en el Anexo II del *Libro Verde de 1993* (Vid. COM (1993) 47 final de 14 de mayo).

⁶³⁶ Se debe advertir, en todo caso, que esta conclusión se produjo luego de un intenso debate que duro varios años. Así, en un comienzo, el *Libro Verde* y el *Convenio de Lugano sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente de 21 de junio de 1993*, sostienen la idoneidad de la responsabilidad civil como mecanismo de tutela y reparación de los daños ecológicos puros y postulan una regulación general que incluya tanto a éstos como a los denominados daños tradicionales (*daños civiles particulares derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*); lo mismo ocurre con el *Libro Blanco de 2000* y con el *Dictamen 94/C133/02 sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité económico y social sobre la reparación del daño ecológico*. En tal sentido, el cambio de criterio sólo se produce en el año 2002 con la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales* de 25 de junio de 2002, donde por primera vez se sostiene la no inclusión de los "daños tradicionales" y la falta de idoneidad de la responsabilidad civil para hacerse cargo de la reparación de los daños ecológicos puros.

derecho relativo a este tipo de daños”.

Así también se regula en su Artículo 3.3, que indica:

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

A su turno, en el plano de la legislación interna de los Estados, y tomando como ejemplo la Ley española 26/2007 de 23 de octubre de Responsabilidad Ambiental, particularmente el literal I de su preámbulo, es posible advertir que un primer tema que se presenta como relevante sobre el particular dice relación con que en España no se crea un régimen de responsabilidad civil por daños al medio ambiente, sino un régimen administrativo de responsabilidad que se separa de la responsabilidad civil clásica.^{637,638,639}

⁶³⁷ El numeral I del preámbulo de la normativa expresa:

"A esta necesidad responde la Directiva 2004/25/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, que esta Ley traspone, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y quien contamina paga. Se trata, efectivamente, de un régimen administrativo en la medida en la que instituye todo un conjunto de potestades administrativas con cuyo ejercicio la Administración pública debe garantizar el cumplimiento de la Ley y la aplicación del régimen de responsabilidad que incorpora. Se separa, pues, de la responsabilidad civil clásica en la que los conflictos entre el causante del daño y el perjudicado se dirimen en sede judicial".

Sobre el particular, Vid. MULLERAT, Bernat, "Algunas Reflexiones sobre el nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, N°3, (2005), pág. 234 y VALENCIA MARTÍN, Germán, ob. cit., págs. 17-19. También se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, DE MIGUEL, justificando la opción del legislador comunitario, al señalar: "Como he dicho antes, la Ley de responsabilidad medioambiental regula una responsabilidad de carácter administrativo. En consecuencia, es lógico que esta Ley excluya de su ámbito de aplicación las lesiones a personas, los daños a la propiedad privada, y las pérdidas económicas o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental bajo la Ley (art. 5.1). Cfr. MIGUEL, Carlos DE, *Derecho español del medio ambiente...*, cit., pág. 418.

⁶³⁸ Nótese que se trata de un régimen administrativo de responsabilidad medioambiental y no de un régimen de responsabilidad administrativo. La distinción es de relevancia, pues en este último caso se trata de la responsabilidad patrimonial de la Administración por los actos ilícitos que cometa, como ocurre, verbigracia, con aquella regulada en España en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sobre este tema en Chile, Vid. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "La responsabilidad extracontractual de la

En este sentido, el artículo 5 de la Ley preceptúa expresamente que:

" 1. Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación.

2. Los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley. El responsable que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda.

administración del Estado por falta de servicio y por el daño ambiental", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXIII, (2002). Y en Derecho comparado, Vid. DOMENECH PASCUAL, Gabriel, "El principio de Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos", en Juan Alfonso Santamaría Pastor (director), *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 663-701.

⁶³⁹ Crítico de esta exclusión se manifiesta LLAMAS POMBO, al expresar "no acabamos de entender qué prejuicios llevan al legislador a separarse de lo que denomina responsabilidad civil «clásica», ni en qué consiste una responsabilidad que no lo sea, cuando la experiencia de los últimos veinte años nos ha demostrado que el único instrumento jurídico verdaderamente eficaz para la defensa del medio ambiente viene dado precisamente por la responsabilidad civil que, clásica o no, es la única que conocemos. Ni el ordenamiento penal ni el administrativo han obtenido precisamente los mejores resultados. Sólo la actuación de los perjudicados ante los tribunales civiles ha venido a hacer realidad el principio «quien contamina paga». que no puede entenderse sino como la contrapartida de que «quien sufre el daño ambiental cobra», en contra de lo que abiertamente sostiene la ley". Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, "¿Responsabilidad medioambiental sin responsabilidad civil?" en *Diario La Ley*, Sección Editorial, Ref. D-471, Nº 57, (2008). Sobre los dichos de este último autor valgan algunos comentarios:

-En primer lugar el autor indica que *sólo la actuación de los perjudicados...* Frente a tal afirmación cabe la pregunta sobre ¿quién es el perjudicado?, claramente tratándose de daños al medio ambiente -en las hipótesis donde éste no coincida con el daño civil particular- el único perjudicado es, precisamente, el medio ambiente. De tal suerte que la crítica que fórmula, en este punto, nos parece se diluye.

-Asimismo, LLAMAS POMBO indica que el principio *quién contamina paga*, se traduce en la máxima "quien sufre el daño ambiental cobra". Pues bien, sobre la base de un razonamiento similar al indicado en precedencia, se debe señalar que en la mayoría de los casos de daño ecológico puro, no existe un sujeto o individuo "que deba cobrar", de hecho, los fines que persigue la responsabilidad por daño ambiental no son el "cobrar", sino la restauración *in natura* del medio ambiente afectado, de tal suerte que es la Administración la realmente interesada en obtener la reparación.

3. *En ningún caso las reclamaciones de los particulares perjudicados en cualesquiera procesos o procedimientos exonerarán al operador responsable de la adopción plena y efectiva de las medidas de prevención, de evitación o de reparación que resulten de la aplicación de esta ley ni impedirán las actuaciones administrativas encaminadas a ello.*

En otro estado de cosas, tanto la exposición de motivos, como el artículo 1 de la Directiva señalan que todo el sistema descansa en el principio “*quien contamina paga*”, principio rector en materia medioambiental, según el cual “*cualquier operador cuya actividad haya causado daños al medio ambiente o haya supuesto una amenaza inminente de tales daños será declarado responsable desde el punto de vista financiero*”.⁶⁴⁰

Tal principio, como fue estudiado en su oportunidad, resulta ajeno al Derecho civil y en consecuencia no podría ser aplicado en su vasta extensión, con las consecuencias que ello conlleva en la reparación de los daños ambientales y las alteraciones que puede presentar en el resarcimiento de los daños civiles.⁶⁴¹

De hecho, la circunstancia de que el principio opere *ex ante*, mientras que la responsabilidad civil lo haga *ex post*, es un claro antecedente que permite no sólo cuestionar la eficacia de la responsabilidad civil como medio de protección del medio ambiente⁶⁴², sino también la conveniencia de utilizar mecanismos de Derecho ambiental para resolver problemas típicamente propios de la responsabilidad civil.

Luego, según se aprecia, la perspectiva europea no busca que se indemnice

⁶⁴⁰ Cfr. MULLERAT, Bernat, ob. cit., pág. 235.

⁶⁴¹ En tal sentido se ha dicho "es cuestionable que una responsabilidad civil uniforme garantice la vigencia del principio QCP. Éste ordena internalizar los costos de contaminación de actividades inicuas al ambiente; vale decir los referidos a la indemnización de daños, prevención y el aseguramiento de la responsabilidad, la investigación y el desarrollo de tecnologías más limpias ("I&D"). Además dicho principio manda distribuir tales costos entre los contaminadores, al interior de la sociedad o ambos. Este principio impediría también que terceros soporten los costos de reducción del daño ambiental incluidos en los precios de los bienes y servicios que adquieren. Asimismo, éste serviría los objetos ambientales y, en la medida que la autoridad pública garantizara que los contaminadores soportarán sus costos, satisfaría una función pedagógica sobre la responsabilidad ambiental que cada cual debe asumir. Cfr. BANFI DEL RÍO, Cristián, ob. cit. pág. 27.

⁶⁴² Cfr. LARSON, Marie-Louise, *The Law of Environmental Damage. Liability and Reparation*, Kluwer Law International, Stockholm, 1999, págs. 23, 102, 606.

en el sentido civil o patrimonial, sino que se reparen daños a bienes cuya protección interesa a la comunidad toda, incluso aunque sean de propiedad privada. Ello, puesto que se trata de intereses generales, y por tanto, de alguna manera, es lógico que sean las Administraciones públicas las encargadas de su tutela, las cuales se rigen, naturalmente, por el contorno jurídico del Derecho público.⁶⁴³

Por cierto, de lo que no cabe duda alguna es que el cambio europeo es de relevancia e importa un giro en la forma de tutelar el medio ambiente. Principalmente, porque ha excluido del régimen de responsabilidad por daño ambiental que reglamenta la Directiva, en forma expresa, la regulación y reparación de los daños civiles particulares, dejando su resarcimiento reservado a otra sede⁶⁴⁴, y porque constituye, por lo mismo, un régimen de Derecho público, que es la cuna natural del Derecho ambiental⁶⁴⁵, proporcionando como herramientas jurídicas para la solución de los problemas que se presenten, principios propios y autónomos, ajenos a las exigencias que el desarrollo dogmático del Derecho privado impone.

Sin perjuicio de ello, y en lo que nos importa para el análisis que efectuamos en el presente acápite, se debe destacar que, en el derecho europeo, la Directiva no impide que se ejerciten las acciones civiles tradicionales, ni por supuesto las penales⁶⁴⁶ a que pudieren dar lugar los mismos hechos que ocasionaron un daño al medio ambiente, pero, a diferencia de la LBGMA, no contiene frases ambiguas o

⁶⁴³ Una dura crítica a esta visión, postulando la idoneidad del Derecho civil para la tutela del medio ambiente, así como la justificación de que una legislación ambiental regule ambas hipótesis de daños en: JORDÁ CAPITÁN, Eva R., "La dicotomía daños ambientales-daños a la persona en el sistema español de responsabilidad ambiental. Su repercusión", en *Revista de Derecho Privado*, Nº 6, Nov-Dic., (2013), págs. 101-134.

⁶⁴⁴ Para LOZANO CUTANDA "ello es así porque se trata, como hemos dicho, de un *sistema que no viene a sustituir, sino a complementar los sistemas tradicionales de responsabilidad extracontractual*, que sí resultan eficaces para obtener el resarcimiento de daños a bienes de titularidad privada". Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca, "La Responsabilidad por Daños Ambientales", en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Tratado de Derecho Ambiental*, Ediciones CEF, Madrid, 2014, pág.357.

⁶⁴⁵ Sobre el particular, Vid. BOCANEGRA SIERRA, Raúl, "Derecho ambiental y orden público", en *Revista Española de Derecho administrativo*, Nº13, (1977), págs. 314-320; y GARCÍA AMEZ, Javier, "La Ley de Responsabilidad Ambiental: Una visión crítica y balance de su aplicación", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Nº 30, (2015), pág. 440.

⁶⁴⁶ Artículo 8, número 5 de la Directiva.

confusas que permitan dar espacio a plantearse la existencia de un régimen de responsabilidad extracontractual especial de naturaleza civil-ambiental.

2.3. Formas de demandar la indemnización de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental. Integración de las previsiones de la LBGMA en la reparación de los daños civiles

Hemos señalado a lo largo de nuestro trabajo que en la materia en estudio se debe efectuar una estricta diferenciación entre el *daño ecológico puro* y los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*, puesto que la LBGMA no regula ni se ocupa de la reparación de éstos.

Sin perjuicio de ello, hemos hecho mención respecto a que la LBGMA sí contempla -a lo menos- dos previsiones normativas con respecto a estos daños civiles y que se refieren fundamentalmente a: (i) la ampliación del plazo de prescripción de la acción civil, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 63; y (ii) a la presunción de la culpabilidad en los casos en que se infrinja uno de los instrumentos que regula el artículo 51 inciso 1º -si se acepta esa interpretación-.⁶⁴⁷

En este mismo sentido, hemos expuesto que el artículo 46 de la LTA establece un procedimiento especial para perseguir la indemnización de los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental* y que consiste, básicamente, en una simplificación del proceso judicial, así como en la utilización de ciertas presunciones en favor de las víctimas: el juez debe basarse en el daño ambiental ya acreditado y declarado por el Tribunal Ambiental, así como en la relación de causalidad entre la acción ilícita y el daño ambiental (artículo 46 inciso 3º LTA).

Configurado de esta manera el escenario en el cual se desarrolla esta cuestión, juzgamos que resulta necesario efectuar ciertas precisiones con respecto a

⁶⁴⁷ Vid. supra (capítulo sexto; 2.2.3.2)

la forma en que finalmente podrán ser indemnizados los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*, con el objeto de evitar interpretaciones que atenten contra la correcta utilización de los mecanismos que franquean las leyes ambientales para tales efectos.

Para seguir tales derroteros, creemos que las víctimas de este tipo de perjuicios tendrán dos vías destinadas a exigir la indemnización de los perjuicios que han sufrido: (i) en primer lugar accionando a través de las normas del Código Civil mediante el procedimiento ordinario que persiga la responsabilidad civil extracontractual del autor del daño; y (ii) en segundo lugar, utilizando las ventajas que le proporciona la LBGMA en cuyo caso deberá demandar a través del procedimiento especial regulado en el mentado artículo 46 de la LTA.

En los párrafos siguientes desarrollaremos las particularidades que presentan ambas alternativas.

2.3.1. Requerimiento de una indemnización de perjuicios a través de las normas de la responsabilidad extracontractual en un procedimiento ordinario

Tal como se ha afirmado a lo largo de este acápite, los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*, son, en estricto rigor, simples daños civiles que no poseen mayores diferencias con aquellos que pueden sufrir los individuos con ocasión de hechos ilícitos que también dan origen a otras *responsabilidades* (como los daños civiles derivados del mismo hecho que se configura como un delito penal; o los daños civiles derivados del mismo hecho que, a su turno, constituye un ilícito a la libre competencia, etc.).

En este sentido, estimamos que la existencia de previsiones normativas muy específicas en la LBGMA, en nada alteran las normas generales sobre responsabilidad extracontractual del Código Civil, ni constituyen, en consecuencia, óbice alguno para que un individuo que haya sufrido daños particulares pueda

demandar directamente la indemnización de éstos ante la justicia ordinaria civil con absoluta prescindencia de las normas ambientales contenidas en la LBGMA. De esta forma, la circunstancia que la causa de esos daños haya sido una acción u omisión que también ocasionó un daño ambiental, no representa otra cosa más que aquello, una circunstancial situación ajena a la pretensión concreta que ejercerá el particular.⁶⁴⁸

La principal consecuencia de la tesis sostenida será, como no podría ser de otra forma, que el particular que desee demandar, en sede civil y bajo las normas de la responsabilidad extracontractual la indemnización de los perjuicios *civiles que sufrió a consecuencia del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*, no deberá esperar para impetrar su demanda a que alguno de los legitimados activos interponga la correspondiente acción de reparación ambiental en sede de tribunales ambientales y que el respectivo Tribunal Ambiental pronuncie sentencia condenatoria al respecto.

En este sentido, sostenemos una tesis diversa a la postulada por destacada doctrina ambientalista en nuestro país, donde se afirmó que:

⁶⁴⁸ En un sentido similar, DOUGNAC RODRÍGUEZ, quien afirma: "La *acción civil* emanada del daño ambiental no será conocida por los Tribunales Ambientales. En el evento que el Tribunal Ambiental declare la existencia de un daño ambiental, los directamente afectados podrán recurrir a los tribunales ordinarios para el solo efecto de determinar el monto del daño a indemnizar pero en ese juicio no se podrá discutir la existencia del daño. Esto alagará y obligará, en la práctica, a los afectados a seguir un nuevo juicio.

No obstante, la redacción de la parte final del inciso 1º del art. 53 nos llevaría a la conclusión que la acción indemnizatoria correría por carriles diferentes a la acción por daño ambiental. Así se señala en esta parte:

«... lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado:».

Estimo que dado que la ley que crea los Tribunales Ambientales optó por entregar la discusión sobre el monto de la indemnización que correspondería a las personas afectadas por el daño ambiental, es muy probable que ellas para ahorrar tiempo prefieran seguir el procedimiento de la acción indemnizatoria ordinaria. Ello dependerá, en definitiva, de la prontitud y celeridad con que actúen en estas materias los tribunales ambientales. Si su procedimiento es realmente expedito, los afectados podrían elegir someterse a su jurisdicción. De no ser así, la vía ordinaria es muy posible que continúe siendo el camino preferido". Cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando, "El estudio de impacto ambiental en la realidad nacional: logros y defectos", en Gonzalo Aguilar Cavallo (coordinador), *Evaluación Ambiental, Participación y Protección del Medio Ambiente*, Librotecnia, Santiago, 2013, págs. 29-30.

"dicha indemnización, por tanto, [aquella que corresponde a los daños civiles derivados del daño ambiental] sólo procede con posterioridad a la condena de responsabilidad por el daño ambiental, mediante el procedimiento establecido por la misma disposición... Por ello, será necesario, primero, la sentencia de condena de responsabilidad por el daño ambiental, y sólo posteriormente, a través del procedimiento especial del art. 46, podrá ejercerse la «acción por los perjuicios derivados del daño ambiental»"^{649,650}

Por cuanto, pensamos que no existe fundamento legal alguno que permita limitar el ejercicio de acciones para la reparación de daños que son exclusivamente civiles y para los cuales nuestro Código Civil dispone mecanismos indemnizatorios desde hace más de ciento cincuenta años.

Estimamos que abona la tesis que sostenemos el propio tenor del artículo 46 de la LTA, en cuanto dispone que: "*Será competente para conocer la acción de indemnización de perjuicios por la producción del daño ambiental establecida en la sentencia del Tribunal Ambiental el juzgado de letras en lo civil con competencia en el lugar donde se produjo el daño*", por cuanto, indica que se trata de los daños civiles derivados del daño ambiental *establecido* en la sentencia del Tribunal Ambiental respectivo, es decir, no de cualquier otro daño ambiental, sino, precisamente, sobre el que se ha pronunciado el mentado tribunal.

De tal suerte que para demandar un daño civil independiente ai deriva o no de un daño ambiental fijado por un Tribunal Ambiental, perfectamente podrá recurrirse a la vía civil y al procedimiento ordinario. En síntesis, la limitación de esperar una

⁶⁴⁹ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., págs. 433 y 434.

⁶⁵⁰ Ésta es también la opinión de GUZMÁN ROSEN, quien expresa "Ahora bien, las vinculaciones entre la actuación del Tribunal Ambiental y las del juzgado civil, son las siguientes: 1.- Para demandar por indemnización de perjuicios, debe existir una sentencia previa dictada por el Tribunal Ambiental que haya establecido precisamente la generación de un daño ambiental, y la obligación de repararlo, como se desprende de lo que disponen los incisos 1º y 3º del artículo 46, LTA...". Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 184.

sentencia -según veremos en los párrafos siguientes- sólo rige, a nuestro juicio, cuando se pretende demandar por el procedimiento del artículo 46 de la LTA.

Como contrapartida de lo anterior, nos parece que si un individuo desea demandar por la vía ordinaria la indemnización de los perjuicios civiles que ha sufrido y que son consecuencia del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, éste no podrá aprovecharse ni utilizar las previsiones normativas de la LBGMA, y en tal sentido quedará inhabilitado de utilizar la presunción de culpabilidad del artículo 52⁶⁵¹, y su acción quedaría sujeta al plazo de prescripción que establece el artículo 2332 del Código Civil,^{652,653} en tanto su “acción civil no emana del daño ambiental” como lo requiere el artículo 63 de la LBGMA.

Cuestión diversa, según se ha dicho, ocurrirá si dicho particular pretende utilizar las previsiones normativas que le franquea la LBGMA y, a su turno, desee demandar mediante el procedimiento simplificado o más expedito del artículo 46 de la LTA, pues, como veremos a continuación, en dicho caso sí se deberá ejercer primeramente, y por los legitimados activos que contempla la ley, la correspondiente acción de reparación ambiental. De hecho, si se pensara lo contrario, se sometería al particular a la incertidumbre y al arbitrio de la actuación del Consejo de Defensa del Estado y/o la Municipalidad respectiva.

⁶⁵¹ Aunque, se debe mencionar que si existieran infracciones de ley igualmente podría configurarse en su favor y contra el demandado una *culpa infraccional*, presumiéndose dicho elemento.

⁶⁵² El artículo 2332 del Código Civil dispone:

"Artículo 2332. Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto".

⁶⁵³ Contra esta opinión, en lo que juzgamos ha sido un yerro de nuestro máximo tribunal, motivado precisamente por no haber efectuado un rigurosa distinción entre daños ambientales y daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 3174 - 2005, sentencia de fecha 30-05-2007, caratulada "Molina Manzo, Lombardo y otros con CPA Promel Ltda. y Cia. y otro", (especialmente el considerando decimosegundo de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, confirmado por la Corte Suprema); y Excma. Corte Suprema, causa rol 17.148 - 2014, sentencia de fecha 06-10-2014, caratulada "Calfiñir Llancaqueo María con Aguas Araucanía S.A", (especialmente el considerando 4º de la sentencia de remplazo).

2.3.2. *Requerimiento de una indemnización de perjuicios a través del procedimiento especial del artículo 46 de la LTA. Utilización de las previsiones normativas de la LBGMA*

Como señalamos en el párrafo anterior, en el evento que un particular desee utilizar los beneficios que le proporciona la LBGMA, en concreto la presunción de culpabilidad del artículo 52 -si se acepta la tesis según la cual pueden hacerlo⁶⁵⁴-, o bien pretende beneficiarse del plazo de prescripción especial del artículo 63, la correspondiente demanda de indemnización de perjuicios deberá impetrarse al tenor de lo dispuesto en el artículo 46 de la LTA.

En este evento, y a diferencia de la hipótesis analizada en el numeral anterior, se presentan para el demandante las siguientes consecuencias:

(i) ante todo, no podrá ejercer su acción indemnizatoria sino una vez que uno de los legitimados activos que contempla la LBGMA ejerza la acción de reparación o acción ambiental.

Esta circunstancia, en el caso de la norma relativa a la prescripción resulta bastante evidente al tenor del artículo 63, en tanto dispone "*... las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años contado desde la manifestación evidente del daño*".

Consecuentemente, la acción cuyo plazo de prescripción es de cinco años es aquella *emanada del daño ambiental*, razón por la cual mientras este no se declare resulta imposible que pueda *emanar* acción alguna de cualquier naturaleza. En concreto, sin daño ambiental, tampoco habrá acción civil emanada de él.

⁶⁵⁴ Vid. supra (apartado 2.1.4., de este capítulo).

Ahora bien, comoquiera que el daño ambiental sólo puede ser declarado por el Tribunal Ambiental respectivo (artículo 17 N° 2 de la LTA)⁶⁵⁵, es evidente que para poder ejercer la acción de indemnización de perjuicios mediante el procedimiento reglado en el artículo 46 de la LTA, el particular deberá esperar que primero se resuelva la acción ambiental donde se declare la existencia de un daño ecológico puro y se ordene su reparación.

(ii) Habida cuenta de lo expuesto en precedencia, el plazo de prescripción para ejercer la acción indemnizatoria civil en conformidad al artículo 46 de la LTA, se encontrará suspendido mientras la sentencia del Tribunal Ambiental no se encuentre firme y ejecutoriada (artículo 46 inciso 3° de la LTA).⁶⁵⁶

(iii) Para evitar un enriquecimiento injustificado, el juez deberá atenerse, para la determinación de la indemnización de los perjuicios demandados, a la reparación ambiental decretada por el respectivo Tribunal Ambiental.⁶⁵⁷

En síntesis, los particulares que han sufrido un *daño civil derivado de un daño ambiental* poseen a nuestro juicio, alternativamente, la opción de exigir la indemnización de ese daño ya sea a través de las normas de la responsabilidad civil extracontractual de nuestro Código Civil, mediante una demanda impetrada en conformidad al procedimiento ordinario que regula el Código de Procedimiento Civil; o bien mediante el procedimiento especial del artículo 46 de la LTA, en cuyo caso

⁶⁵⁵ El artículo 17 numeral 2) de la LTA dispone:

"Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

2) Conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la ley N° 19.300. Será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado."

⁶⁵⁶ Dispone el artículo 46 inciso 3°:

"Artículo 46.- Indemnización de perjuicios.

inc.3°.- La acción indemnización de perjuicios prescribirá de conformidad a lo dispuesto en el artículo 63 de la ley N° 19.300. Sin perjuicio de lo anterior, la señalada prescripción se suspenderá desde la notificación de la acción de reparación por daño ambiental hasta que se encuentre firme o ejecutoriada la sentencia que ponga término al respectivo proceso o haga imposible su consecución".

⁶⁵⁷ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., pág. 433.

deberán pechar con las dificultades que le impone la coherencia del sistema, especialmente aquella relativa a que deberán esperar a que se declare por un Tribunal Ambiental la existencia de un daño ecológico puro. Pero también podrán beneficiarse con las ventajas que le proporcionan tanto la LBGMA (mejoría del plazo de prescripción; presunción de culpabilidad) como la LTA (procedimiento más expedito, etc.).

2.4. Recapitulando

Recapitulando los postulados desarrollados hasta ahora, pensamos que el criterio más importante que sugiere descartar la aplicación de la LBGMA -salvo, desde luego, en las dos previsiones legales expresas que contiene- para las acciones que persiguen el resarcimiento de los *daños civiles derivados del daño ambiental*, se refiere a dos aspectos fundamentales.

En primer lugar porque dicho cuerpo normativo posee un objetivo completamente diverso, esto es, la tutela del bien jurídico medio ambiente, y en consecuencia la protección de intereses particulares resulta ajena a la Ley.

Y, en segundo lugar, porque no existen motivos de justicia que permitan avalar el establecimiento de un régimen más favorable de reparación de daños civiles por el solo hecho de que éstos tengan como causa o antecedente un hecho que además causa un daño ambiental.

Sobre la base de este razonamiento, es posible percibir entonces que no es propio hablar de una *responsabilidad civil por daño ambiental* sino, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, de *daños civiles derivados u ocasionados por el mismo hecho que provocó el daño ambiental* o bien de *daños civiles que tengan como antecedente un daño ambiental*.

En efecto, no es posible afirmar que exista una víctima del daño ambiental,

sino una víctima del mismo hecho que ocasionó éste. El daño ambiental no es, desde luego, un ente que pueda ocasionar un daño a otro. Al decir de PRIEUR, "según esta concepción el medio ambiente es la fuente del daño y no la víctima del daño"⁶⁵⁸, lo cual, desde luego, no se sostendría en sana lógica.

Por eso la norma contenida en el numeral 2º del artículo 46 de la LTA -que citabamos más arriba- resulta, a nuestro juicio, imprecisa y adolece de un yerro de técnica legislativa, al disponer que la audiencia de contestación de la demanda de indemnización de los daños civiles *derivados* del daño ambiental "... *versará... sobre la relación causal entre los perjuicios y el daño ambiental establecido por el Tribunal Ambiental...*", pues la relación causal -jurídicamente entendido el concepto- no se traba entre el daño que sufrió el medio ambiente (ecológico puro) -que operó sólo como una causa física- y el daño civil individual o particular que sufrió un sujeto, sino entre ambos daños y un determinado hecho que ha sido la causa *jurídicamente entendida* de éstos.

Creemos que esta cuestión podría ser graficada mediante un sencillo ejercicio de mayéutica:

Cuando ocurre un terremoto y se verifican daños en edificaciones de particulares: ¿quién ocasionó esos daños? o en estrictos términos jurídicos ¿a quién debe ser imputado el daño?; en otras palabras ¿a quién se debe demandar la indemnización de tales perjuicios?, ¿a la naturaleza?; no, ciertamente la responsabilidad no puede ser perseguida en la naturaleza o el medio ambiente; el responsable -jurídicamente entendido el concepto- es el constructor del edificio y los demás profesionales que intervinieron en su edificación (ese es el acto ilícito que se debe conectar causalmente con el daño), puesto que el terremoto -como el daño ambiental- son sólo un medio transmisor de los efectos de la actividad dañosa, una causa física que lógicamente no permite operar por sí sola como un factor jurídico de imputación de un resultado.

⁶⁵⁸ Cfr. PRIEUR, Michel, ob. cit., pág.728.

En este entendido, lo propio ocurre con el *daño civil derivado del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*, el causante -"responsable" en los términos que usa HART en la quinta acepción que utiliza en el ejemplo que hemos estudiado⁶⁵⁹- es el sujeto que provocó el daño ambiental -y no éste último- y por lo tanto se trata de una hipótesis pura y simple de daños civiles. Aquí el daño ecológico opera como un medio transmisor del resultado dañoso particular. Por ello, estimamos que el hecho de que el daño civil particular tenga como antecedente un daño ecológico puro no *entinta* de ambiental al daño individual sufrido por el o los particulares.⁶⁶⁰

De esta manera, no se vislumbran motivos de conveniencia ambiental que permitan justificar la entrega de mayores herramientas a sujetos que persiguen única y exclusivamente la reparación de su propio patrimonio -o intereses extrapatrimoniales jurídicamente tutelados-.

Finalmente, esta tesis también representa un valor para las víctimas de los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*, pues de lo contrario y habida consideración de que el daño ambiental debe ser *significativo*,

⁶⁵⁹ Vid. supra (capítulo primero; 3).

⁶⁶⁰ En España, el *Anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental* de fecha 29 de marzo de 1999, elaborado por el Ministerio del Medio Ambiente, contemplaba una definición de daño -sin apellido y a un lado de lo que denominaba *deterioro del medio ambiente*- muy amplia indicando que era *todo daño físico, moral o patrimonial, incluido el lucro cesante, sufrido por personas o administraciones públicas, causado como consecuencia del ejercicio de alguna de las actividades con incidencia ambiental, siempre que se produzca a través de un elemento del medio ambiente, actuando éste como medio transmisor de los efectos de la actividad dañosa*". En tal sentido, en dicho proyecto de responsabilidad ambiental se contemplaba una regulación única tanto para los daños ecológicos puros como para los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó éste. Esta circunstancia, como bien observaba Díez-PICAZO GIMÉNEZ, enlodaba la definición de un profunda ambigüedad por cuanto, como ejemplificara la autora, "el disparo de una pistola actúa a través de un elemento del medio ambiente que es el aire" y nadie podría plantear el despropósito de que los daños ocasionados por la bala percutada y la responsabilidad emanada de ellos, fuera a ser establecida conforme a una legislación ambiental. Cfr. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "Responsabilidad Civil Ambiental...", cit., pág. 133. Para un análisis del *Anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental* de fecha 29 de marzo de 1999, Vid. GOMIS CATALÁ, Lucía, "Sobre el Anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental", en *Revista Derecho y Medio Ambiente*, vol. I, Nº 0, (1999), págs. 65 y ss.

confundir ambos regímenes importaría una trascendente limitación -nuevamente injustificada- a quienes sólo les interesa la reparación de sus daños particulares, por cuanto, de existir la pretendida responsabilidad civil-ambiental, si los daños individuales no son *significativos* -en los especiales términos del la LBGMA- entonces la víctima estaría privada de ejercer la acción indemnizatoria.⁶⁶¹ En este caso, debería recurrir a las normas del Código Civil y en tal caso, cabe preguntarse qué sentido tiene entonces pretender la existencia de un régimen de naturaleza civil-ambiental.⁶⁶²

En síntesis, a nuestro juicio, estas consideraciones permitirían demostrar que la regulación y reparación de los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental* se encuentra excluida del régimen de responsabilidad que establece la LBGMA, y, en consecuencia, las menciones que efectúa dicho cuerpo normativo a la reparación de este tipo de daños (indemnización) son meramente referenciales y aclaratorias -con excepción de los artículos 52 inciso 2º y 63-.

Asimismo, estas referencias tampoco buscan establecer un régimen especial de naturaleza civil-ambiental para la reparación de los daños civiles que tienen como antecedente un daño ambiental.⁶⁶³

3. La reparación del daño ambiental en la LBGMA

⁶⁶¹ En tal sentido nuestra Corte Suprema ha reconocido que a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad por daño ambiental, en la responsabilidad civil extracontractual se debe reparar todo daño. Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/3422/2011 (considerando decimonoveno). Sobre el particular, Vid. supra (apartado 1.3.4., de este capítulo).

⁶⁶² En contra, BARROS BOURIE, al indicar: "En circunstancias que la definición legal se extiende a la acción indemnizatoria y a la acción ambiental, la exigencia que el daño sea significativo se aplica a ambos por igual". Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 804.

⁶⁶³ De hecho, el propio BARROS BOURIE, reconoce esta circunstancia al señalar: "En consecuencia, la Ley del medio ambiente no ha introducido cambio alguno al régimen general de la responsabilidad civil". (Ibídem, pág. 799).

3.1. Definición de reparación en la LBGMA

La LBGMA define en su artículo 2 letra s) qué debe entenderse por *reparación* del medio ambiente o de uno o más de sus componentes dañados. Dispone la norma en comento:

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

s) Reparación: la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas".⁶⁶⁴

3.2. Elementos que integran el concepto de reparación del daño ambiental en la LBGMA

A la luz de lo dispuesto en la LBGMA, es posible concluir que los elementos que conforman el instituto jurídico de la *reparación* de los daños ambientales en dicho cuerpo normativo son los siguientes:

(i) se trata de una acción, que debe ser llevada a cabo por el sujeto responsable del daño ambiental;

⁶⁶⁴ Doctrinariamente, podemos decir que, "por otro lado, la restauración ambiental desde una perspectiva ecológica habrá de definirse así como la restauración de la interacción o interrelación ecológica, de la funcionalidad ambiental que los elementos ambientales dañados han dejado de aportar a consecuencia del daño. Y, por lo tanto, desde el concepto de medio ambiente como elemento imprescindible para la obtención de una adecuada calidad de vida, la restauración de todos aquellos factores que resulten dañados y que sean necesarios para mantener esa calidad de vida, refiriéndose así tanto a la restauración del medio natural como del medio urbano y de aquellos aspectos sociales, culturales, etc., que incidan en tal calidad de vida". Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, *El deber jurídico de restauración ambiental*, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 94.

(ii) consiste en la reposición del medio ambiente o de uno o más de sus componentes dañados a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado; y

(iii) frente a la imposibilidad de reponer el medio ambiente -o uno o más de sus componentes dañados- en los términos indicados precedentemente, la reparación consiste en la obligación de restablecer las propiedades básicas éstos.

En las páginas que siguen analizaremos cada uno de estos elementos.

3.2.1. *La acción de reparar el medio ambiente o uno o más de sus componentes dañados*

Nos parece que este elemento es el que menos problemas de análisis presenta con respecto al concepto y la noción de reparación de los daños ecológicos puros en conformidad a las disposiciones de la LBGMA.

En efecto, a nuestro entender, no cabe duda alguna de que la reparación de los daños ambientales debe ser llevada a cabo mediante una acción enderezada a cumplir con los fines que se analizarán a continuación, esto es, *reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño* o, de no ser ello posible, *a restablecer las propiedades básicas del ambiente*.

Luego, y sin perjuicio de la obviedad que representan los asertos postulados en precedencia, lo que sí debe destacarse sobre esta cuestión es que la LBGMA al indicar que la *reparación* consiste en un *facere*, está disponiendo que, tratándose de los daños ambientales, ésta debe llevarse a cabo siempre *in natura*, esto es, mediante una *acción* (algunos señalan mediante una *obligación de hacer*)⁶⁶⁵

⁶⁶⁵ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos...*, 2ª edición, cit., pág. 413; y ASTORGA JORQUERA, Eduardo, *Derecho ambiental chileno...*, 3ª edición, cit., pág. 353.

destinada a restaurar el ambiente dañado en los estrictos términos que señala en su artículo 2 literal s), y no mediante una indemnización (*dare*), ya que ésta última claramente no se configura como una *acción*.

En efecto, la idea de que la *reparación* consista en una acción, lleva implícita la manifestación de voluntad del legislador en orden a que el daño ambiental debe ser reparado mediante la implementación de medidas tendientes a hacerlo desaparecer o, cuando menos, a morigerar sus efectos al mínimo posible restableciendo las funciones ambientales que prestaba el recurso en cuestión; y no en la posibilidad que el mismo sea compensado a través de una indemnización de perjuicios.

De esta forma, a nuestro juicio, parece que la exigencia de una reparación efectuada a través de *acciones* resulta un elemento bastante inequívoco al momento de precisar cuáles son las únicas formas de restauración del ambiente dañado que la LBGMA acepta o, al menos, cuál es el espíritu que sobre el particular subyace a ese cuerpo normativo.

Como hemos dicho, volveremos sobre este asunto en este mismo capítulo, al tratar la posibilidad de reparar el medio ambiente a través de una indemnización sustitutoria, de manera tal que para un análisis más profundo nos remitiremos a lo que en aquel lugar se diga.

3.2.2. La reposición del medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño

Lo primero que podemos señalar en este punto, es que, en plena sintonía con lo expuesto en precedencia, la LBGMA es clara al indicar que el objeto de la *reparación* es la reposición del medio ambiente a una calidad *similar* a la que tenía con anterioridad al daño. Esto es, según se viene diciendo, que para la ley la reparación debe ser *in natura* o en *especie*, lo cual involucra que la misma consistirá

en remediar los daños -de ser posible- en la fuente en que se produjeron, restableciendo específicamente el entorno o el componente ambiental dañado, amén de atacar la causa de éstos.⁶⁶⁶

En tal sentido, las medidas de reparación que se impongan por los sentenciadores que conozcan las *acciones ambientales* deben hacerse cargo de estas dos cuestiones. En primer lugar de reparar el ambiente dañado restableciéndolo, cuando menos, a una condición similar; pero también, y en segundo lugar, ordenando y disponiendo las medidas pertinentes para eliminar la causa de dicho daño ambiental.

Ello, es una imposición natural de las dos fases del *principio de corrección de los daños ambientales preferentemente en su fuente* que hemos estudiado en este trabajo⁶⁶⁷, cuyo fundamento orbita en que la reparación del daño ambiental supone que el elemento reparado no sólo deje de estar dañado, sino también deje de dañar.⁶⁶⁸

Un segundo aspecto al que debemos referirnos, y que se trata muy probablemente del elemento más determinante a considerar sobre esta materia, es que la LBGMA permite que la reposición sea *a una calidad similar*, esto es, que el medio ambiente o componente dañado sean restablecidos a un estado que no se pretende idéntico al que tenían con anterioridad al evento lesivo.

En efecto, la LBGMA utiliza un importante criterio de realidad en este punto, - que, por lo demás, permite que la norma goce de mayor eficacia- por cuanto se hace

⁶⁶⁶ Bajo los postulados de este principio se impone también la obligación -implícita- de que la reparación *in natura* sea además *in situ*, esto es, que ésta se lleve a cabo en el lugar mismo donde se produjo el daño ambiental.

⁶⁶⁷ Vid. supra pág. (capítulo cuarto; 1.2).

⁶⁶⁸ So pena de ser majaderos, debemos reiterar una vez más, en este punto, aquella máxima que indica que "*un recurso contaminado es un recurso contaminante*".

cargo de la imposibilidad, en casi todas las ocasiones, de restituir el medio ambiente dañado a una condición idéntica a la que tenía con anterioridad al daño.⁶⁶⁹

En definitiva, la ley asume que en un altísimo porcentaje de los casos será imposible hacer desaparecer el daño ambiental y que en consecuencia la aspiración de indemnidad ambiental debe ser morigerada, al punto que la reparación que se exige no implica la devolución del ambiente o componente dañado a un estado idéntico, sino a uno semejante.

Esta circunstancia, como veremos más adelante, implica que la reparación *in natura* en materia de daños ecológicos puros se distancie considerablemente de aquella que conoce la responsabilidad civil extracontractual, donde una reparación de esta especie exige rigurosamente el restablecimiento a un *status quo* idéntico al que existía con anterioridad al daño.⁶⁷⁰

Esto se debe a que "el mismo estado anterior del daño puede ser incierto. Los ecosistemas son dinámicos y pueden evolucionar de forma cíclica o no. Difícilmente se dispondrá en cada momento de datos sobre todas las especies existente en cada uno de ellos, sus relaciones y las relaciones con las de otros ecosistemas".⁶⁷¹

En efecto, como afirma RUDA GONZÁLEZ, "por la misma razón, la reparación en especie no significa que el nuevo recurso deba ser idéntico al anterior. Lo importante no es tanto el carácter único de un recurso natural, sino que se alcance un estado natural cualitativamente igual... de calidad similar..., lo más parecido posible... o de la *condición más parecida*... Así pues, basta que el recurso dañado se repare de

⁶⁶⁹ En un sentido similar se ha dicho que "estas metas menos exigentes y más realistas parecen buscar la conciliación entre el objetivo de proteger el medio ambiente y el de no imponer obligaciones que la naturaleza misma de las cosas haga imposible de cumplir". Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El Derecho Ambiental...*, cit., pág. 326.

⁶⁷⁰ Vid. *infra* (apartado 3.3., de este capítulo).

⁶⁷¹ Cfr. BEGÓN, Michael, *et al.*, *Ecología. Individuos, poblaciones y comunidades*, trad. Miquel Riba y Raymond Salvador, 3ª edición, Omega, Barcelona, 1999, pág. 1019.

manera aproximada, con tal de que tenga un valor ecológico equivalente y que permita que se reconstruya el ecosistema en su conjunto".⁶⁷²

En todo caso, pensamos que no debe creerse que la LBGMA establece una *regla de mínimos* y que el autor del daño al medio ambiente pretenda que su obligación de reparación se agota siempre y en todas las hipótesis con una restauración del medio o componente dañado a una condición similar.

Por el contrario, nos parece que la interpretación correcta de la norma debe llevar al entendimiento que, si fuera posible, el sujeto responsable debería intentar la reparación ambiental en forma idéntica, esto es, devolver al medio o componente dañado a una situación exacta a la que se encontraba con anterioridad al daño, y que sólo en que aquellas situaciones donde ello no sea posible deba restaurarlo a una calidad similar.

Es decir, la reparación *in natura* ordenada por los jueces que conozcan acciones de reparación ambiental debe estar siempre encaminada a una restauración lo más idéntica posible, de tal suerte que sólo por una imposición de las circunstancias se acepte que ésta sea a una calidad similar.

Así, por ejemplo, si el daño ambiental consistió en la destrucción de un hábitat de una determinada especie de fauna salvaje, y resulta posible restaurar dicho hábitat en términos de devolverlo a una condición idéntica a la que tenía con anterioridad al daño ecológico puro haciendo desaparecer completamente dicho daño, la reparación *in natura* sólo estará efectuada si así se lleva a cabo.

Otra cuestión que se debe analizar sobre el particular, dice relación con precisar qué debe entenderse por *condición similar*, o más bien, cuándo se entenderá cumplido este requisito. Al respecto, pensamos, con BERMÚDEZ SOTO, que "será el juez el que tendrá que resolver la cuestión, considerando que sólo ante la

⁶⁷² Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 466.

imposibilidad podrá procederse a una reparación en función de propiedades básicas”.⁶⁷³

Para tales efectos, estimamos que es menester que tome como criterio rector aquel que indica que la reparación debe restablecer los servicios ambientales que prestaba el medio o componente ambiental dañado⁶⁷⁴, de tal manera que si se logra un restablecimiento de dichos servicios ambientales, aunque no sea en forma inmediata, se podrá afirmar que la reparación fue efectuada correctamente.

La reparación, en este sentido, debe consistir “en la devolución, en la medida de lo posible, al suelo, aire y agua, a la fauna, flora, y condiciones ambientales de desarrollo de tales especies, de las propiedades que se hubieran perdido o alterado, de tal forma que los recursos deteriorados y el sistema ecológico recuperaran su funcionalidad alterada”.⁶⁷⁵

3.2.3. El restablecimiento de las condiciones básicas del medio ambiente ante la imposibilidad de su reposición a una calidad similar

Comoquiera que la obligación descrita en el acápite anterior puede no resultar posible, la LBGMA regula esta situación indicando que representa también una forma de reparación del daño ecológico puro el *restablecimiento de sus condiciones básicas*. Con ello, la norma vuelve a utilizar un criterio de realidad que soluciona los problemas prácticos que desbordan a la dogmática jurídica o incluso a la ciencia ecológica.

En definitiva, se hace cargo de una situación de frecuente ocurrencia, esto es, de aquella nota distintiva de la mayoría de los daños ambientales que da cuenta de

⁶⁷³ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos...*, 2ª edición, cit., pág. 409.

⁶⁷⁴ Ídem.

⁶⁷⁵ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Instrumentos jurídicos preventivos y represivos en la protección del Medio Ambiente”, en *Documentación Administrativa*, N° 190, (1981), págs. 459.

que éstos no pueden ser reparados ni siquiera a una calidad similar en innumerables ocasiones.

Esta previsión de la LBGMA viene a reafirmar la idea de que en materia de reparación de los daños ecológicos puros, el único mecanismo que contempla dicho cuerpo normativo es la reparación *in natura*, la que en esta materia adquiere contornos especiales, según se ha dicho y se reiterará en el acápite siguiente.

En efecto, la obligación de reponer a una calidad similar pone de manifiesto una vez más que para la LBGMA la indemnización sustitutoria como medida de reparación de los daños ecológicos puros no parece tener cabida o al menos sólo residualmente según se verá algunos párrafos más adelante.⁶⁷⁶

Con respecto a las dificultades que suscita este tipo de reparación, y siguiendo a BERMÚDEZ SOTO, podemos afirmar que son fundamentalmente dos: (i) “la dificultad de determinar la forma en que se pueden restablecer dichas condiciones básicas, máxime cuando el daño al medio ambiente ha sido considerable, problema comparable al ya señalado de lo que se debe entender por «calidad similar»; y (ii) el problema de determinar qué ocurre en aquellos casos en que ni tan siquiera es posible el restablecimiento de las propiedades básicas”.⁶⁷⁷

A nuestro juicio en relación a la primera problemática planteada, tratándose una vez más de un concepto jurídico indeterminado⁶⁷⁸, la solución debe ser abordada en la casuística y en tal sentido serán los jueces -en el caso chileno los Ministros del Tribunal Ambiental- quienes deban resolver esta cuestión caso a caso.

⁶⁷⁶ Esta idea es también seguida entre nosotros por BERMÚDEZ SOTO, quien expresa “ello plantea una diferencia en materia de responsabilidad ambiental, en ella no se presenta una dicotomía reparación *in natura* versus indemnización de perjuicios, al modo de la responsabilidad civil. En la responsabilidad ambiental, en caso de no ser posible la reparación del medio ambiente o de alguno de sus componentes en una calidad similar, procederá la reparación consistente en “restablecer sus propiedades básicas”. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos...*, 2ª edición, cit., pág. 410.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, pág. 411.

⁶⁷⁸ Sobre esta noción, Vid. *supra* (apartado 1.3., de este capítulo).

Sin perjuicio de ello, creemos que al igual que en el caso de la reparación a una calidad similar, tratándose de la restauración de las propiedades básicas, las medidas, acciones o actividades deben procurar restablecer aquellos elementos que permitían al recurso dañado prestar los servicios ambientales más importantes.

Con todo, en ambas situaciones [reparación a una calidad similar o de las condiciones básicas] deberán usarse las «mejores técnicas disponibles», es decir, deben emplearse las actividades más eficaces en reparar lo dañado, usando las técnicas más avanzadas que se conozcan, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 2° letra m bis), referido al daño por contaminación.⁶⁷⁹

Con respecto a la segunda inquietud, esto es, qué ocurre en aquellas hipótesis de daños ambientales en que ni siquiera es posible restablecer las condiciones básicas, nos remitimos a lo que señalaremos algunos párrafos más abajo a propósito de la posibilidad de aceptar una reparación ambiental vía indemnización sustitutoria o vía compensación ambiental.

3.3. Tipos de reparación del Daño ambiental y su aplicación en la LBGMA

3.3.1. Reparación *in natura*

3.3.1.1. Sentido en el cual se utiliza el término reparación *in natura* en este trabajo

Todos los elementos que hemos analizado en precedencia demuestran, a nuestro juicio, que el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA contempla como *tipo* de reparación aquella que consiste en la denominada *reparación in natura*.

⁶⁷⁹ Cfr. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental...*, 3ª edición, cit., pág. 168.

Ahora bien, creemos que el primer elemento que permite acrisolar -en abstracto- en qué consiste este tipo de reparación en materia ambiental, dice relación con precisar una cuestión que ya hemos mencionado en este trabajo y que ha sido puesta de manifiesto entre nosotros por BERMÚDEZ SOTO. En efecto, para él la reparación *in natura* de la LBGMA no es aquella que conoce el Derecho civil, sino que se trata de una especial forma de *reparación en equivalente*, puesto que, a su juicio, la reparación específica, idéntica o *in natura* en la práctica ambiental es imposible.⁶⁸⁰

Para arribar a dicha conclusión, el destacado profesor afirma que la circunstancia de tratarse de la reparación de un bien jurídico peculiar es un extremo que resulta de importancia "porque las formas tradicionales de reparación del Derecho civil, tales como la reparación *in natura* y la indemnización de perjuicios al parecer no ofrecen una solución admisible cien por cien para estos casos. Por un lado, porque por lo general en materia ambiental la *reparación in natura* o *restitutio in integrum* no es posible de ser predicada para la mayoría de los casos...".^{681,682}

En este sentido, nos parece acertada la precisión del autor en torno a que la reparación *in natura* del Derecho civil es impracticable en materia de daño ecológico

⁶⁸⁰ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de...*, 2ª edición, cit..., pág. 412

⁶⁸¹ *Ibidem*, pág. 408. Posteriormente, concluye que las formas de reparación que contempla la LBGMA "en el fondo... son formas de reparación *en equivalente* frente a un daño que por significativo hace imposible la vuelta al *status quo* anterior". (*Ibidem*, pág. 412.) A nuestro entender, nos parece que denominar la reparación regulada en la LBGMA como *reparación por equivalencia* induce al equívoco de pensar que se trata de una indemnización de perjuicios, precisamente por tratarse de una nomenclatura propia del Derecho civil. Para nosotros, como expondremos a continuación, la precisión debe efectuarse señalando que se trata de una reparación *in natura especial*, que no responde al concepto tradicional utilizado por la responsabilidad civil sino a una tipo de reparación propia de la responsabilidad por daño ambiental que regula la LBGMA.

⁶⁸² Esta cuestión ha sido también sostenida por la doctrina española, donde se ha señalado "la reparación *in natura* entendida como la restitución exacta del medio a su estado de origen (antes de sufrir un daño) es, evidentemente, imposible: la reparación *in natura* siempre será una reparación relativa, una reparación parcial. La consecución del *statu quo ante* se somete a numerosas dificultades científicas y técnicas: en primer lugar, a menudo se desconoce el estado inicial del medio agredido al carecer de inventarios o estudios científicos globales realizados antes de la agresión, en cuyo caso difícilmente se podrá evaluar el daño que se quiere reparar". Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucía, ob. cit. pág. 260. En un sentido idéntico también: RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., págs. 465-466; PRIEUR, Michel, ob. cit., pág. 751.

puro; y para nosotros es un elemento adicional que demuestra la peculiar naturaleza jurídica del régimen de responsabilidad por daño ambiental consagrado en la LBGMA y su autonomía con respecto a la responsabilidad civil extracontractual.⁶⁸³

Empero, debemos precisar que la utilización que hacemos del término en este trabajo es para explicar y puntualizar que se trata de un tipo de reparación diversa a la *reparación por equivalencia o indemnización de perjuicios*. De esta manera, el término se emplea, fundamentalmente, para manifestar o resaltar que se trata de un tipo de reparación que no consiste en una *indemnización de perjuicios*, sino en una especial forma de *reparación primaria o restitutiva*⁶⁸⁴ cuyos márgenes se encuentran expresamente delineados por la LBGMA según se señaló en los acápites precedentes.

Consecuentemente, la reparación *in natura* de la que hablamos en este trabajo, y que se refiere exclusivamente a aquella que se lleva a cabo en materia ambiental, no consiste en la reparación *in natura* propia del Derecho civil, por lo que, en estrictos términos científicos, para nosotros la reparación *in natura* que no puede predicarse o que es irrealizable en materia ambiental es aquella que conoce el Derecho privado.

Por ello, creemos que en materia de responsabilidad por daño ecológico puro - al menos en nuestro país- se consagra una especial forma de reparación *in natura*, que no es aquella que reglamenta el Derecho civil y que se diferencia de ésta, fundamental y eminentemente, porque no consiste en una restauración exacta del componente dañado, sino en una restauración que, considerando las

⁶⁸³ Esto era advertido tempranamente por la doctrina en Derecho comparado, afirmándose al respecto que “tanto la reparación *in natura* cuanto la compensación económica presentan dificultades prácticas insuperables que obligan, por un lado, a limitar el alcance de la reparación y, por otro, a buscar soluciones alternativas de inspiración colectiva más allá del mecanismo clásico judicial de corte individualista que informa todo esquema de responsabilidad civil”. Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucía, ob. cit., pág. 247.

⁶⁸⁴ BETANCOR señala, a este respecto, que se trata de una reparación que hace posible “que el recurso recupere su estado en el momento en que el atentado se produjo, la denominada reparación primaria, la reparación restitutiva”. Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho Ambiental...*, cit., pág. 285.

particularidades del daño ambiental, puede consistir en el restablecimiento de una calidad similar e incluso en el restablecimiento de las propiedades básicas del entorno o componente ambiental dañado.

Debido a esto, pensamos que si se quiere ser rigurosamente exactos, lo correcto sería afirmar que la reparación *in natura* del Derecho civil es impracticable en materia ambiental, razón por la cual en dicho campo se conoce una particular forma de reparación primaria.

Efectuada esta aclaración preliminar, es posible abocarse a delimitar e intentar exponer cuáles son los caracteres fundamentales de este tipo de reparación, los cuales nos permitirán comprobar si a la luz de los elementos analizados en los párrafos precedentes, la reparación que la LBGMA contempla es o no un tipo de reparación *in natura*.

3.3.1.2. La reparación *in natura* como el mecanismo más idóneo para la reparación del daño ambiental: objetivos y obligaciones que comprende

Como se ha dicho, "la reparación en *especie*, *específica* o *in natura* es la modalidad de reparación preferida por la mayoría de los regímenes de responsabilidad ambiental. En algunos es incluso la única posible, debido a la dificultades de valorar los daños ecológicos puros".⁶⁸⁵ En efecto, desde antiguo se afirmó que "el deber del juez de imponer, cuando sea posible, en caso de condena por daño ambiental, la restauración de los lugares representa seguramente el instrumento de tutela más idóneo y de eficacia preventiva, constituyendo una oportuna solución a la más limitada tutela ofrecida por el resarcimiento del daño por equivalente".⁶⁸⁶

⁶⁸⁵ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 463.

⁶⁸⁶ Cfr. BERTOLINI, Luigi, "Il danno ambientale e la tutela dell' ambiente tra diritto pubblico e privato", en a cura di Antonella Ferranti y Alessandro Pascolini, *La qualità della vita e l'ambiente*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, pág. 79. Citado por CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, ob. cit., pág. 267. En este mismo sentido, Vid. MARTÍN MATEO, Ramón, "Valoración de los daños ambientales", en *Revista de Derecho*

Esta reparación busca hacer desaparecer el daño eliminando sus huellas, empero, como se puso de manifiesto en los párrafos precedentes, dicho cometido se encuentra firmemente matizado en materia ambiental -y es así legalmente reconocido en nuestro país- estimándose como suficiente aquella reparación *in natura* que permita restablecer las condiciones del medio o componente ambiental dañado a una calidad similar.

En definitiva, en materia de reparación de daños ambientales la reparación *in natura* se verifica, dándose ciertas condiciones, incluso si las huellas del daño no desaparecen o no se logra regresar a un *status quo* inexorablemente idéntico al que existía con anterioridad al daño.

Ahora bien, la predilección por este tipo de reparación en materia ambiental conlleva asumir que se trata de una reparación que además de consistir en la restauración del medio o componente ambiental dañado, impone la obligación de eliminar también la causa del daño (*restitutio in pristinum*).⁶⁸⁷

Ambiental. Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho. Universidad de Chile, N° 1, (2003), pág. 61; y REHBINDER, Eckard, "Evaluation et réparation du dommage écologique", en Gilles Martin (director), *Le dommage écologique en Droit interne, communautaire et comparé. Actes du Colloque de la S.F.D.E., 21 et 22 mars 1991*, Editorial Economica, Paris, 1992, pág. 113.

⁶⁸⁷ Como señala DI GIOVANNI, "la forma más eficaz de tutela frente al ilícito ambiental es la cesación de la actividad lesiva". Cfr. DI GIOVANNI, Francesco, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1982, pág. 121. En un sentido similar, GOMIS CATALÁ, quien manifiesta que "la adopción de medidas tendientes a evitar la repetición de daños en el futuro debe considerarse como una máxima ineludible: de lo contrario se estaría admitiendo el «derecho a dañar indemnizando». En consecuencia, la reparación del daño objetivo fundamental de todo sistema de responsabilidad, comprende un concepto más amplio que la mera reparación *in natura* o indemnización y abarca también, aunque sea de manera implícita, la adopción de medidas preventivas: así, por ejemplo, ¿de qué le sirve al ordenamiento norteamericano establecer un sistema tan *sui generis* de responsabilidad si cuando por fin consigue la reparación del daño no toma -u obliga a tomar- las medidas necesarias que garantizan su permanencia y evitan que se repitan? La reparación del daño a los *naturale ressources* implica el establecimiento de tales medidas". Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucia, ob. cit., pág. 254. Aunque su opinión es matizada tratándose de la orden de cese de la actividad dañosa, en tanto afirma "... el objetivo de la reparación ha de entenderse en un sentido amplio pero diferenciado de un aspecto que comúnmente se suele incluir en su seno como es el cese de la actividad u omisión causante o susceptible de causar el deterioro ambiental (*injunctive relief*)... La cuestión del posible cierre de instalaciones contaminantes plantea no pocos problemas, sobre todo en relación con

Es decir, es un tipo de reparación que involucra las dos fases del *principio de corrección de los daños preferentemente en su fuente*. En efecto, la acción ambiental carecería de sentido si la perturbación amenaza con repetirse, siendo paradójico que se condenase al autor a reparar los daños pero se le permitiese seguir causándolos en el futuro.⁶⁸⁸

En otra esfera de consideraciones, se debe mencionar que las ventajas más destacables que hacen a este tipo de reparación el mecanismo más idóneo tratándose de los daños ambientales, se refieren fundamentalmente a la circunstancia que ésta satisface mejor el interés colectivo de que se recupere el equilibrio medio ambiental perdido con el daño; permite evitar los problemas que devienen de la dificultad para valorar el daño ambiental; entre otras.⁶⁸⁹

Con respecto a los objetivos que se pretenden y que deben ser alcanzados para que la reparación *in natura* del daño ecológico puro pueda estimarse satisfactoria, es importante destacar que sin perjuicio de que se adopte la tesis de la *vuelta al status quo ante* o la de *la reposición al estado hipotético* -ambas serán analizadas a continuación- lo importante es que la reparación debe implicar que el medio ambiente o componente dañado recupere sus funciones ambientales perdidas.⁶⁹⁰

aquellas que posean la pertinente licencia administrativa...". *Ibidem*, pág. 248. También partidario de esta concepción amplia de la reparación *in natura* se manifiesta JORDANO FRAGA, Jesús, "La responsabilidad de la Administración...", cit., pág. 109.

⁶⁸⁸ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 463. De allí que cierta doctrina afirme que "debemos aclarar que la reparación *in natura* no es exactamente lo mismo que la *restitutio in pristinum*, ya que aquélla es un concepto más amplio. Efectivamente, con esa expresión hacemos alusión no solamente a la restitución de la cosa a su estado inicial tras una lesión a la misma, sino que engloba también la evitación de futuros daños a la misma gracias a la adopción de medidas correctoras". Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José, "«La restitutio in pristinum» como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente" en *Medio ambiente y Derecho. Revista Electrónica de la Universidad de Sevilla*, (2002), disponible en: http://personal.us.es/patroclo/publicaciones_pdf/la_restituio_in_pristinum.pdf.

⁶⁸⁹ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 471.

⁶⁹⁰ Sobre el particular, Vid. infra (apartado 3.1., de este capítulo).

Por ello, es posible que tengan que introducirse más ejemplares de los dañados. También, es posible que un árbol centenario destruido pueda sustituirse por un árbol joven, si cumple la misma función desde el punto de vista ecológico - v.gr. como filtro de aire y fuente de oxígeno-. El aspecto puramente estético pasa a un segundo plano.⁶⁹¹

3.3.1.3. Vertientes de la reparación *in natura*: reposición a un *status quo ante* o reposición al estado hipotético en que se encontraría el medio ambiente si el daño no se hubiese producido

Otra cuestión que se debe analizar al momento de precisar los contornos de este tipo de reparación en materia ambiental, es la determinación acerca de cómo deberá llevarse a cabo la reparación *in natura*, considerando las dos opciones que ésta puede ofrecer: (i) la reposición del medio ambiente al estado anterior al daño - *statu quo ante*-; o (ii) la reposición del medio ambiente al estado en que hipotéticamente existiría si el daño no se hubiese producido.⁶⁹²

La reparación *in natura* referida al regreso a un *statu quo ante*, se refiere a la implementación de medidas tendientes a devolver el medio ambiente o componente dañado al mismo estado -o, cuando menos, a una calidad similar- en que se encontraban éstos antes de verificarse el daño ecológico puro.⁶⁹³

Un ejemplo nos puede permitir graficar mejor esta cuestión. Así, si el día 19 de octubre del año 2015 se produce una tala ilegal de un bosque de 100 hectáreas de tamarugos, una vez perseguida y declarada la responsabilidad del autor del daño ambiental, se deberá condenar a éste a una reparación consistente en la

⁶⁹¹ Cfr. WOLFF, Sabine, *Der ökologische Schaden aus kontinentaler und maritimer Sicht*, Fakultät der Universität zu Köln, (s.e), Köln, 1997, pág. 26. Citado por RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 472.

⁶⁹² Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 464.

⁶⁹³ Cfr. LARSON, Marie-Louise, *The Law of Environmental Damage. Liability and Reparation*, Kluwer Law International, Stockholm, 1999, pág. 329.

reforestación de 100 hectáreas de dicha especie, o si ello no fuere posible -porque por ejemplo se hubiera extinguido la especie y no fuera posible su reproducción- a la reforestación de las 100 hectáreas con otra especie que prestara un servicio ambiental similar, así como de cualquier otra medida tendiente a recuperar el medio según el estado en que existía antes del daño.

Por el contrario, la reparación *in natura* consistente en *la restauración al estado hipotético en que se encontraría el medio ambiente o recurso dañado de no haberse producido el daño ecológico puro*, pretende tomar en cuenta la condición dinámica del medio ambiente y en tal sentido ordenar reparar el medio ambiente dañado considerando los aumentos que éste pudo haber experimentado, se trata de reparar considerando, en palabras de LOPERENA ROTA, un supuesto *lucro cesante ecológico*.⁶⁹⁴

En el ejemplo propuesto, para que se produzca una verdadera reparación *in natura* no bastaría con la plantación de las 100 hectáreas de Tamarugos -o de la especie que prestara un servicio ambiental similar-, sino con la plantación de especies que deberán tener el mismo grado de desarrollo que hubieran alcanzado las anteriores, de no ser por el daño. Como afirma un autor "no se trata así de regresar al estado pasado del bien, sino de un verdadero regreso a un futuro hipotético".⁶⁹⁵

En lo que nuestro ordenamiento jurídico respecta, a la luz de lo establecido en la norma contenida en el artículo 2 literal s) de la LBGMA, nos parece que dicho cuerpo normativo ha optado por la reparación *in natura* como reposición del estado anterior del daño, pues así lo manifiesta en términos expresos. En tal sentido, para que pueda estimarse efectuada la reparación bastará con que el sujeto responsable

⁶⁹⁴ Vid. LOPERENA ROTA, Demetrio, "Administración pública y restauración ambiental", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 634, (2004), págs. 1-7.

⁶⁹⁵ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 465.

devuelva el medio ambiente o el componente dañado a una calidad idéntica o similar a la que tenía con anterioridad a su acción.

Es probable que una regla como esta permita evitar las especulaciones hipotéticas sobre la evolución del recurso⁶⁹⁶ y en tal sentido disminuya las incertidumbres jurídicas en una tierra fértil para éstas y donde efectivamente abundan. Empero, no se puede dejar de reconocer que con ello se pasa por alto que el medio ambiente posee una intangibilidad que no es análoga a la de bienes que suelen permanecer siempre iguales.⁶⁹⁷

3.3.2. Los límites a la reparación in natura: reparación y principio de proporcionalidad

Sin perjuicio de todo lo dicho en precedencia en relación con las ventajas que la reparación *in natura* presenta como mecanismo de reparación de los daños ecológicos puros y que lo configuran como el método más idóneo para tal cometido, surge la inquietud respecto a si este tipo de reparación deba llevarse a cabo siempre y bajo cualquier circunstancia.

En este sentido, es importante evaluar si, aun cuando hemos visto que la LBGMA es bastante clara al establecer que es éste el tipo de reparación que contempla, la interpretación de las normas de dicho cuerpo legal a la luz de los principios generales del Derecho ambiental -en particular- y del Derecho público -en general- impondrían la obligación de reconocer que, al menos en teoría pura, existirían ciertos límites que morigeran la exigencia de una reparación *in natura* en todas las situaciones en que se inflija un daño ecológico puro.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, pág. 464.

⁶⁹⁷ *Ídem*.

Por ello, en estas líneas se pretenderá analizar qué ocurre en aquellos casos en que aunque la reparación *in natura* sea técnicamente posible, ésta no sea ventajosa ni razonable en términos económicos.⁶⁹⁸

Para comenzar, quizá sea necesario reconocer que la reparación *in natura* en algunos casos puede comportar desembolsos importantes que deben compararse con los beneficios ambientales que hipotéticamente se derivarán de ésta; se busca, en consecuencia, evaluar si exigir este tipo de reparación no puede terminar a la larga por generar costos mayores a los beneficios ambientales que proporciona.⁶⁹⁹

Ahora bien, es importante resaltar que este análisis no dice relación con descartar la reparación *in natura* en atención a si los costos de ésta exceden el valor del recurso natural dañado; en tal sentido "el coste de reparación es exigible por caro que sea".⁷⁰⁰ Lo que aquí se pretende clarificar, es si existiendo una vía de reparación menos dispendiosa para el sujeto pasivo de ella, ésta debe preferirse como un medio alternativo de la reparación *in natura* del daño ambiental.

En este sentido, para GOMIS CATALÁ, "la «reparación adecuada» del daño al medio ambiente en la práctica sólo tendrá lugar si es técnicamente posible y económicamente razonable. El principio de proporcionalidad limita, por lo tanto, el alcance de las medidas de reparación a aquellas medidas «óptimas» fruto de la comparación entre el coste de las mismas y el resultado ventajoso obtenido".⁷⁰¹

En todo caso, como ella misma lo reconoce, "si desde una óptica general la delimitación de este principio plantea problemas, mayores dificultades suscita cuando se refiere a la reparación del daño ambiental: por una parte, trae a colación la ardua

⁶⁹⁸ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 466.

⁶⁹⁹ Este es un análisis plenamente conocido en el Derecho americano, donde, verbigracia, en materia de descontaminación de suelos, incluso influye en el tipo de medidas que se podrán o deberán llevar a cabo. Sobre el particular, Vid. RODGERS Jr., William, *Environmental Law*, 2nd edition, West, St. Paul, 1994, pág. 731.

⁷⁰⁰ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 467.

⁷⁰¹ Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucia, ob. cit., pág. 260.

determinación de la cuantificación económica del daño... y por otra, la valoración del beneficio obtenido desde el punto de vista ecológico”.⁷⁰² En consecuencia, estamos frente a un problema que debe ser considerado si se acepta la mentada limitación en virtud del principio de proporcionalidad.

Para analizar esta situación en el ordenamiento jurídico chileno, en nuestro entendimiento, el problema pasará por determinar si se acepta, o no, que un daño ambiental pueda ser calificado como *irreversible* sobre la base de un criterio económico, esto es: cuando el costo de la reparación *in natura* exceda manifiestamente el beneficio ambiental que proporcionará el componente ambiental restaurado.

En efecto, creemos que este es el único criterio que permitiría limitar la reparación *in natura*, por cuanto es el único que habilita a implementar otras medidas de reparación según se analizará más adelante.⁷⁰³

En un sentido similar, se ha dicho que “los límites a ese deber de restaurar vienen dados, principalmente, por el principio de proporcionalidad, de modo que únicamente procedería la restauración ambiental cuando los gastos empleados en ella sean proporcionales al beneficio ecológico que se pretende. En caso contrario, nos encontraríamos ante un daño ambiental irreversible e irreparable. Esa imposibilidad de restauración puede existir entonces por motivos técnicos, cuando el estado de la ciencia y de la técnica en ese momento se muestra insuficiente para la rehabilitación del medio, o por motivos económicos razonables desde el punto de vista económico. La rehabilitación del medio no sería procedente efectivamente cuando los gastos sean más elevados que el beneficio real para el medio ambiente, siempre que haya medidas alternativas a una concreta rehabilitación que suponga

⁷⁰² *Ibidem*, 261-262.

⁷⁰³ Vid. *Supra* (apartados 3.3.3. y 3.3.4., de este capítulo). En dicha oportunidad, veremos que ante daños ambientales irreversibles existen al menos dos alternativas para exigir la reparación: (i) aceptar la tesis que aboga por el otorgamiento de una *indemnización sustitutoria*; o (ii) aceptar aquella que postula ante este tipo de eventos la restauración mediante una *compensación ambiental* -tesis a la cual adscribimos-.

idéntica efectividad y tenga un coste menor. Es decir, cuando el coste de restauración exceda desproporcionadamente del beneficio que se obtendría con dicha restauración no será procedente ésta”.⁷⁰⁴

Con respecto a esta situación, y al igual como ocurre en el Derecho europeo^{705,706}, pensamos que en nuestro ordenamiento jurídico es posible admitir la limitación a la reparación *in natura*, esto es, a la reparación del componente ambiental concreto que fue afectado, cuando la misma resulte económicamente

⁷⁰⁴ Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, ob. cit., págs. 97-98. En idéntico sentido DE MIGUEL, quien además enfatiza que en materia medioambiental se debe ser mucho más riguroso al momento de aceptar esta situación. En efecto, afirma el autor: “En primer lugar, puede decirse que generalmente se considera que cuando la reparación *in natura* es muy costosa, estamos ante un supuesto de imposibilidad de tal reparación, lo que deja la vía libre a la indemnización. En el caso de daños al medio ambiente, en cambio, esta idea, si no desaparecer (sic), si deberá reducirse sustancialmente, y aplicarse con un criterio más restrictivo, sólo para aquellos casos en que el coste de reparación *in natura* exceda desproporcionadamente del propio beneficio obtenido con la reparación”. Cfr. MIGUEL, Carlos DE, *La responsabilidad...*, cit., pág. 226. Con respecto a los dichos de este autor, nos queda sólo adelantar que, como se verá en los acápites siguientes, a nuestro entender parece dificultoso poder aceptar una indemnización sustitutoria en el ordenamiento jurídico nacional.

⁷⁰⁵ En el Derecho europeo, como explica el profesor SANZ RUBIALES, procede la limitación que comentamos. Afirma el autor: “La reparación *in natura*, entendida como la restitución exacta del bien dañado a su estado original, previo a la producción del daño, es prácticamente imposible; siempre será una reparación relativa, parcial: por una parte, la íntegra reparación tiene importantes límites técnicos y científicos; pero además, como señala GOMIS CATALÁ, a la reparación *in integrum* se opone necesariamente un elemento de racionalidad plasmado en el principio de proporcionalidad, que limita el alcance de las medidas a adoptar, tras la ponderación entre el coste de éstas y las ventajas a obtener como consecuencia de la limpieza. En efecto, como hemos visto, el objetivo primordial del legislador comunitario es lograr, en la medida de lo posible, la reparación primaria. Pero, consciente de la dificultad para lograr restituir completamente el bien dañado a su situación originaria, prevé la aplicación del principio de proporcionalidad (fundamentalmente basado en criterios económicos) para determinar las medidas aplicables (Anexo II, 1.3.2)... Ahora bien, como se puede apreciar, esta interpretación del principio de proporcionalidad es claramente laxa: admite directamente la adopción de medidas compensatorias si pueden lograr lo mismo con menos coste en otro lugar: esto equivale a la canonización de la reparación primaria incompleta. Pero es el punto siguiente (1.3.3) el que confirma este mismo criterio por razones económicas”. Cfr. SANZ RUBIALES, Iñigo, “Aspectos jurídicos de la remediación...”, cit., pág. 26.

⁷⁰⁶ En esta misma línea se manifestaba CABANILLAS SÁNCHEZ, incluso muchos años antes de la entrada en vigencia de la Directiva 2004/35/CE, con una postura incluso más extrema, al expresar “en aquellos casos en que el coste de reparación *in natura* exceda desproporcionadamente del propio beneficio obtenido con la reparación, procederá el resarcimiento pecuniario”. Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, ob. cit., pág. 269. Para este autor un daño ambiental puede ser considerado *irreversible* incluso por razones económicas, es decir, cuando el costo de la reparación *in natura* haga demasiado onerosa la carga del sujeto responsable. (Ibidem, pág. 270)

desproporcionada en relación con el beneficio ambiental que prestará dicho componente una vez restaurado.

En efecto, se debe recordar que el *medio ambiente* -en los términos definidos por la LBGMA- es un *sistema global*⁷⁰⁷, es decir, un módulo ordenado de elementos que se encuentran interrelacionados y que interactúan entre sí, o, como lo define el DRAE en su segunda acepción, un “*Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto*”⁷⁰⁸, y en este sentido, como afirma, a nuestro juicio muy acertadamente, BERMÚDEZ SOTO, lo que “se debe restablecer es, precisamente, el *sistema dañado*”.⁷⁰⁹

De esta manera, si se debe restaurar un determinado componente ambiental específico, es porque presta una determinada función ambiental que hace que el sistema funcione correctamente y preste unos específicos servicios ambientales valiosos que el daño ambiental ha mermado.⁷¹⁰

Consecuentemente, en aquellos casos en que la irreversibilidad del daño ambiental se deba a que su restauración importa un desembolso desproporcionado en relación con el beneficio ambiental que reportará al *sistema* una vez recuperado, y en plena armonía con lo que se dirá algunas páginas más adelante, pensamos que es posible admitir una limitación a la reparación *in natura*, pero única y

⁷⁰⁷ En este sentido, CORRAL TALCIANI afirma que, según la definición que proporciona la LBGMA, “el medio ambiente es un «sistema global. Debe suponerse que se refiere a la visión de conjunto e integrada que requiere la noción de medio ambiente. No se trata de elementos aisladamente considerados (tierra, agua, suelo), sino en su universalidad funcional. Al añadir el calificativo de «global» a la palabra «sistema», hemos de advertir la intención de dar el mayor alcance a la extensión del concepto. Se trataría de un sistema general, que admitiría o supondría el funcionamiento de otros subsistemas, sea locales o funcionales”. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, “Daño ambiental y responsabilidad...”, cit., pág. 160.

⁷⁰⁸ *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 23ª edición, S.L.U. Espasa Libros, Madrid, 2014.

⁷⁰⁹ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos...*, 2ª edición, cit., pág. 64.

⁷¹⁰ En efecto, como pone de manifiesto MARTÍN MATEO, “el daño ecológico se define así como la interrupción o alteración de un servicio prestado por los activos naturales”. Cfr. MARTÍN MATEO, Ramón, “Valoración de los daños ambientales”, en *Revista de Derecho Ambiental. Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho. Universidad de Chile*, N° 1, (2003), pág. 59.

exclusivamente circunscrita a aceptar una *compensación ambiental*⁷¹¹, esto es, una reparación del medio ambiente dañado a través de “*más medio ambiente*”, o, lo que es lo mismo, una reparación por equivalencia pero exclusivamente en “*moneda verde*”.

"Acá se debe tomar en consideración no sólo el componente económico sino también el ecológico"⁷¹², y, en consecuencia, sólo en la medida que la limitación a la reparación *in natura* del componente específico no signifique una merma a los servicios ambientales que presta dicho componente al *sistema*; y que pueda lograrse ese mismo servicio ambiental por otra vía alternativa⁷¹³; es posible, a nuestro juicio, consentir la mentada limitación.⁷¹⁴

En todo caso, pensamos que las exigencias propias del establecimiento y acreditación de la relación de causalidad importarán límites eficaces a la extensión de la reparación *in natura*, en tanto las medidas que se adopten para obtenerla deben estar relacionadas con la conducta y con el daño ecológico puro que se pretende reparar.

⁷¹¹ Vid. *infra* (apartado 3.3.4., de este capítulo).

⁷¹² Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, *ob. cit.*, pág. 468. Empero, este autor afirma que "tampoco parecería sensato entender que los costes de reparar el medio ambiente nunca son irrazonables. De hecho, el término *irrazonable* es un concepto jurídico indeterminado que alberga cierto potencial de arbitrariedad... Por ello, y para evitar posiciones extremas, conviene adoptar una solución intermedia, que afirme el resarcimiento pero lo sujete a algún límite". *Ibidem*, pág. 475.

⁷¹³ Así, "cuando no es posible recuperar la funcionalidad ambiental perdida de forma inmediata sería conveniente que el responsable realizase otras actividades en otro ámbito que supongan una función ambiental equivalente, introduciendo mejoras en el ecosistema que compensen las perdidas en otro ámbito, pero sin que ello signifique dejar de adoptar las medidas reparadoras imprescindibles sobre el medio dañado en forma irreversible". Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, *ob. cit.*, pág. 99.

⁷¹⁴ Como se ha dicho: debe "renunciarse a la restauración del medio dañado únicamente cuando el coste de dicha reparación sea excesivamente mayor que el que correspondería a otras actuaciones sobre otros medios o recursos cuyo efecto beneficioso para el medio ambiente sea equivalente al que se obtendría con la reparación de aquél". Cfr. *Ibidem*. pág. 98.

3.3.3. ¿Reparación del daño ambiental como indemnización sustitutoria en la LBGMA?

Como se sabe, contrario a lo que ocurre con la reparación *in natura*, la reparación a través de una indemnización de perjuicios no pretende que el daño desaparezca, sino que busca compensar a la víctima por la pérdida que experimentó en términos patrimoniales.⁷¹⁵

Asimismo, hemos señalado que en no pocas ocasiones el daño ambiental no podrá ser reparado en los términos del artículo 2 letra s) de la LBGMA, esto es, el medio ambiente o uno o más de sus componentes dañados no podrán reponerse a una calidad similar ni tampoco restablecerse sus propiedades básicas.

En este escenario, corresponde analizar si en conformidad a la LBGMA es procedente otorgar una indemnización de perjuicios sustitutoria de la reparación *in natura* del daño ecológico puro en aquellos casos en que la reparación, en los términos del artículo 2 letra s) no sea practicable.

Para resolver esta cuestión, debemos recordar que la redacción de los artículos 3 y 52 inciso 2º de la LBGMA, en relación con lo dispuesto en los artículos 2 letra s); 53 inciso 1º; y 54 inciso 1º del mismo cuerpo legal, presentarían inconsistencias, puesto que se refieren a una “indemnización”, en circunstancias tales que los otros artículos citados se refieren a la reparación ambiental en términos de la implementación de medidas tendientes a restaurar *in natura* el daño ecológico puro.

Permítasenos transcribir las normas en comento -algunas de ellas nuevamente- para intentar exponer con la mayor precisión posible este problema:

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

⁷¹⁵ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 475.

s) *Reparación: la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas;*

Artículo 3°.- 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.

Artículo 52.-

Inc. 2°.- 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.

Artículo 53.- Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.

Artículo 54.- Son titulares de la acción ambiental señalada en el artículo anterior, y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Para los efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se presume que las municipalidades y el Estado tienen interés actual en los resultados del juicio.

En este escenario, una sencilla lectura de las normas recién transcritas pone de manifiesto que la LBGMA dispone que quien cause un *daño al medio ambiente* debe *repararlo* en los términos específicos que señala en su artículo 2 letra s).

Es decir quien infiere una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo⁷¹⁶ al sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de

⁷¹⁶ artículo 2 letra e).

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 el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones⁷¹⁷ deberá reponerlo o reponer uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas.⁷¹⁸

Ello, por cuanto producido un *daño ambiental* se concede una *acción específica* con el objeto de obtener la mentada *reparación*.⁷¹⁹ Acción de la cual son titulares *con el sólo objeto de obtener la reparación del medio ambiente* determinadas personas que considera la ley.⁷²⁰

Pero a su turno, se advierte que la ley indica que quien ocasiona un daño al medio ambiental estará obligado a *repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, pero también a indemnizarlo* conforme a la ley⁷²¹; asimismo, que *sólo habrá lugar a la indemnización* en el evento regulado en el inciso 1º del artículo 52 -presunción de culpa por infracción a normas e instrumentos de protección ambiental- si se acreditare la relación de causa a efecto entre la *infracción* y el daño -no indicando si se refiere al daño ambiental o a los daños civiles derivados de éste-.⁷²²

En este sentido, y mediante una interpretación sistemática de todas las normas referidas, es posible afirmar lo siguiente:

a) La reparación del medio ambiente es un término expresamente definido en la LBGMA y se traduce en: (i) reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño; o (ii) no siendo ello posible, restablecer sus propiedades básicas.

⁷¹⁷ Artículo 2 letra II).

⁷¹⁸ Artículo 2 letra s).

⁷¹⁹ Artículo 53.

⁷²⁰ Artículo 54.

⁷²¹ Artículo 3.

⁷²² Artículo 52 inciso 2º.

b) Según se desarrolló en este mismo capítulo⁷²³, la LBGMA sólo se ocupa de la reparación de los daños ecológicos puros, esto es, se excluyen los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, con la sola salvedad de una (o dos si así se interpretara) previsión (es) legal (es) muy concreta (s) que efectúa la ley.⁷²⁴

c) Para efectos de reparar los daños ecológicos puros, la LBGMA estableció una acción específica, denominada de *reparación o ambiental*.

d) La LBGMA confiere legitimación activa para el ejercicio de la *acción ambiental* a determinados sujetos que señala expresamente, pero con el *solo objeto* de obtener la *reparación* del medio ambiente dañado.

e) Empero todo lo anterior, el artículo 3 de la LBGMA daría a entender que el *daño ambiental* se *indemnizará* conforme a la ley y el artículo 52 inciso 2º, señala que sólo habrá lugar a la *indemnización* en el evento que regula en su inciso 1º si se acredita la relación de causalidad.

Consecuentemente, sobre la base de todas las premisas afirmadas en precedencia, y considerando lo siguiente:

- si la LBGMA se ocupa sólo del *daño ambiental*;
- por tanto sólo regula la *acción de reparación o acción ambiental*;
- esta acción se concede a los titulares con el *solo objeto de obtener la reparación*; y

⁷²³ Vid. supra (apartado 2 de este capítulo).

⁷²⁴ Recordemos que contra esta opinión se manifiesta VIDAL OLIVARES, para quien “la Ley N° 19.300 somete la responsabilidad por el daño civil que deriva del daño ambiental a un régimen que hace excepción al derecho común del título XXXV del libro IV del Código Civil”. Cfr. VIDAL OLIVARES, Álvaro, ob. cit., pág. 196.

- la *reparación* consiste únicamente en reponer el medio ambiente a una calidad similar o restablecer sus propiedades básicas

Las preguntas que deben ser elucidadas son: ¿Por qué la propia LBGMA expresa que se debe *indemnizar* el daño ambiental?, ¿Puede el daño ambiental ser *indemnizado*, si la acción se concede sólo para obtener la reparación y ésta, en su definición, expresamente preceptúa las dos formas en que se puede restaurar, no contemplando la indemnización sustitutoria?

Frente a tales inquietudes, creemos que es posible formular tres respuestas según la manera en que se interpreten las normas en comento, a saber:

3.3.3.1. Interpretación según la cual los artículos 3 y 52 inciso 2º dan cuenta de una antinomia insoluble de la LBGMA

Una primera interpretación indicaría que, lisa y llanamente, la redacción de los artículos 3 y 52 inciso 2º dan cuenta de una antinomia insoluble de la LBGMA, por cuanto al referirse a la *indemnización* incurren en un yerro de técnica legislativa⁷²⁵, habida consideración de que para el caso en que el medio o componente ambiental no pueda ser restablecido a una calidad similar, el artículo 2 letra s) dispone de una solución expresa, cual es: *restablecer las propiedades básicas de éstos*, con lo cual no se da cabida a que el daño ecológico puro pueda ser *indemnizado*.⁷²⁶

⁷²⁵ Parecidamente, en España, GOMIS CATALÁ denunciaba hace algunos años un vicio similar al advertir que “volviendo a la legislación ambiental española, lo primero que destaca es la imprecisión técnica que se desprende de numerosos textos legislativos estatales y autonómicos: por una parte, muchas normas establecen a la vez la obligación, por parte del infractor, de restaurar el medio ambiente y de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados”. Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucia, ob. cit., pág. 251.

⁷²⁶ Esta parece ser la tesis que sigue BERMÚDEZ SOTO, quien señala "la citada disposición [el artículo 52 inciso 2º de la LBGMA] presenta un deficiencia en la técnica legislativa, toda vez que señala que «sólo habrá lugar a la indemnización...», como si la forma de reparación del daño ambiental se verificase a través de la vía sustitutiva de la fijación de una suma indemnizatoria. Ello es erróneo, pues, tal como se comprobará, la forma de reparación que admite el sistema de responsabilidad establecido en la LBGMA es una forma cercana a la reparación *in natura*, es decir, restableciendo el medio ambiente dañado. Por otro lado, si a lo que se refiere la norma es a la indemnización de

El problema de esta tesis, formulada sin matices ni complementos, es resolver qué ocurre cuando el daño ambiental es irreversible o irreparable y por ende no permite ni siquiera que se puedan restablecer las condiciones básicas del medio ambiente. Para solventar este problema, surge entonces una segunda interpretación posible.⁷²⁷

3.3.3.2. Interpretación según la cual los artículos 3 y 52 inciso 2º se refieren a hipótesis en que el daño ambiental es irreversible o irreparable: *mutación del objeto de la reparación*

Según esta segunda interpretación se postularía que cuando la norma del artículo 3 señala que el daño ambiental se deberá *indemnizar* conforme a la ley, se está disponiendo que en aquellas hipótesis en que el daño ecológico puro sea irreversible, y por ello tampoco puedan restablecerse las condiciones básicas del medio ambiente o componente dañado, el objeto de la acción de reparación muta y ya no se buscará la reparación *in natura*, sino el otorgamiento de una indemnización de perjuicios que la remplace.^{728,729}

perjuicios extracontractuales, la referencia era innecesaria atendidas las disposiciones de los artículos 51 inciso 2º y 53 de la LBGMA". Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., pág. 397.

⁷²⁷ Esta segunda tesis que se expondrá, es sin perjuicio de la teoría de la *compensación ambiental* que será desarrollada más adelante, la cual hace perfectamente sostenible la interpretación que indica que las referencias a la indemnización del daño ambiental consisten en errores de técnica legislativa. En relación con este tema, juzgamos de valor destacar desde ya que la tesis a la cual adscribimos tratándose de daños irreparables es precisamente la referida a la compensación ambiental.

⁷²⁸ Este tema también es referido y tratado infra supra (capítulo segundo; 2.1.4).

⁷²⁹ Bajo un prisma como el expuesto, de *lege ferenda*, podría proponerse una redacción más exacta de la norma en los siguientes términos:

Artículo 3.- "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 [si ello no fuere posible por tratarse de un daño irreversible o irreparable]".

Entre nosotros es la opinión de VIDAL OLIVARES, quien la sostiene sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) En primer lugar, un argumento de texto. El artículo 3 de la ley considera la indemnización y no se refiere a la del daño civil, sino a la del daño ambiental. A la indemnización del daño civil hace alusión en forma expresa el art. 52 de la ley. El artículo 3 emplea la conjunción copulativa 'e', infiriéndose que una reparación material y una indemnización son perfectamente compatibles y que pueden acumularse, eso sí, respetando la medida del daño ambiental irrogado; y si la primera no fuere posible del todo, como lo prevé expresamente la norma, procedería en forma exclusiva la indemnización del daño ambiental como una reparación en equivalencia. El artículo 3 obliga a una indemnización conforme a la ley, cobrando especial importancia lo dispuesto por el artículo 51, que hace aplicable las disposiciones del título XXXV del libro IV del Código Civil, las que obligan al responsable de un delito o cuasidelito al pago de una indemnización.
- b) La función de prevención especial y general que debe cumplir la responsabilidad ambiental, la que se vería en entredicho si sus propias normas la limitan a una reparación en naturaleza, renunciando a una en equivalente. Si las cosas se llevan a un extremo, los operadores encontrarían un gran incentivo para causar daños ambientales, burlando el principio de responsabilidad contenido en la ley.
- c) Las indemnizaciones de daños no son del todo ajenas al régimen de la ley N° 19.300, que se limita a definir lo que se entiende por reparación del daño ambiental, sin precisar los efectos que se siguen de la inejecución de las medidas de reposición o restablecimiento. Ante esta omisión sólo resta acudir al estatuto de las obligaciones de hacer y, en especial, al precepto del art. 1553 del Código Civil complementado por las normas procesales del Código de Procedimiento Civil para la ejecución de esta clase de obligaciones. Si se incumple la obligación de hacer, bien se llegará a su ejecución por un tercero a costa del deudor; bien a una indemnización

compensatoria, a elección del que hubiere obtenido en el juicio. En este supuesto igualmente se llega a una indemnización de daños. A lo anterior se suma que el art. 15 de la ley autoriza la ejecución anticipada de cualquier proyecto o actividad que deba someterse a un estudio de impacto ambiental, siempre que su responsable presente una póliza de seguro que cubra el riesgo por daño al ambiente; y el Reglamento del Sistema de Estudio Impacto Ambiental prescribe que tal seguro cubrirá el daño ambiental y que si el riesgo se realiza, la indemnización ingresará al Fondo de Protección Ambiental, quedando afectada a la reparación del daño ambiental causado. No obstante lo anterior, la aseguradora siempre podrá evitar el pago de la indemnización si repara materialmente a su costo el daño ambiental.

- d) Se dice que una de las razones para negar lugar a la indemnización es la dificultad, sino la imposibilidad, de valorar el daño ambiental, lo que impediría que la indemnización cumpliera la función compensatoria que le es propia. Si se está de acuerdo que todo el que dolosa o culposamente causa un daño ambiental debe repararlo, por ser ésta una concreción más del principio de la reparación integral, la dificultad e, incluso, la imposibilidad de valoración no pueden constituir un obstáculo para ordenar su indemnización en caso no ser posible su reparación material. Podría asimilarse este daño ambiental al daño moral y asignarle a su indemnización, no una función compensatoria, sino de satisfacción, en términos de considerar a la indemnización como un valor de reemplazo que permita desatender al daño ambiental irreparable, y asignarlo a un fin de preservación o conservación medioambiental. Tal función en el caso del daño moral ya se encuentra instalada en la doctrina y jurisprudencia nacionales y surge dado que la indemnización del daño moral, que nadie discute su procedencia, no se avenía con la función compensatoria o de justicia correctiva de la indemnización de los daños patrimoniales. Siendo así, en la fijación de la indemnización del daño ambiental, deberán considerarse especialmente, tal como ocurre en el caso del daño moral, la

gravedad del hecho y las facultades económicas del agente contaminador.⁷³⁰

Analicemos estos argumentos y veamos su posible réplica:

(i) Con respecto al primer argumento que postula el autor, esto es, el tenor literal del artículo 3 de la LBGMA, en este apartado, precisamente, analizamos otras dos formas de interpretar y comprender la norma, de tal suerte que no nos parece un fundamento decisivo para admitir la teoría del profesor VIDAL;

(ii) Con respecto a la función de prevención especial y general que debe cumplir la responsabilidad por daño ambiental y el incentivo perverso que puede significar para los potenciales causantes de daños ecológicos, creemos que dicha función también se cumple a cabalidad a través del mecanismo de la *compensación ambiental* al que nos referiremos más adelante, de manera tal que tampoco nos parece un argumento contundente;

(iii) Con respecto a las normas aplicables frente al incumplimiento de las medidas impuestas, amén de tratarse de una materia de derecho adjetivo que no influye en las cuestiones de fondo del sistema de responsabilidad medioambiental, los postulados del autor deben hoy ser corregidos y matizados a la luz de las modificaciones que tanto la LOSMA como la LTA efectuaron a la LBGMA; y

(iv) Con respecto a la analogía que el autor realiza entre el daño ambiental y el daño moral, nos parece que tratándose de categorías absolutamente diversas, reguladas por principios y normas distintas no cabe hacerlas semejantes. Es más, según se ha dicho, en materia de responsabilidad por daño ecológico puro no existe una víctima en los términos del Derecho civil lo cual tampoco hace procedente hacer análogos los conceptos.⁷³¹

⁷³⁰ Cfr. VIDAL OLIVARES, Álvaro, ob. cit., págs. 207-209.

⁷³¹ En este sentido se ha dicho "...la mayoría de las causas por daño ambiental no tienen en verdad relación alguna con el concepto de daño moral y, por lo tanto, es un error asimilarlas conceptualmente a este tipo de daño". Cfr. FIGUEROA B., Eugenio *et al*, ob. cit., pág. 81.

Asimismo, y en consonancia con lo anterior, en materia ambiental son otros los principios que regulan y rigen la reparación -no el principio de reparación integral de la víctima, pues ésta, como majaderamente hemos dicho, no existe-.

Por su parte, la función *satisfactiva* es posible de ser predicada en materia de responsabilidad civil extracontractual⁷³², mas no en materia de responsabilidad por daño ambiental, precisamente, porque el medio ambiente no es una víctima a la cual se pueda “*satisfacer*”.

Con todo, en el plano jurisprudencial, la tesis de la indemnización sustitutoria goza de aceptación, habiéndose fallado en tal sentido por nuestro máximo tribunal, el cual sostuvo:

“Décimo octavo: Que lo anterior se ve reforzado por lo que dispone el artículo 3° de la Ley N° 19.300, que establece la obligación de indemnizar el daño ambiental de conformidad a la ley. Ello, porque esa norma usa la conjunción «e», lo que implica que la reparación ambiental y la indemnización son compatibles y pueden acumularse, cuando la primera no es suficiente para resarcir la dimensión del daño causado, aplicándose a este respecto el estatuto de la responsabilidad extracontractual contenido en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, que obligan al responsable de un delito o cuasi delito al pago de una indemnización”.^{733,734}

⁷³² Nos hemos referido a ella en el capítulo primero; 2.3.

⁷³³ Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 5027 - 2008, sentencia de 31-08-2010, caratulada "Fisco de Chile con Forestal Candelaria de Río Puelo S.A. y otros". (véanse también los considerandos Décimos sexto, séptimo del fallo de casación donde se realiza un completo análisis de la tesis sostenida por la Corte Suprema).

⁷³⁴ Para un análisis doctrinal de este fallo, Vid. SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén, “La legitimación activa del Estado de Chile en materia de indemnización de perjuicios derivados de daños ambientales en predios de propiedad privada”, en *Revista de Derecho del CDE*, N° 25, (2011), págs. 97-109.

En una orientación idéntica se pronunció también la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al confirmar una sentencia de primera instancia haciendo suyo el considerando 30º de dicho fallo, donde se resuelve:

*"Que si la reparación descrita no es posible, surge en forma subsidiaria la obligación de indemnizar el daño producido, situación que si bien no se señala expresamente en la ley 19.300, se deduce por aplicación supletoria de las normas civiles de responsabilidad extracontractual, en especial el art. 2314 del Código Civil".*⁷³⁵

Finalmente, en lo que al Derecho comparado respecta, la tesis de la indemnización sustitutoria fue aceptada -antes de la modificación que sufrió el régimen a partir de la dictación de la Directiva 2004/35/CE-, por ejemplo, por alguna doctrina española, recalándose, en todo caso, que sólo procedía en forma subsidiaria.⁷³⁶ Empero, hoy y luego de la modificación al régimen de responsabilidad medioambiental que supuso la entrada en vigencia de la Ley 26/2007 -que traspuso la mentada Directiva al ordenamiento jurídico de dicho país-, existe también autorizada doctrina que niega tal posibilidad.⁷³⁷

⁷³⁵ Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, causa rol 11652- 2003, sentencia de fecha 2-04-2004, caratulada "Fisco de Chile con Cía. Industrial Pto. Montt S.A."

⁷³⁶ En este sentido, por ejemplo, GOMIS CATALÁ en España, al expresar: "A diferencia de los daños corporales o contra la propiedad, los daños al medio ambiente no pueden ser abordados exclusivamente desde una óptica económica y, por consiguiente, la compensación monetaria - conocida comúnmente como *indemnización de daños y perjuicios*- siempre será subsidiaria en relación con la reparación *in natura*". Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucía, ob. cit., pág. 249. En todo caso, esta autora reconoce que se trata de una reparación "inadaptada por definición al sistema de responsabilidad por daños al medio ambiente y, por lo tanto, sujeta a toda una serie de dificultades, que se exponen a continuación, referidas, por una parte, a la evaluación del daño ambiental, en segundo término a la afectación personal y material de la reparación y, por último, a los límites de la propia compensación". *Ibidem*, pág. 265. En este mismo sentido se ha dicho: "en la práctica la mayor parte de las veces la reparación *in natura* es muy difícil -sino imposible-, por lo que se suele dar con mucha mayor frecuencia la reparación en metálico. Debe quedar claro, sin embargo, que se trata de una forma subsidiaria de reparación, a la que sólo se puede acudir cuando la reparación específica no es posible, por ejemplo, por la propia naturaleza de las cosas (el bien destruido es único y ha desaparecido)...". , MIGUEL, Carlos DE, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1994, pág. 217.

⁷³⁷ En este sentido, VALENCIA MARTÍN, quien señala: "En el marco de la responsabilidad civil extracontractual (art.1902 CC) es perfectamente admisible que la reparación del daño se produzca *in*

Sin perjuicio de la admisión de esta tesis por parte de la jurisprudencia y de un sector de la doctrina nacional, su anuencia presenta diversas dificultades, que pensamos se deben analizar y considerar severamente.

Así, no es posible dejar de mencionar que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 44 de la LTA⁷³⁸, actualmente parece aún más dudoso aceptar como válida esta interpretación, por cuanto dicho artículo dispone expresamente que tratándose de transacciones u otros acuerdos en materia de daño ambiental, éstos no podrán consistir en ninguna otra cosa que no sea la implementación de medidas de reparación ambiental del daño causado.

Consiguientemente, si respecto de los medios alternativos de poner término al juicio se prohíbe cualquier acuerdo que no implique la implementación de medidas de reparación, nos cuesta visualizar bajo qué criterios tratándose de la sentencia condenatoria, ésta sí podría ordenar una obligación de restauración diversa, como lo sería la indemnización de perjuicios.

Sobre este punto, nos parece necesario mencionar también que la *indemnidad de la reparación del daño ambiental* constituye un elemento más que demuestra esa particular naturaleza jurídica que posee la responsabilidad por daño ambiental en la

natura o mediante una indemnización sustitutoria (reparación por el equivalente), porque lo que se trata es de garantizar la indemnidad patrimonial del perjudicado, sin que sea relevante ahora saber quién tiene capacidad de elección... En cambio, el daño ambiental sólo consiente (o debería consentir) la reparación *in natura*. En nada contribuye a la reparación de esta clase de daños que la Administración perciba una indemnización sustitutoria, aunque solo sea por los daños «irreparables» no completamente reparados, como habitualmente contemplaba la legislación española en la materia, y sorprendentemente sigue previendo alguna disposición posterior a la entrada en vigor de la nueva Ley, máxime si a tales indemnizaciones no se les impone ningún destino finalista”. Cfr. VALENCIA MARTÍN, Germán, ob. cit., pág. 12.

⁷³⁸ El artículo 44 de la LTA dispone:

“Artículo 44.- Indemnidad de la reparación del daño ambiental. La acción de reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado”.

LBGMA y que la distancia de la responsabilidad civil, donde, tratándose de la situación que hablamos, la acción es por regla general plenamente transigible.

Otro argumento de texto que parece oponerse a la tesis de la indemnización sustitutoria, se encuentra en la redacción del artículo 33 de la LTA. En efecto, dicha disposición preceptúa:

Artículo 33.- Inicio del procedimiento. Este procedimiento se iniciará por demanda o por medida prejudicial. En la demanda sólo se podrá pedir la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de este a repararlo materialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.300...

En este estado de cosas, la norma resulta sumamente clara al indicar que en la demanda en virtud de la cual se ejerza la acción *ambiental*, sólo se podrá ejercitar la pretensión de reparación del daño ecológico puro *materialmente*, lo cual excluye, desde luego, la posibilidad de ejercer una pretensión indemnizatoria.⁷³⁹

Hay todavía otra cuestión que conspira, a nuestro juicio, con aceptar la tesis que estamos analizando.

En efecto, si se aceptara la teoría de la indemnización sustitutoria -como lo ha hecho cierta jurisprudencia y doctrina nacional-, pensamos que, en todo caso, la indemnización deberá encontrarse condicionada a ser destinada a fines medioambientales.

Ello, por cuanto, como afirma un autor, “serviría de muy poco que el ordenamiento jurídico considerase que el daño ecológico puro es resarcible si, una vez establecida la responsabilidad, evaluado el daño y pagada la indemnización correspondiente, la víctima pudiera dedicarla a cualquier fin distinto a la reparación

⁷³⁹ En este mismo sentido, Vid. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos...*, 2ª edición, cit., pág. 413.

efectiva del medio ambiente dañado. Y ello, con independencia de quién fuese el sujeto legitimado para reclamar”.⁷⁴⁰

Este criterio, una vez más, nos parece que demuestra la particular naturaleza jurídica de la responsabilidad por daño ambiental establecida en la LBGMA y permite manifestar su autonomía con respecto a la responsabilidad civil extracontractual. En efecto, en esta última sede, la víctima posee plena libertad para disponer de la indemnización de perjuicios, en tanto, en esta materia, el Derecho civil le reconoce derechos sin imponerle obligaciones.⁷⁴¹

Asimismo, porque que destinar la indemnización a un fin diverso de la reparación ambiental, provocaría que el daño ecológico puro no sólo no desaparezca, sino que empeore.⁷⁴²

No obstante, si por imposición de los principios que rigen la disciplina, la única forma de admitir una indemnización sustitutoria en materia de daño ecológico puro es sosteniendo la necesaria afectación de la misma a fines ambientales, dicha solución

⁷⁴⁰ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 480. Precizando la cita del autor, debemos hacer presente que, como hemos dicho en reiteradas ocasiones, en el caso de la responsabilidad por daño ambiental no existe una víctima en los términos del Derecho civil y en tal sentido nos parece que la mención formulada por él es errada. En todo caso, salvo este punto concreto y la disparidad de criterios al respecto, creemos que el postulado que formula resulta muy acertado, por cuanto efectivamente con independencia de quién ejerza la acción ambiental, si ésta se traduce en el otorgamiento de una indemnización de perjuicios, tolerar su libre disposición importaría flagelar los principios que rigen la responsabilidad por daño ambiental.

⁷⁴¹ En este sentido, se ha dicho que: “el principio de Derecho privado de no afectación específica de la indemnización por daños y perjuicios se somete a revisión cuando las relaciones patrimoniales en juego afectan al medio ambiente. Por una parte, el principio de prioridad de la reparación *in natura*, excluye la libertad que normalmente pudiera tener la víctima para destinar la compensación económica a un fin distinto de la restauración del medio ambiente cuando la misma es posible. Por otra parte, cuando -tal y como ha sido expuesto anteriormente- la víctima recibe una indemnización monetaria como remedio subsidiario necesario es difícil conciliar la titularidad de la compensación económica con la verdadera titularidad del interés ecológico afectado. En estos casos, la especialidad del bien jurídico protegido exige la expresa afectación en las resoluciones judiciales o acuerdos negociados de las sumas percibidas en favor de acciones ventajosas para el medio ambiente en general que, a su vez, beneficiarán los derechos individuales afectados”. Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucia, ob. cit., pág. 274.

⁷⁴² Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 481.

no puede ser aplicada en nuestro ordenamiento jurídico, desde que uno de los legitimados activos de la acción es el Estado.

En efecto, habida consideración de que la acción ambiental es impetrada por el Estado, a través del Consejo de Defensa del Estado, la indemnización respectiva ingresaría en las arcas del Fisco. Luego, habiendo pasado la indemnización a formar parte del patrimonio del Estado, no resulta posible compelerlo a destinar esos fondos a unos fines específicos -en este caso ambientales-, puesto que no existe ninguna norma legal que así lo disponga.⁷⁴³ Se trata en definitiva, de una limitación impuesta por el principio de universalidad presupuestaria⁷⁴⁴ y la regla de la no afectación.

De tal suerte, que dichos fondos deberán seguir el destino propio que se les quiera dar mediante la ley de presupuestos que cada año se aprueba por el Congreso Nacional.

De esta forma, advertimos un nuevo inconveniente que nos inclina a rechazar la posibilidad de que se acepte la indemnización sustitutoria como mecanismo reparador de los daños ecológicos puros, y que se refiere a que en nuestro ordenamiento jurídico no podría ser posible afectar dicha indemnización a fines ambientales con las consiguientes consecuencias que hemos señalado más arriba y con una abierta vulneración al principio de reparación del daño ambiental preferentemente en su fuente.

⁷⁴³ Cuestión que al parecer no fue considerada por VIDAL OLIVARES, cuando afirmaba que: "a mi juicio, el titular de esta indemnización debiese ser el Estado como garante del derecho fundamental consagrado respecto de todos los ciudadanos por la CPR; o bien el órgano de la administración del Estado al que la ley ha encomendado concretamente el cumplimiento del deber estatal de la preservación del ambiente... El estado y sus órganos, en virtud del mandato constitucional, son los que deben velar por el correcto destino que se asigne a las indemnizaciones de daño ambiental (art. 68, ley N° 19.300). De lo anterior se sigue que si cualquier persona afectada por el daño ambiental demanda su indemnización de daños en forma subsidiaria, deberá pedirlo a beneficio del Estado o del fisco y no al propio, dado que ello implicaría un enriquecimiento sin causa". Cfr. VIDAL OLIVARES, Álvaro, ob. cit., pág. 209.

⁷⁴⁴ En este mismo sentido, GOMIS CATALÁ, Lucia, ob. cit., pág. 275. Aunque a su juicio, "la especialidad del daño ambiental, y por ende del bien jurídico protegido, obliga a relativizar un principio, en este caso de Derecho público, en aras de la consecución efectiva de la reparación del daño ecológico".

Por todas estas contrariedades, y conforme se analizará algunas páginas más abajo, en aquellas situaciones en que el daño ambiental sea irreversible, a nuestro parecer, la solución que mejor se ajusta a Derecho es el otorgamiento de una *compensación ambiental*⁷⁴⁵, razón por la cual somos de la opinión que en el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA no procede una indemnización de perjuicios sustitutoria de la reparación *in natura*.⁷⁴⁶

3.3.3.3. Interpretación según la cual los artículos 3 y 52 inciso 2º se refieren a los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental

Una tercera interpretación posible permitiría afirmar que, sin perjuicio de que la LBGMA no se ocupa de los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*, sí establece dos previsiones legales a este respecto, una de las cuales sería, precisamente, la norma del inciso 2º del artículo 52 (la otra es la norma de prescripción contenida en el artículo 63 de la LBGMA).⁷⁴⁷

Según este planteamiento, la mención que el artículo 3 efectúa a la *indemnización* es sólo un error de precisión en el uso de los términos por parte del legislador, pues lo que quiso indicar la norma no es que el daño ambiental se indemnice -que proceda la indemnización de perjuicios en forma sustitutiva a la reparación-, sino que los daños civiles individuales que tienen como antecedente un daño ambiental deben igualmente ser indemnizados, lo que se encuentra en sintonía

⁷⁴⁵ Vid. infra (apartado 3.3.4., de este capítulo)

⁷⁴⁶ Opinión que también comparte BERMÚDEZ SOTO, al indicar “Lo que sostenemos es que la responsabilidad ambiental *strictu sensu*, es decir, aquella que busca la reparación del medio ambiente dañado sólo se traduce en las dos formas de reparación ya apuntadas en las letras anteriores, no siendo procedente por esta vía la indemnización de perjuicios”. Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, “Roles del Consejo...”, cit., pág. 256. En un sentido idéntico también, CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad...*, cit., pág. 266.

⁷⁴⁷ Vid. supra (apartado 2.1.4., de este capítulo).

con la norma del artículo 53 de la LBGMA que dispone que el ejercicio de la acción ambiental no *obsta* al ejercicio de la acción ordinaria.

Esta tesis también permitiría explicar por qué la norma señala que se indemnizará conforme a *la ley*, mientras que el artículo 51 -cuya redacción es casi idéntica- indica que se responderá del daño ambiental *conforme a la presente ley*.

En efecto, según se lee, el texto del artículo 3 señala que quien culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente está obligado a repararlo a su costo, e indemnizarlo en conformidad a *"la"* ley; mientras que el artículo 51 reitera la idea indicando que todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a *"la presente"* ley.

De esta forma, siguiendo una interpretación como la postulada, tratándose de la reparación de los daños ambientales -la cual deberá ser exclusivamente *in natura*-⁷⁴⁸ la LBGMA afirma que ello se debe efectuar conforme a *ella* -al afirmar *la presente ley*-, mientras que tratándose del resarcimiento de los daños individuales - indemnización de perjuicios- indicaría que éstos se regularán por *la ley* que en este caso sería el Derecho común y general.

De tal forma que la utilización de los giros idiomáticos *"la ley"* y *"la presente ley"*, permitirían advertir que el legislador se refiere a la indemnización de perjuicios para referirse a los daños civiles que tienen por antecedente un daño ambiental, y por lo tanto no abre la puerta a que el daño ecológico puro pueda ser reparado

⁷⁴⁸ Nótese que el artículo 3 al referirse al daño ambiental utiliza la expresión "estará obligado a repararlo". Luego, reiteremos que para conocer el real significado y sentido de la voz *reparar*, es necesario acudir a la definición que la propia LBGMA establece en su artículo 2 literal s), donde expresa que: "*Reparación es la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas*". En este estado de cosas, tratándose de daños al medio ambiente la reparación debe ser, eminentemente, *in natura*, conforme a los términos que la propia LBGMA establece, sin perjuicio de ser ello además una imposición de una sana lógica del sistema de Derecho ambiental y de los principios que informan esa rama del Derecho, especialmente, el de corrección del daño ambiental preferentemente en su fuente.

mediante una indemnización sustitutoria, sino sólo se reafirma el principio según el cual todos los daños -ambientales y civiles- deben ser reparados e indemnizados respectivamente. En este sentido, se reforzaría el criterio pretendido por los legisladores de hacer responder al autor de un daño ambiental de cualquier otro daño que hubiere ocasionado.⁷⁴⁹

Es posible concluir que sostener esta tesis se ajusta mejor a los fines y funciones del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA, máxime si se complementa con la teoría de la compensación económica, con lo cual, según veremos a continuación, se cerraría la puerta a la indemnización sustitutoria de la reparación *in natura*, incluso en aquellas hipótesis en que el daño ambiental sea irreversible.

3.3.4. *La compensación ambiental como mecanismo de reparación del daño ecológico puro: Su aceptación en la LBGMA*

Como adelantamos al analizar la segunda interpretación que se puede dar a la redacción de los artículos 3 y 52 inciso 2º de la LBGMA -en cuanto utilizan la voz *indemnización*-, frente al problema de la reparación de los daños ambientales irreversibles no sólo existe la alternativa de sustituir la reparación *in natura* por una reparación en *equivalencia* o *indemnización de perjuicios*, sino también de remplazarla través de aquella que la doctrina ha denominado *compensación ambiental*.

En efecto, según dijimos en los acápites precedentes, confrontados a un escenario donde el daño ecológico puro se manifiesta como irreparable o irreversible (v.gr., la extinción de una especie), es posible proponer como alternativa de

⁷⁴⁹ Vid. supra (apartado 2.1.4., de este capítulo).

reparación ya no el otorgamiento de una indemnización de perjuicios que venga a compensar el daño, sino una compensación que sea estrictamente ambiental.⁷⁵⁰

“Este modo de reparación equivale a una especie de permuta en la que el bien dañado se sustituye por otro equivalente desde el punto de vista ecológico, a modo de intercambio o permuta *lato sensu* de recursos naturales (*nature swaps*). La compensación no es aquí monetaria, sino física y ecológica. Se trata de permitir que, por ejemplo, en caso de destrucción de una especie en una determinada región, se pueda introducir otra de características similares, que cumpla en lo posible todas las

⁷⁵⁰ Es también la opinión de una autora, quien expresa: "creo que el espíritu y la historia de la LBGMA sólo consideraba la reparación material y que, en consecuencia, en los casos en que la reparación no sea posible, se debiera «compensar» el daño -como ya se ha sugerido- pero en los términos técnicos definidos por la LBGMA y su reglamento, es decir, condenar a hacer algo «que tenga por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado» (art. 60 del Reglamento [hoy art. 100]) y que -como agrega el artículo 61 [hoy art. 101]- se haga «en el mismo lugar o área» del daño que se trata de compensar. Si los daños irreparables se «compensan» en el SEIA, lo ideal sería aplicar esta regla también aquí". Cfr. DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 62. Concordamos plenamente con lo postulado por la articulista, agregando que su tesis nos parece perfectamente ajustada al ordenamiento jurídico ambiental, en tanto se afianza, por un lado, en fundamentos de derecho positivo y, por otro, en uno de los principios que informan el Derecho ambiental, esto es, el de *corrección de los daños preferentemente en su fuente*. En un sentido similar, POKLEPOVIC MEERSOHN, al sostener que: "tanto en Chile como en la legislación comparada en general, la opción primaria en materia ambiental es la «recomposición» del medio ambiente dañado (reparación *in natura*) en la medida que ello sea posible, y sólo se producirá en equivalente en la medida que el daño específico sea irreversible (es decir, que no puedan siquiera restablecerse las propiedades básicas del componente afectado). La ley N° 19.300 se orienta preferentemente a que la equivalencia se traduzca en bienes y servicios ambientales (pago en «moneda ambiental») y no en una reparación en dinero. El objetivo en materia ambiental de ser siempre la recomposición del medio ambiente dañado, aunque las pérdidas provisionales deberían compensarse pecuniariamente". POKLEPOVIC MEERSOHN, Iván, "Evaluación económica del daño ambiental: Experiencia del Consejo de Defensa del Estado, en Ximena Silva Abranetto (directora), *Cumplimiento de la Legislación Ambiental y Reparación de Daños al Medio Ambiente*, Consejo de Defensa del Estado (editor), Santiago, s.d, pág. 161.

Es interesante mencionar que hoy, en España, esas *pérdidas provisionales* a las que se refiere el autor, son igualmente compensadas *in natura* mediante la que se denomina "*Reparación Compensatoria*", la cual, como señala expresamente la Ley, no puede consistir en una compensación financiera al público (Anexo II, art. 1.c) de la Ley 26/2007). Sobre el particular, Vid. MIGUEL, Carlos DE, *Derecho español del medio ambiente...*, cit., págs. 432-433.

funciones de la anterior; o que, en caso de destrucción de un biotipo, pueda crearse otro equivalente en un lugar distinto”.⁷⁵¹

Con respecto a las ventajas que presenta este tipo de reparación, sin lugar a dudas, una de las mayores es que se está compensando el medio ambiente con “más” medio ambiente, y en tal sentido se evitan los problemas de valoración de los daños ambientales que se presentarían al aceptar la tesis de la indemnización sustitutoria. Además, “la especificidad del daño ecológico puro parece apoyar que se acoja un criterio favorable a la compensación ecológica mediante sustitución por un recurso equivalente”.⁷⁵²

Mientras que en el plano de los inconvenientes, el problema de mayor trascendencia que presenta aceptar este tipo de reparación, se vincula a determinar en qué casos el componente ambiental con el que se quiere compensar será *equivalente* al componente ambiental dañado.

En tal sentido, en muchas ocasiones no existirán mayores problemas en la realización del juicio de equivalencia entre los recursos como ocurriría, verbigracia, si se quiere remplazar una especie arbórea por otra que presta los mismos servicios o funciones ambientales.

Pero en otras, en cambio, el establecimiento de la equivalencia presentará mayores dudas, como ocurriría, por ejemplo, si extinguida una determinada especie de fauna silvestre se la quisiera compensar introduciendo en el mismo hábitat otra semejante.

⁷⁵¹ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., págs. 476 y 477. El autor pone de manifiesto que esta especie de *compensación ecológica* es extraña a la mayoría de los ordenamientos jurídicos y que, por ejemplo, en España sólo existe una alusión aislada en Extremadura, donde la Ley extremeña “sobre Espacios Naturales Protegidos” permite, en su artículo 57.2.a, que se adopten medidas complementarias de conservación de una especie en hábitats distintos al suyo natural.

⁷⁵² *Ibíd*em, pág. 479.

En cualquier caso, pensamos que para decidir al respecto es menester tomar en consideración el valor ecológico del recurso y que las medidas se adopten en el lugar más cercano posible al de la ocurrencia del daño ambiental o, cuando menos, tomando en consideración el vínculo geográfico entre los recursos, así como los intereses de la población afectada.⁷⁵³

En tal sentido, puede, por ejemplo, admitirse la reparación únicamente de ciertos elementos naturales capaces de provocar un efecto ecológico equivalente al que producían los restantes irreparables, por el momento; una compensación física real del perjuicio en un lugar local y funcionalmente ligado al lugar del atentado; la sustitución o creación *ex nihilo* de un ecosistema diferente del precedente, etc.⁷⁵⁴

En definitiva, lo relevante será que tanto el lugar dañado, antes de serlo, como el sitio restaurado, proporcionarán servicios o funciones que la colectividad valore igual.⁷⁵⁵ Es, por lo tanto, un mecanismo de compensación *recurso a recurso* o *servicio a servicio*.

Esta circunstancia, pone de manifiesto que en ningún caso la compensación ambiental puede consistir en la implementación de medidas que compensen a la colectividad mediante servicios no ecológicos, como ocurre en nuestro país, en el contexto del SEIA, con muchas de las medidas de compensación que se proponen y aprueban en las Resoluciones de Calificación Ambiental de proyectos que ocasionan impactos ambientales significativamente adversos.

⁷⁵³ *Ibidem*, pág. 478. Este autor sugiere que el juicio de equivalencia pueda llevarse a cabo mediante una técnica recomendada por la NOAA, llamada “análisis de equivalencia de hábitat” y que consiste en tener en cuenta las funciones de uno y de otro -y no su respectivo valor económico-. Asimismo, indica que un método alternativo -también sugerido por la NOAA- será el denominado *scarling* que consiste en determinar la cantidad de recursos o servicios naturales que tienen que proporcionarse a la colectividad para producir un valor igual o parecido a los recursos dañados.

⁷⁵⁴ Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucía, ob. cit., págs. 264-265.

⁷⁵⁵ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 478.

Sin perjuicio de lo dicho, es importante destacar que este tipo de reparación, al menos en nuestro ordenamiento jurídico ambiental, sólo puede ser admitido frente a daños ecológicos puros irreparables o irreversibles -o sólo parcialmente reparables *in natura*-, por cuanto su empleo en cualquier otra hipótesis importaría la aceptación de no reparar un recurso que quedará efectivamente dañado y que, por lo mismo, podría ocasionar nuevos daños ambientales.

Consecuentemente, ello equivaldría a “una autorización o licencia implícita para que se destruyan recursos naturales únicos siempre y cuando quede algún otro comparable”⁷⁵⁶, lo cual, desde luego, no podría ser tolerado.

En lo que respecta a la posibilidad de disponer la reparación del daño ecológico puro mediante una *compensación ambiental* en nuestro ordenamiento jurídico, lo primero que se debe advertir es que la legislación ambiental sólo reconoce expresamente este mecanismo en las denominadas *medidas de compensación* que se implementan en los procesos de evaluación ambiental.⁷⁵⁷

En tal sentido, tratándose del régimen de responsabilidad por daño ambiental, no existe una previsión legal expresa que permita su aplicación. Empero, pensamos con un autor, que “con ocasión de un daño ambiental que no es posible reparar en una calidad similar, el concepto de restablecimiento en sus «propiedades básicas», puede ser interpretado ampliamente por el Tribunal Ambiental, incorporando las posibilidades de compensación en un lugar distinto de aquél en que se produjo el daño. En consecuencia, aunque el restablecimiento en las propiedades básicas no sea posible en el mismo lugar en que se encontraba el elemento dañado, siempre lo

⁷⁵⁶ *Ibidem*, pág. 479.

⁷⁵⁷ Dispone el artículo 100 del Reglamento del SEIA:

“Artículo 100.- Medidas de compensación ambiental.

Las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar.

Dichas medidas incluirán, entre otras, la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función”.

será en un lugar distinto, siempre que efectivamente se logre el objetivo de reparación ambiental”.⁷⁵⁸

⁷⁵⁸ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos...*, 2ª edición, cit., pág. 411.

CAPÍTULO SEXTO

INCIDENCIA EN LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL REGULADA EN LA LBGMA

1. Introducción al estudio de la relación de causalidad en el Derecho

1.1. Comentario preliminar

El estudio de la relación de causalidad es una cuestión que abarca un sinnúmero de problemas en las más diversas disciplinas del saber -física, filosofía, derecho-. Por ello, un estudio acabado de la materia, que agote todos sus aspectos, sería una tarea imposible de llevar a cabo, por una sola persona, si se pretendiera hacerlo en menos de miles de páginas y varios lustros de dedicación exclusiva.

En efecto, analizar este problema a cabalidad implicaría desarrollar un ejercicio que en sí mismo sería suficiente para un trabajo de esta naturaleza o, quizás más, para muchas investigaciones de este tipo. Por eso, en estas breves líneas que constituyen el primer acápite de este capítulo, sólo nos limitaremos a exponer sintéticamente las nociones más elementales y las teorías más relevantes que se han expuesto para explicar su aparición y relevancia como presupuesto de la responsabilidad.

De esta manera, y a continuación de la exposición del *status quaestionis*, nos abocaremos a intentar elucidar los principales problemas que este requisito presenta en materia de responsabilidad por daño ecológico puro, esto es, circunscribiremos nuestro análisis a la resolución de los problemas específicos que la determinación de la presencia del vínculo causal presenta en materia de daños ecológicos puros.

1.2. Estado del arte: teorías que intentan explicar la relación de causalidad en la responsabilidad jurídica

Es oportuno recordar que “las consecuencias de un hecho no serán necesariamente las mismas desde el punto de vista empírico que con relación al área de la juridicidad. En el *iter* del suceder causal el plexo jurídico sólo toma en cuenta aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con pautas predeterminadas legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos que no por ello dejan de tener, en el plano ontológico, la calidad de «consecuencias»”.⁷⁵⁹

Dicho pues todo lo anterior, nos corresponde ahora reseñar algunas de estas teorías⁷⁶⁰, labor a la que nos dedicaremos en las páginas que siguen.

Es importante advertir en este punto, antes de dar paso a dicho examen, que la doctrina ha utilizado una muy variada sistemática para explicar las teorías del nexo causal⁷⁶¹, de manera que por nuestra parte, y a guisa de simplificar la exposición, iremos dando cuenta de cada una de las principales teorías, relevancia que adoptamos sobre la base del criterio de que éstas poseen un mayor desarrollo doctrinal así como una mayor recepción jurisprudencial.⁷⁶²

⁷⁵⁹ Cfr. GOLDENBERG, Isidoro H., ob. cit., pág. 9.

⁷⁶⁰ En el tratado de Derecho penal de JIMÉNEZ DE ASÚA, se exponen catorce teorías principales y algunas otras intermedias. Sobre el particular, Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª edición, Losada, Buenos Aires, 1965, págs. 493 y ss.

⁷⁶¹ A modo de ejemplo, y por todos, Vid. DíEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., págs. 360-374; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad...*, cit., págs. 178-183. Para un estudio pormenorizado de las diversas teorías, Vid. ANTOLISEI, Francesco, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Dott, Padova, 1934.

⁷⁶² Como afirma CORRAL TALCIANI, “... son las que más influencia han ejercido en la doctrina y jurisprudencia”. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad...*, cit., pág. 178.

1.2.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones

Un antecedente remoto de esta teoría es posible situarlo en el pensamiento de HOBBS, para quien la causa de todos los efectos consiste en ciertos accidentes tanto en los agentes como en los pacientes, accidentes tales que cuando están presentes se produce el efecto, pero si alguno de ellos falta el efecto no se produce; y ese accidente, ya sea del agente o del paciente, sin el cual no puede producirse el efecto, se llama *causa sine qua non* o *causa necesaria por suposición*, así como *causa indispensable* para la producción del efecto.⁷⁶³

La teoría, además, encuentra sustento en la filosofía de STUART MILL quien sostenía: “la causa, pues, filosóficamente hablando, es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizadas, hacen que siga necesariamente el consiguiente de toda necesidad”.⁷⁶⁴

Dentro del plano estrictamente jurídico, se atribuye el origen de la teoría al penalista alemán MAXIMILIAN V. BURI, quien la habría expuesto en el año 1855.^{765,766}

⁷⁶³ Cfr. HOBBS, Thomas, *Selections. Edición de F.J.E. Woodbridge*, Scribner Sons, New York, 1930, pág. 94.

⁷⁶⁴ Cfr. MILL, John Stuart, *Sistema de lógica inductiva y deductiva*, trad. Eduardo Ovejero y Maury, Daniel Jorro Editor (imprensa de Juan Pelayo), Madrid, 1917, pág. 332. Reconoce esta influencia, DíEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., pág. 360.

⁷⁶⁵ Cfr. ROXIN, Claus, ob. cit., pág. 349; DíEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil ...*, cit., pág. 360; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 33-34. Para un estudio en profundidad sobre los orígenes de la teoría. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª edición, Losada, Buenos Aires, 1965, págs. 493-688.

⁷⁶⁶ Según da cuenta ROXIN, GLASER (1858), es considerado el primer defensor de la teoría. GLASER afirmaba: “Hay... un punto de apoyo seguro para examinar el nexo causal; si se intenta suprimir mentalmente al supuesto originante (sic) de la suma de los acontecimientos y entonces se ve que a pesar de eso se produce el resultado, que a pesar de eso la serie sucesiva de las causas intermedias sigue siendo la misma, está claro que el hecho y su resultado no pueden reconducirse a la eficacia de esa persona. Si por el contrario se ve que, si se suprime mentalmente a esa persona del escenario del acontecimiento, el resultado no se podría producir en absoluto o que hubiera tenido que producirse por otra vía totalmente distinta: entonces está justificado con toda seguridad considerarlo como efecto de su actividad”. Cfr. ROXIN, Claus, ob. cit., pág. 348-349.

La teoría, en consecuencia, postula que todas las condiciones que intervienen en la producción de un resultado dañoso poseen el mismo valor, son *equivalentes*, de manera tal que no resultará posible efectuar distinciones entre ellas. Bajo esta medida, todas las condiciones que intervienen son indispensables al punto que si una de ellas no concurre el resultado lesivo no se verificará.

“Cada condición -se afirma- origina la causalidad de las otras y el conjunto determina el evento *causa causae est causa causati*. Como la existencia de éste depende de tal punto de cada una de ellas, si hipotéticamente se suprimiese alguna (*conditio sine qua non*) el fenómeno mismo desaparecería: *sublata causa tollitur effectus*”.⁷⁶⁷

Bajo esta esfera de análisis, un resultado podrá ser atribuido a un sujeto en la medida que haya incorporado una cualquiera de las condiciones necesarias para su verificación.⁷⁶⁸

La teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido objeto de severas críticas, siendo, probablemente, la más importante aquella que formulara BINDING, al afirmar que si se aplicara consecuentemente esta tesis, desembocaría en la afirmación de que todos son culpables de todo.⁷⁶⁹

⁷⁶⁷ Cfr. GOLDENBERG, Isidoro H., ob. cit., pág. 19.

⁷⁶⁸ “Para conocer si un factor es verdaderamente condición del resultado y, por tanto, equivalentemente causa, la teoría utiliza el procedimiento de la «supresión mental hipotética». Así, si queremos saber si un determinado factor es condición (y, por ende, causa) del resultado, debemos reconstruir mentalmente la situación sin el factor analizado: si en este supuesto el resultado igualmente hubiere acaecido, quiere decir que dicho factor no fue una condición del mismo. En cambio, si al prescindir mentalmente del factor en análisis el resultado no se hubiera producido, entonces dicho factor tiene la categoría de condición (*conditio sine qua non*: condición sin la cual el resultado no hubiera tenido lugar). Y siendo condición, eso lo habilita para ser tratado como causa, ya que, como queda dicho, todas las condiciones son causa del resultado, en el sentido de que sin su concurrencia el hecho dañoso no habría tenido lugar”. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad...*, cit., pág. 179.

⁷⁶⁹ Cfr. BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Verlag Von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1916, tomo II, 1°. Citado por GOLDENBERG, Isidoro H., ob. cit., pág. 21.

En efecto, si se consideran como causa de un daño a todos los hechos que se verifican en un determinado resultado, importa ampliar *ad infinitum* las consecuencias derivadas de un suceso lesivo.^{770,771}

Asimismo, “la principal objeción que se le ha dirigido es de carácter conceptual. La supresión mental hipotética sólo es eficaz si se ha hecho un juicio previo sobre si el factor suprimido es o no causa del resultado”.⁷⁷²

En este sentido, se ha afirmado que la fórmula de la *conditio sine qua non* - nos dicen también sus contradictores- no aprehende inmediatamente la relación de causalidad: su aplicación, la presuponen. La pregunta de si, suprimida mentalmente una determinada conducta, un concreto resultado se habría o no producido, sólo puede ser contestada cuando ya se sabe si esa conducta ha tenido o no influencia en la producción de ese resultado. Si ello se ignora, la fórmula de la *conditio sine qua non* no puede ofrecer información alguna al respecto. Y cuando ya se sabe, la utilidad de dicha fórmula se reduce a la comprobación lógica *a posteriori* del nexo causal preestablecido.⁷⁷³

⁷⁷⁰ Como afirma REGLERO CAMPOS, “un ejemplo de los resultados desproporcionados a que puede dar lugar la aplicación de este criterio lo encontramos en el célebre caso conocido por la STS de 10 de febrero 1959 (RJ 1959, 1483). Una vaca propiedad del demandado apareció muerta en una finca vecina. Junto con otras personas, el demandante ayudó al demandado a cargarla en un camión. Ante la sospecha de que la causa de la muerte de la vaca fuera hidrofobia, todos los que cargaron la vaca en el camión fueron sometidos a tratamiento antirrábico. «Por causas no determinadas ni aclaradas por la ciencia médica y que se producen en raros casos», la vacuna que les suministraron provocó en uno de ellos una reacción, como consecuencia de lo cual quedó parálítico. Finalmente se determinó que la hidrofobia no existía. El TS declaró responsable al propietario del animal, declarando que en este caso se «forma una cadena de hechos tan íntimamente ligados entre sí, sin interferencia de ningún otro extraño, culposo o no, ni de acción alguna atribuible al perjudicado o a tercera persona». Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando, “El nexo causal...”, cit., págs. 345-346.

⁷⁷¹ En todo caso, en el ámbito del Derecho penal, ROXIN afirma que “la crítica que antes se hacía frecuentemente a la inusual amplitud del marco de responsabilidad que abre la teoría de la equivalencia -según la cual p.ej. los padres y los antepasados del autor también son causa de todos los hechos cometidos por éste- ha perdido peso sustancialmente desde que se ha reconocido que la causalidad no es la única que decide sobre el cumplimiento del tipo objetivo, sino que ha de añadirse otros criterios de imputación. La causalidad en los delitos comisivos sólo es el límite máximo de la responsabilidad penal, pero también imprescindible como tal”. Cfr. ROXIN, Claus, ob. cit., pág. 350.

⁷⁷² Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad...*, cit., pág. 180.

⁷⁷³ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Comentario...”, cit., pág. 1983.

Sobre este punto, es interesante destacar el reproche que formula PANTALEÓN a esta teoría, en tanto, según se verá más adelante, es una cuestión que repercute especialmente, tratándose del nexo causal en materia de daños ambientales. En efecto, afirma este autor: “La fórmula de la *condicio sine qua non* falla en los casos de «causalidad concurrente»: dos cursos causales de diverso origen (uno puesto en marcha por el posible responsable, y el otro, por las fuerzas de la Naturaleza, un tercero, o el dañado) concurren simultáneamente a la producción del evento dañoso; y cualquiera de los dos hubiera bastado para producirlo en la misma forma, tiempo y lugar, (p.ej. dos incendios de origen independiente, uno culposamente provocado por el demandado, se unen para quemar la casa del demandante). Y fracasa también en aquellos casos de «causalidad hipotética» en los que el curso causal productor del evento dañoso (causa real o «adelantada»), puesto en marcha por el posible responsable, impide al otro curso causal (causa hipotética o «de reserva») llegar a producirlo en la misma forma, tiempo y lugar (p.ej. el padre al que se permite presenciar la ejecución del asesino de su hijo, aparta al verdugo en el momento decisivo, y lo «ejecuta» él). En ambos grupos de casos, la fórmula de la *condicio sine qua non*, salvo que se la corrija hasta hacerla inservible... conduciría a negar la innegable relación causal entre la conducta del posible responsable y el evento dañoso”.⁷⁷⁴

Más críticas se formulan a la teoría por la doctrina, señalándose que, entre otras, (i) el deber de resarcir, por la mecánica propia de la tesis, no podría atenuarse en forma alguna; (ii) quedaría de hecho eliminada la noción de «concausa»; (iii) se cargan en la cuenta del autor, cualquiera que haya sido su intervención, todas las consecuencias, aun las más remotas y distantes, aunque propiamente ellas no deriven del accionar del sujeto, pues no se admite interrupción alguna del nexo causal.⁷⁷⁵

⁷⁷⁴ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Comentario...”, cit., págs. 1982-1983.

⁷⁷⁵ Cfr. GOLDENBERG, Isidoro H., ob. cit., págs. 22-23.

1.2.2. Teoría de la causa adecuada

La teoría de la causa adecuada es expuesta en sus inicios por VON BAR, en el año 1871, pero suele atribuirse su formulación concreta en la ciencia jurídica al fisiólogo VON KRIES, en el año 1888.⁷⁷⁶

La teoría postula, en esencia, que, para establecer la presencia del nexo causal en la responsabilidad, no deben ser consideradas todas las condiciones *sine qua non*; sino, antes bien, sólo aquellas que resultan determinantes en la verificación del daño, atendidas su posibilidad y probabilidad como causantes del resultado, según lo que regularmente acaece en el curso ordinario de los acontecimientos.

Esta teoría, “lleva a cabo esa valoración en virtud de un juicio previo de *posibilidad* en el que se unen elementos captados en un plano *ontológico* a otros obtenidos en un plano *nomológico*, es decir, se enuncia una relación entre hechos obtenidos por la experiencia y la ley natural que les rige: se puede, por ejemplo, formular el juicio de que arrojando una piedra al espacio ésta caerá al suelo, porque conocemos el hecho del lanzamiento (saber ontológico) y aplicamos a él la ley de gravedad (saber nomológico)”.⁷⁷⁷

En tal sentido, el concepto de «causalidad adecuada» implica pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la *vida* misma. Es decir, para que exista relación causal, según la interpretación que comentamos, la acción tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo el normalmente.⁷⁷⁸

Luego, como se ha señalado, a fin de establecer la vinculación de causa a efecto entre dos sucesos, es menester realizar un juicio retrospectivo de

⁷⁷⁶ *Ibidem*, pág. 30; Cfr. COSSIO, Alfonso DE, ob. cit., pág. 531.

⁷⁷⁷ Cfr. COSSIO, Alfonso DE, ob. cit., pág. 531.

⁷⁷⁸ Cfr. HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, tomo III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; pág. 115.

probabilidad, cuya formulación es la siguiente: ¿la acción u omisión que se juzga era *per se* apta o *adecuada* para provocar normalmente esa consecuencia? En doctrina se denomina «*prognosis póstuma*» al procedimiento consistente en determinar *ex post facto* la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes.⁷⁷⁹

Sobre la base de ese procedimiento, podrá determinarse entonces si la condición, según el curso ordinario de los sucesos, era apta para provocar el daño, situación en la cual se eleva a ésta a la categoría de *causa adecuada*.

Ahora bien, para determinar cuándo ese concreto suceso se corresponde al curso regular de los acontecimientos, es posible recurrir a diversos mecanismos. Así, habrá una noción subjetivista, según la cual se deberá atender a lo que el sujeto específico conocía concretamente. Mientras que, para una noción de carácter objetivo, la evaluación de previsibilidad del curso ordinario de los sucesos debe hacerse en comparación con lo que un hombre medio habría conocido.

Es importante mencionar, como pone de manifiesto ORGAZ, que “no basta establecer que la acción era en general idónea para producir el daño, sino que es además necesario que las circunstancias intermedias hayan sucedido también normalmente, sin la intervención de factores anómalos o extraordinarios”.⁷⁸⁰

En el plano de las críticas, probablemente, posee mayor peso aquella que le impute que al partir de la noción de previsibilidad, la teoría superpone el concepto de causalidad al de culpabilidad, el cual, como sabemos, es un presupuesto de la responsabilidad que, metodológicamente, debe ser abordado *a posteriori*.⁷⁸¹

⁷⁷⁹ Cfr. GOLDENBERG, Isidoro H., ob. cit., pág. 34.

⁷⁸⁰ Cfr. ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, 2ª edición, Omeba, Buenos Aires, 1960, pág. 71.

⁷⁸¹ Cfr. PIAGGIO, Aníbal, “Azar y certeza en el Derecho de Daños”, en *El Derecho*, vol. 152, (1993), págs. 152 y ss. En el mismo sentido, CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad...*, cit., pág. 182.

En este sentido, es manifiesto que al llevar a cabo estas valoraciones, de una u otra forma se subjetiviza la causa, por cuanto tan subjetivo es el saber de un sujeto, como el de una colectividad, y acudimos a elementos ajenos a su teoría, introduciéndonos más bien en los que constituyen la doctrina del acto voluntario: lo que interesa no es tanto si la acción del sujeto produjo el resultado, como si éste pudo y debió preverlo, al producir el acto de su voluntad ese resultado.⁷⁸²

REGLERO CAMPOS explica esto con un elocuente ejemplo, “si un vehículo circula a una velocidad excesiva por una vía urbana atropellando a un peatón que cruzaba por un paso de cebra, se suele ver la causa no tanto en el hecho en sí de la circulación del vehículo, cuanto en la imprudencia de su conductor. En estos casos se tiende a confundir imputación causal e imputación subjetiva...”.^{783,784}

1.2.3. Teoría de la causa próxima

Esta teoría encuentra su origen en la tesis expuesta en Inglaterra por BACON, quien afirmaba que no es posible para la ciencia jurídica aprehender todas las

⁷⁸² Cfr. COSSIO, Alfredo DE, ob. cit., pág. 532. El autor grafica esto con un interesante ejemplo. Señala: “por ejemplo, en una comunidad que crea en la hechicería, se llegaría de este modo a convertir en la causa adecuada de la muerte de una persona, un determinado maleficio actuado de otra. En el fondo, hemos de concluir que la teoría de la causa en Derecho no es una teoría física, sino una teoría moral: el autor del maleficio quiso la muerte de la víctima, y es, por tanto, más culpable que quien vertió el veneno en un vaso creyendo que era bicarbonato”.

⁷⁸³ Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando, “El nexa causal...”, cit., pág. 346.

⁷⁸⁴ SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE, ponen de manifiesto esta cuestión a la luz de un fallo del Tribunal Supremo Español, donde se afirmó: “«(...) para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la comisión u omisión -causa- y el daño o perjuicio resultante -efecto-, la doctrina jurisprudencial aplica el principio de la causalidad adecuada, que exige que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de determinación de la voluntad; (...) una relación de necesidad conforme a los conocimientos normalmente aceptados y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo derive, como consecuencia necesaria el efecto lesivo producido (...) [e]s precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexa entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo». Obsérvese el tránsito, sin solución alguna de continuidad, de la causalidad adecuada a la culpabilidad, entendida como infracción de un deber de precaución”. Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “Causalidad...”, cit., pág. 8.

causas de las causas y las influencias de unas sobre otras, en una concatenación interminable.⁷⁸⁵

En este sentido, se postula que al jurista le basta con considerar la *causa inmediata* para realizar la imputación de un determinado hecho dañoso a un individuo. De esta manera, “habrá relación de causa a efecto si el hecho culpable ha precedido inmediatamente a la realización del daño”.^{786,787}

La teoría ha sido objeto de rigurosas críticas -al punto de encontrarse hoy abiertamente abandonada-, en tanto no será siempre posible determinar cuál ha sido la condición última del suceso lesivo; así como, porque no siempre el antecedente temporal más cercano al resultado en la cadena causal es el determinante de él, y puede serlo en cambio, alguno que lo precedió.⁷⁸⁸

En efecto, la tesis podría llevar a resultados absurdos, como lo advierte ORGAZ, quien pone de manifiesto que “aplicando esta tesis se podría decretar la responsabilidad de la enfermera que suministra al paciente una medicina (*condición más próxima*) ignorando la sustancia tóxica que en la misma introdujo dolosa o culposamente un tercero”.⁷⁸⁹

En un sentido similar, aunque con cierta indulgencia, se manifiesta REGLERO CAMPOS, quien afirma “con esta teoría se pueden solucionar algunos casos, pero no la mayoría de ellos, y resulta, además, inservible si se entiende la causa próxima

⁷⁸⁵ Cfr. GOLDENBERG, Isidoro H., ob. cit., pág. 25.

⁷⁸⁶ Ibídem, pág. 26.

⁷⁸⁷ Se ha señalado que sus orígenes se remontan al Derecho romano, afirmando a los efectos: “La doctrina clásica, que encuentra su origen en Derecho romano, exige que el hecho origen de la responsabilidad haya sido *causa directa e inmediata del daño*: «*In casibus incertis... quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et inmodicis perversionibus, in circuitus inextricabiles redigatur: ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat*» (Cod. 7, 47)”. Cfr. COSSIO, Alfredo DE, ob. cit., pág. 533.

⁷⁸⁸ Cfr. CALVO COSTA, Carlos, *Derecho de las obligaciones. Derecho de daños*, tomo II, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 260.

⁷⁸⁹ Cfr. ORGAZ, Alfredo, ob. cit., pág. 67.

desde una perspectiva puramente temporal, sobre todo porque con ella se despreciarían antecedentes causales anteriores cuya incidencia en el resultado final puede ser de igual o mayor intensidad que el inmediato”.⁷⁹⁰

1.2.4. Teoría de la causa eficiente

Otra de las teorías que se han ensayado para resolver los problemas que presenta la determinación de la relación de causalidad en la responsabilidad, es aquella denominada como *teoría de la causa eficiente (causa efficiens)*.⁷⁹¹

Dentro de esta tesis, existen dos corrientes para determinar cuándo la *causa será eficiente o determinante*. Una de ellas es la que sostiene BIRKMEYER, para quien la causa eficiente debe ser determinada mediante un criterio *cuantitativo*, esto es, la causa del daño será aquellas que en mayor medida ha contribuido a la producción del resultado.⁷⁹²

Mientras que otra vertiente postula que se debe atender para estos fines a un criterio *cualitativo*. De esta manera, la *causa eficiente* será aquella que posea una mayor eficacia por su calidad intrínseca en el proceso causal según el curso normal de los sucesos. Esta es la solución defendida por MAYER y KOHLER.⁷⁹³

La tesis ha sido criticada, en cuanto el establecimiento práctico de la *causa más eficiente* presenta indudables complejidades. En efecto, se ha dicho que “la imposibilidad de escindir materialmente un resultado, de suyo indivisible, para atribuir a una condición *per se* un poder causal decisivo, hace caer dichas construcciones

⁷⁹⁰ Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando, “El nexa causal...”, cit., pág. 348.

⁷⁹¹ Es interesante señalar que REGLERO CAMPOS refiere esta teoría como sinónimo de la *teoría de la causa adecuada*, sin efectuar un distingo entre ambas -lo cual juzgamos es una imprecisión-, al afirmar: “la llamada *teoría de la causalidad adecuada* (también conocida bajo la denominación de *causa eficiente*) ...”. Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando, “El nexa causal...”, cit., pág. 348.

⁷⁹² Cfr. GOLDENBERG, Isidoro H., ob. cit., pág. 27.

⁷⁹³ *Ibíd.*, págs. 27-28.

teóricas en un empirismo que las despoja de todo rigor científico”.⁷⁹⁴ Asimismo, que es muy difícil determinar, cuál es la más eficiente, cuando concurren varias causas.⁷⁹⁵

1.2.5. Teoría de la imputación objetiva o de la causalidad como imputación

La teoría de la imputación objetiva fue postulada inicialmente por LARENZ.⁷⁹⁶ En efecto, como enseña CORRAL TALCIANI, “en el pensamiento de Larenz la relación de causalidad es una investigación acerca de la existencia de una imputación, es decir, el intento de delimitar dentro de los acontecimientos accidentales un hecho que puede ser considerado como propio (imputable) de un hombre”.⁷⁹⁷

Sin perjuicio de ello, ha sido ROXIN quien la ha desarrollado, en el campo del Derecho penal, y le ha otorgado la innegable preeminencia de la que goza en la actualidad.⁷⁹⁸

En este sentido, para ROXIN “un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto...”.⁷⁹⁹

En tal sentido, dicho autor señala que la teoría de la adecuación puso de relieve que el propósito que se persigue no es el de una genuina teoría causal, sino el de una teoría de la imputación. Dicho de otro modo, no se busca establecer si un elemento de hecho es la causa de un resultado, sino que se intenta dar respuesta a

⁷⁹⁴ *Ibidem*, pág. 29.

⁷⁹⁵ Cfr. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pág. 202.

⁷⁹⁶ Cfr. LARENZ, Karl, *Hegel Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Scienta Verlag, Leipzig, 1927, pág. 60. Citado por, PREVOT, José Manuel, *ob. cit.*, pág. 166.

⁷⁹⁷ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad...*, *cit.*, pág. 183.

⁷⁹⁸ Para un estudio acabado de la tesis sostenida por ROXIN, Vid. ROXIN, Claus, *ob. cit.*, págs. 362-402.

⁷⁹⁹ *Ibidem*, pág. 363.

la pregunta sobre si determinados hechos causantes deben ser considerados *jurídicamente* como relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona.

Luego, para él, el hecho de que la teoría de la adecuación no fuera, *stricto sensu*, una teoría causal, sino una teoría de imputación objetiva, era algo que ya había sido reconocido desde MEZGER, quien había señalado que la única teoría causal posible, en Derecho penal, es la teoría de la equivalencia de las condiciones, mientras que la teoría de la adecuación es una teoría de relevancia jurídica.

Con un criterio parecido se ha dicho que la teoría de la imputación objetiva tiene el cometido de fijar criterios normativos por los cuales un resultado -en el que reside la lesión de un bien jurídico- es atribuible a un comportamiento.⁸⁰⁰

A su turno, JAKOBS, concretando la teoría de la imputación objetiva en el Derecho penal, afirma que:

“Las garantías normativas que el Derecho establece, no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles, porque si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social. Las mentadas garantías normativas adscriben a determinadas personas, que en un contexto de interacción social ocupan determinadas posiciones, unos ciertos cometidos, que pueden ser calificados como estándares o roles. Sólo de este modo, se posibilita la orientación social sin conocer las características individuales de las personas que actúan y se hacen posibles contactos anónimos en que no es necesario averiguar el perfil individual de la persona que tenemos enfrente, porque podemos considerarla sólo como portadora de un rol. Así, los seres humanos se encuentran en un mundo social en función de portadores de un rol o, dicho de otro modo, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar.

⁸⁰⁰ Cfr. DíEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., págs. 366-367.

De este modo, el objetivo es imputar las desviaciones respecto de las expectativas que suscita el portador del rol. Como toda defraudación de expectativas, en toda lesión o en todo daño pueden participar, además de la víctima y el pretendido autor, terceras personas. La labor consiste en determinar a quién competía el acontecer relevante, es decir, quién quebrantó su rol administrándolo de modo deficiente. Si todos se comportan conforme al rol sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como una desgracia. Si fue la víctima quien quebrantó su rol es ella quien debe asumir el daño y sólo puede imputarse la responsabilidad a terceros, cuando sean éstos los que hubieran quebrantado o administrado deficientemente su rol".⁸⁰¹

Ahora bien, la construcción dogmática de esta tesis provee de ciertos criterios de imputación objetiva, aunque más bien se trata de criterios de exclusión de la imputación objetiva.⁸⁰² Habida consideración de que el análisis de los mismos excede los límites propuestos para estos apartados introductorios, bástenos con señalar que ellos son los siguiente: (i) el riesgo general de la vida⁸⁰³; (ii) la prohibición de regreso⁸⁰⁴; (iii) el criterio de la provocación⁸⁰⁵; (iv) el fin de protección de la norma⁸⁰⁶; y (v) el criterio de incremento del riesgo y de la conducta alternativa correcta.⁸⁰⁷

2. La relación de causalidad en la responsabilidad por daño ambiental

2.1. Determinación de la relación de causalidad en las acciones de reparación del daño ambiental: Estado de la cuestión

⁸⁰¹ Cfr. JAKOBS, Günter, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, trad. Manuel Cancino Meliá, S.L. Civitas Editores, Madrid, 1996, pág. 96. Citado por Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., págs. 367-368.

⁸⁰² Cfr. Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., pág. 371.

⁸⁰³ Por todos, Vid. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Comentario...", cit., pág. 1985

⁸⁰⁴ Ídem.

⁸⁰⁵ Ídem, pág. 1986.

⁸⁰⁶ Ídem, pág. 1986-1987.

⁸⁰⁷ Ídem, pág. 1986

De todo lo estudiado en precedencia, parece quedar una cuestión clara: en el estado actual del arte, pocas dudas caben respecto a que la causalidad es uno de los elementos más complejos de analizar en todo régimen de responsabilidad.^{808,809}

Esta innegable realidad, adquiere particular énfasis en materia de responsabilidad por daño medioambiental, al punto que alguien ha dicho que “sólo quien puede adivinar los números de la lotería podría probar el nexo causal”.⁸¹⁰ DE MIGUEL expresa esta idea afirmando que “el estudio del nexo causal es, en general, difícil y complejo; pero, si cabe, aún lo es más en el caso especial de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”.^{811,812}

A su turno, en Chile, CORRAL TALCIANI afirma que: “se trata de una cuestión por demás compleja y discutida, tanto en doctrina como jurisprudencia”.⁸¹³ Y continúa, “la centralidad del rol de la causalidad en materia medioambiental es propio de todos los

⁸⁰⁸ Sobre el particular, resulta muy elocuente aquella frase, pronunciada en Inglaterra, que indicaba que “los germanos y los americanos han producido una considerable literatura a este propósito, tanto que un conocido escritor francés, anotó una vez que, si el tema no existiese, debería ser inventado para que los germanos tengan un tópico en el cual desarrollar su mente legal”. Cfr. MARKESINIS, Basil. y DEAKIN, Simon, *Tort Law*, 3rd edition, Oxford University Press, Oxford/New York, 1994, pág. 56. Con mayor acidez incluso, FLEMING afirmaba que “la causalidad es una peste...”. Cfr. FLEMING, John, *The Law of Torts*, 9th edition, Law Book Company, Sidney, 1998, pág. 218.

⁸⁰⁹ PREVOT, con profusas citas, señala que la doctrina ha concebido este presupuesto de la responsabilidad como una de las “cuestiones más «complejas»; «tormentosas»; «angustiosas»; «irritantes»; «enigmáticas»; «multiformes»; «ambiguas»; «insolubles» o, si se prefiere, «de extrema dificultad». Cfr. PREVOT, José Manuel, “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, (2010), págs. 144-145.

⁸¹⁰ Cfr. BECK, Ulrich, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*, trad. Martin Steinmetz, El Roure, Barcelona, 1998, pág.109.

⁸¹¹ Cfr. MIGUEL PERALES, Carlos DE, *Derecho Español...*, cit., pág. 529.

⁸¹² Igual opinión le merece a ESTEVE PARDO quien afirma: “una marcada singularidad de la responsabilidad por daños ambientales, que se plantea con mayor o menor agudeza en la práctica totalidad de los casos, es la espesa complejidad que envuelve a un elemento nuclear en los esquemas propios de la responsabilidad: la relación de causalidad, de causa y efecto, que pueda establecerse entre la actuación u omisión del sujeto al que se atribuye responsabilidad y el daño efectivo producido”. Cfr. ESTEVE PARDO, José, *Derecho del Medio Ambiente...*, cit., pág. 93.

⁸¹³ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, “La relación de causalidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, en Tatiana Vargas Pinto (editor), “La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y pena”, Cuadernos de extensión Jurídica (U. de los Andes), N° 15, Santiago, 2008, pág. 3, disponible en: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/causalidad-ambiental.pdf>.

sectores de responsabilidad objetiva, pero en esta sede tropieza con dificultades muy serias para lograr un proceso sencillo de calificación por el juez".^{814,815}

En lo que respecta a la jurisprudencia, en este mismo sentido, la ltma. Corte de Apelaciones de Copiapó, en fallo confirmado por la Corte Suprema, resolvió:

"No escapa a estos sentenciadores que, en materia de vínculo causal, en casos sobre responsabilidad ambiental su dilucidación trae aparejado graves dificultades e, incluso, siguiendo a la doctrina más autorizada, podría sostenerse una atenuación en la exigencia de certeza plena respecto del punto.

*Así, este tema crucial de la responsabilidad ambiental no está resuelto por la ley".*⁸¹⁶

De este modo, si bien nadie duda de su necesaria presencia como presupuesto de la responsabilidad -no pensamos que sea sostenible la existencia de una obligación de reparar el medio ambiente dañado sin que se haya probado el nexo causal-^{817,818}, tampoco se ha discutido cabalmente respecto a cuáles son los

⁸¹⁴ Ibídem, pág. 4.

⁸¹⁵ Lo mismo ocurre en otros países de Sudamérica, como Argentina, donde se ha indicado, en relación a la denominada *responsabilidad civil por daño ambiental*: "uno de los principales problemas en materia de responsabilidad civil por daño ambiental reside en la dificultad para acreditar el nexo de causalidad, fundamentalmente, debido a su complejidad". Cfr. BESALÚ PARKINSON, Aurora, *"Responsabilidad por daño ambiental"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 225. Así también en España, según nos refiere un autor: "La ausencia de una teoría de la causa clara ha llevado a que los tribunales, dejando aparte teorías abstractas y guiándose más por la búsqueda de una solución justa, determinen en cada caso concreto cuándo hay o no una relación de causalidad entre una determinada actividad y un determinado daño". Cfr. MIGUEL PERALES, Carlos DE, ob. cit., pág. 529.

⁸¹⁶ Excma. Corte Suprema, causa rol 2107 - 2008, sentencia de fecha 29-07-2010, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/4473/2010.

⁸¹⁷ Como nos recuerda MORENO TRUJILLO, comentando una antigua sentencia del TS Español, "...la llamada relación de causalidad, requisito indispensable para que puedan ser imputados al agente las consecuencias del daño originado, implica o supone que cada uno de los momentos que integran o constituyen las partes o aspectos de su actuación total, desde el hecho o el acto inicial hasta la producción del resultado, aparezcan perfectamente enlazados a manera de eslabonar una cadena, de forma que el acto anterior condicione (por lo menos en cierto modo) al posterior hasta que llegue o se produzca el resultado". Cfr. MORENO TRUJILLO, Eulalia María, *La protección jurídico-privada del medio ambiente responsabilidad por su deterioro*, Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho,

contornos precisos que dicho instituto debe tener tratándose de la responsabilidad por daño al medio ambiente y, en consecuencia, la cuestión ha quedado entregada a la aplicación de las reglas generales y comunes del Derecho civil, donde tampoco predomina una uniformidad de postulados.

En efecto, la circunstancia de que sean las normas y principios del Derecho civil las herramientas jurídicas que nuestros tribunales utilizan para resolver los problemas que presenta determinar la relación de causalidad en la responsabilidad por daños al medio ambiente queda de manifiesto en dos fallos de nuestra Corte Suprema, donde se resolvió:

[inédita], Universidad de Granada, Granada, 1990, pág. 383. En un sentido idéntico, aunque circunscrito estrictamente la responsabilidad civil, se manifiesta REGLERO CAMPOS, quien afirma "la existencia de un nexo causal entre la actividad (y de forma más tardía, la conducta omisiva), del sujeto a quien se imputa el daño y el hecho dañoso ha constituido históricamente un presupuesto inexcusable de la responsabilidad civil". Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando L., "El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas", en L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Busto Lago (coordinadores), Tratado de Responsabilidad Civil, tomo I, 5ª edición, Thomson Reuters - Aranzadi, 2014, págs. 339-340.

⁸¹⁸ En Chile, CORRAL TALCIANI, afirma que: "no es esta, sin embargo, [la no exigencia de la relación de causalidad] una opción razonable, puesto que la relación de causalidad es un constitutivo esencial del concepto de responsabilidad". Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "La relación de causalidad...", cit. pág. 5. A su turno, DOMÍNGUEZ expresa: "parece demás indicar que todos están de acuerdo en que, para poder atribuir el deber de reparación a un sujeto, el daño de que se queja el demandante, ha de haber sido causado por el hecho del demandado. Si la exigencia del elemento subjetivo -culpa o dolo- puede eliminarse en las hipótesis de responsabilidad objetiva y depende de las concepciones que se tengan sobre la responsabilidad civil, nadie imagina en el derecho contemporáneo, que alguien pudiese responder por lo que no ha hecho y que no resulta ni de su actividad, ni de su abstención". Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al Derecho chileno", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 209, (2001), pág. 10.

Finalmente, sobre el punto, en Derecho español se ha indicado: "Una cosa es que un juez, ante la dificultad que supone admitir la prueba de una relación causal compleja, utilice otros mecanismos que, aunque no adecuados técnicamente, le ayudan a llegar a una solución justa. Otra cosa muy distinta, y en modo alguno aceptable, es afirmar que la relación de causalidad no es un ingrediente indispensable para que pueda hablarse de indemnización del resultado dañoso, ya que de ello simplemente se deriva la posibilidad de hacer a una persona responsable de la reparación de un daño en cuya producción no ha intervenido en modo alguno, directa ni indirectamente, lo que, al menos desde nuestro punto de vista, no puede aceptarse". Cfr. MIGUEL PERALES, Carlos DE, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 152.

*“Vigésimo cuarto: Que la ley ambiental basó su sistema de responsabilidad en el derivado del derecho común, con algunas modificaciones, por lo que sus exigencias deben ser estudiadas a la luz de ambas normativas. En especial deben concurrir: especialidad de la materia; capacidad de quien acciona y en contra de quien se acciona; legitimación activa y pasiva; conducta (acción u omisión); factor de imputación, el que se sostiene en la culpabilidad; antijuridicidad; acreditación de perjuicios; relación de causalidad entre la conducta y el daño; ausencia de causales de exención y extinción de responsabilidad”.*⁸¹⁹

Y en otra oportunidad expresó:

*“Décimo Sexto: Que, según se desprende de lo consignado en el fundamento décimo de esta sentencia, la doctrina establece que los elementos de la responsabilidad extracontractual siempre deben configurarse para establecer la responsabilidad en materia ambiental”.*⁸²⁰

Esta situación genera, a nuestro entender, dos problemas: (i) según se ha señalado en los capítulos precedentes, la utilización exclusiva de las herramientas jurídicas que proporciona el Derecho civil puede resultar en ocasiones insuficiente -y en ciertas circunstancias contradictorias a los fines y funciones del Derecho ambiental- para resolver los problemas que presenta la reparación de daños ecológicos puros; y (ii) en el Derecho civil el problema no ha sido el objeto o la preocupación principal de la doctrina en Chile, salvo, desde luego, algunas particulares excepciones.⁸²¹

⁸¹⁹ Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/3422/2011.

⁸²⁰ Excma. Corte Suprema, causa rol 5130 - 2013, sentencia de fecha 26-06-2013, disponible en: www.poderjudicial.cl.

⁸²¹ Vid. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La causalité dans la responsabilité en droit comparé français et chilien*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, [inéedita], Universidad de Toulouse, Toulouse, 1968; ARAYA JASMA, Fernando, *La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil*, Lexis-Nexis, Santiago, 2003; BARAONA González, Jorge, “La causa del daño en la jurisprudencia reciente”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N°2, (2003), págs. 345-379; y “La cuestión causal

Por su parte, en derecho comparado, el problema de falta de análisis y precisión sobre la forma en que se debe determinar la presencia del vínculo causal en las hipótesis de daño ambiental -y si corresponde hacerlo a la luz de las normas y principios del Derecho civil-, también se verifica.

En efecto, en España, por ejemplo, la doctrina se ha preocupado del asunto en tanto se ha afirmado que ello conlleva, por supuesto, el riesgo de que el nexo de causalidad exista o no según la propia apreciación del juez que deba resolver el caso específico planteado; no obstante, ante la poca concreción de la teoría sobre la causa, parece que esa ha sido la situación que siempre se ha dado. Así, un somero análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la relación de causalidad, permite advertir que, aun acercándose más a la teoría de la causa adecuada, en realidad los jueces no han seguido ninguna teoría definida, guiándose más por el caso concreto que la realidad les ofrecía.⁸²²

En este escenario, nos parece justificado investigar cuáles son las particulares dificultades que presenta la determinación de este presupuesto de la responsabilidad tratándose de los daños ambientales, para luego intentar ofrecer soluciones que permitan soslayar dichos inconvenientes y que se encuentren ajustadas a los principios, fines y funciones del Derecho ambiental.

2.1.1. Dificultades que presenta la determinación de la relación de causalidad en la responsabilidad por daños al medio ambiente: Desconocimiento del entorno y causalidad compleja

Indicábamos algunos párrafos arriba, que la determinación de la presencia del vínculo causal es uno de los elementos que mayores problemas presenta en todo

en la responsabilidad civil extracontractual: panorama de derecho comparado”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 2, (2004), págs. 211-223

⁸²² Cfr. MIGUEL PERALES, Carlos DE, *Derecho Español del...*, cit., pág. 529.

régimen de responsabilidad y que tratándose de la responsabilidad por daño ambiental ello era aún más evidente.

En tal sentido, la pregunta que debe ser elucidada a continuación es ¿por qué en materia de responsabilidad por daño ambiental es particularmente difícil acometer esa tarea? o dicho de otra forma ¿cuáles son las causas o los motivos que hacen más dificultosa la labor de determinar la existencia de la relación de causalidad tratándose de daños ecológicos puros?

En los acápites que siguen intentaremos dar respuesta a estas inquietudes.⁸²³

2.1.1.1. Desconocimiento del entorno

En efecto, en primer término, la tarea de determinar el nexo causal en el caso de los daños ecológicos puros se ve dificultada por la natural consecuencia que aún existe un profuso desconocimiento de nuestro entorno. Por tanto, precisar cuáles han sido las causas concretas que han dañado el ambiente resulta las más de las veces una tarea en extremo dificultosa.

Así, como ha puesto de manifiesto la doctrina, estos problemas se verifican, por ejemplo, a consecuencia de: (i) *La naturaleza dinámica del medio ambiente*; (ii) *La contaminación crónica o progresiva*; (iii) *La contaminación por acumulación*; (iv) *La desconexión temporal o espacial entre acción contaminante y daño*; (v) *La*

⁸²³ ESTEVE PARDO lo sintetiza de manera elocuente: “en el caso de los daños ambientales esta relación es con frecuencia difícil de establecer y probar de manera inequívoca. Existen, por un lado, elementos de análisis y valoración estrictamente técnicos, de compleja y controvertida apreciación en un proceso judicial de responsabilidad. Por otro lado, el propio entorno ambiental, característico de estos casos, puede contribuir con frecuencia a la amplificación de los daños por procesos naturales - vientos, lluvias o avenidas de agua que pueden diluir la contaminación o, por el contrario, y según las circunstancias, agrandar los daños según los casos- del todo ajenos a la intervención y responsabilidad humana. Por si esto fuera poco, se dan además una serie de dificultades probatorias derivadas de una serie de protecciones -que tienen, por supuesto, su específica justificación- de la industria, como es, sin ir más lejos, el secreto industrial, que dificultan extraordinariamente, cuando no imposibilitan del todo, la actividad probatoria”. Cfr. ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente...*, cit., pág. 93.

*apreciación científica de la relación causa-efecto y el costo de las pericias y testimonios de expertos.*⁸²⁴

Por ello, resulta evidente “que la imperfección del conocimiento científico de los fenómenos naturales y, por ende, la probabilidad, reside en la propia naturaleza de las cosas. Sólo permitiría contentarse con un conocimiento basado en probabilidades o estocástico, el cual es inherente a la posibilidad de error”.⁸²⁵

En este escenario, una primera cuestión que es posible advertir se refiere al hecho de que el sentenciador debería conformarse con obtener una seguridad relativa respecto del juicio causal que efectuará, lo cual traería aparejados múltiples problemas desde la óptica de la seguridad y la certeza jurídica, principal y eminentemente, si para resolver las cuestiones que la determinación del nexo causal plantea tratándose de daños al medio ambiente, se utilizan los mecanismos tradicionales del Derecho civil, fundados en las normas y principios propios y

⁸²⁴ En este sentido, CORRAL TALCIANI indica que "los motivos por los cuales se complejiza al máximo el establecimiento de la relación causal en la responsabilidad por daño ambiental, son variados: a) *La naturaleza dinámica del medio ambiente*: el medio ambiente no es una realidad fija e inmóvil, sino un conjunto de elementos en continua interacción. De allí que sea casi imposible aislar completamente la conducta del demandado a la que se atribuye el daño a otros factores, meteorológicos, hidráulicos, geológicos, biológicos, etc., que han estado también presentes; b) *La contaminación crónica o progresiva*: muchas veces el daño ambiental no se produce por una sola conducta dañosa, sino por la lenta y casi imperceptible acumulación de materias tóxicas en un dilatado espacio de tiempo, de manera que la última intervención imputada al demandado en sí misma considerada no es la que ha provocado la lesión medioambiental; c) *La contaminación por acumulación*: a veces el daño ambiental proviene de la acumulación de inmisiones que, consideradas singularmente, quedan bajo los márgenes permitidos, pero que unidas a las de otros emisores pueden llegar a provocar un grave daño al ambiente; d) *La desconexión temporal o espacial entre acción contaminante y daño*: en ocasiones, la actividad dañosa es de antigua data y los efectos contaminantes se manifiestan mucho tiempo después, o el resultado dañoso se produce en una región geográfica distante de aquella en la que se produjo la acción contaminante (lluvia ácida, nubes tóxicas, derrames en ríos o mares); e) *La apreciación científica de la relación causa-efecto y el costo de las pericias y testimonios de expertos*: el conocimiento y la experiencia común no son suficientes para determinar la causa de un daño ambiental, por lo que lo normal será necesario recurrir a los informes periciales y testimonio de científicos o técnicos, que son costosos y difíciles de conseguir por la parte demandante que, normalmente, es la que menos recursos económicos posee. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "La relación de causalidad...", cit., pág. 4.(énfasis agregado)

⁸²⁵ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 297.

exclusivos del Derecho privado. Cuestiones todas que serán abordadas a lo largo de este capítulo.

2.1.1.2. Presencia de una causalidad compleja

Un segundo aspecto que dificulta decididamente con la tarea de determinar la relación de causalidad tratándose de daños al medio ambiente, se refiere a que en esta materia estamos en presencia de una *causalidad compleja*.⁸²⁶

En efecto, la interacción de condiciones, es decir, la interdependencia de los fenómenos ambientales produce pluralidad de causas, plantea problemas en la determinación de los hechos y circunstancias causales, como, asimismo, en los efectos jurídicos.⁸²⁷

De esta manera, la interdependencia ya apuntada entre recursos bióticos y abióticos de un ecosistema implica que el daño ocasionado, por ejemplo, pueda afectar a una de las especies de flora y ésta, a su vez, repercutir en la fauna de un determinado lugar. Efectivamente, la entrada de sustancias contaminantes en el medio ambiente puede asemejarse a la caída de una piedra en el agua, que provoca una serie de ondas que se expanden hacia afuera. Por lo tanto, para juzgar si

⁸²⁶ BAUTISTA ROMERO, citando autorizada doctrina, afirma: “La resolución del asunto de la prueba del nexo causal es especialmente compleja y mucho más en el ámbito medioambiental. Se ha dejado en muchas ocasiones, tanto en el ámbito nacional como internacional, en manos de los jueces que persiguen una solución de tipo práctico, como es lógico, una solución aplicada al caso concreto planteado. No parece haber en la jurisprudencia española una teoría clara de la causa, ni una solución homogénea a los problemas que plantea la prueba del nexo causal. Se citan algunas STS como prototipos de respuesta al problema de la causalidad, donde predomina el criterio, que parece el más aceptado, de causalidad adecuada, conforme al cual la conducta de una persona es causa del daño si es apta en general para causar un resultado como el que se produjo o aumentó significativamente el riesgo de que se produjera”. Cfr. BAUTISTA ROMERO, José Juan, “El sistema de responsabilidad por daños al medio ambiente”, pág., 6, disponible en http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/18/04_el_sistema_de_responsabilidad.html.

⁸²⁷ HONORÉ, siguiendo a dos autores, proporciona dos gráficos ejemplos al señalar “cuando dos incendios se mezclan y en conjunto terminan en un resultado dañoso, o cuando la polución creada por varias personas de manera independiente entre sí contamina un arroyo o un lago”. Cfr. Honoré, Tony, “Condiciones necesarias y suficientes en la responsabilidad extracontractual”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 3, (2013), pág. 1088.

efectivamente se ha producido un daño, es necesario considerar la totalidad de los impactos.⁸²⁸

En el Derecho italiano, se expone esta cuestión afirmando que: "los efectos de la degradación ambiental son, casi por definición, producto de múltiples factores, irreconocibles e incluso desconocidos, llegando a describirse con el adjetivo de daños anónimos, subrayándose la especial dificultad de la prueba del nexo causal...".⁸²⁹ Empero, con un autor, pensamos que "esta complejidad causal no puede servir de excusa para que los contaminadores eludan su responsabilidad".⁸³⁰

Sobre este punto, nuestra realidad jurisprudencial ofrece un claro ejemplo de la falta de consideración de esta circunstancia, en tanto para rechazar una demanda por daño ambiental, se argumenta sobre la base de *no haberse acreditado que los hechos imputados fueran la causa única o al menos determinante* del daño.

Así, la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia confirmada por la E. Corte Suprema, resolvió:

"Vigésimo noveno: ...2. En lo que importa a la controversia que nos ocupa, en cambio, no resulta demostrado que la polución que produce la demandada haya

⁸²⁸ Como se ha señalado, "ocurre en muchos casos que una actividad contaminante, con unos mismos niveles de emisión o vertidos, produce daños o no en función de factores naturales externos como puedan ser las condiciones atmosféricas, la fuerza y dirección de los vientos, las diferencias de causal en los cursos de aguas, etc. En otros casos, el marcado y complejo componente tecnológico que está en el origen de muchos daños ambientales hace extremadamente difícil la fijación precisa de las causas -porque suelen ser varias- y la participación o cuota de cada una en la efectiva producción del daño". Cfr. ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente...*, cit., pág. 99.

⁸²⁹ Cfr. COMPORTI, Marco, "Responsabilità civile per danni da inquinamenti", en N. Lipari (a cura di), *Tecniche Giuridiche e Sviluppo della persona*, Roma, 1974, pág. 357. Así también lo afirma la doctrina sudamericana, donde se indica: "en cuanto a la relación de causalidad, cabe destacar que la doctrina brasileña, al igual que la argentina, asume que el daño ambiental puede resultar de varias causas concurrentes, simultáneas o sucesivas, teniendo difícilmente una única fuente. Este fenómeno es denominado dispersión del nexo causal o causalidad compleja". Cfr. BESALÚ PARKINSON, Aurora, ob. cit., pág. 227.

⁸³⁰ Cfr. NUNES ATHIAS, Jorge A., "Responsabilidade civil e meio ambiente. Breve panorama do Direito Brasileiro", en Antônio Hermann V. Benjamin (coordinador), *Dano Ambiental. Prevencao, reparacao e repressao*, Sao paulo, 1993, pág. 244.

*sido la causa única o siquiera la determinante en el proceso de modificación y decadencia de la aptitud agrícola de los predios de la demandante, pues sobre el particular existe prueba contradictoria que se refiere, por un lado, a una deficiencia en la calidad natural de los suelos o bien a un proceso de erosión acelerado por la sequía que afectó a la zona en los años finales de la década del 60; y, por otra parte, se habla y refiere que la gran causa de dicha erosión fue el elemento contaminante proveniente de la actividad de la demandada, todo lo cual impide formar convicción el efecto y lleva a estos sentenciadores a tener por no acreditado el aserto inicial de este párrafo”.*⁸³¹

Como se advierte, el estándar jurisprudencial exigido en este juicio, hace caso omiso de las dificultades que presenta en materia de daño ambiental la acreditación de una “*causa única*”, sin perjuicio de agregar el elemento “*determinante*”⁸³² el cual, como veremos más adelante, puede ser un correctivo plausible para soslayar dichos problemas.

Por esta razón, por ejemplo, la búsqueda de una *conditio sine qua non* - tradicional mecanismo utilizado por la responsabilidad civil para la determinación del nexo causal, aunque hoy en día bastante superado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos-, esto es, un suceso que suprimido mentalmente haga desaparecer el daño ambiental es, en un amplio número de casos, un ejercicio estéril que no proporciona asistencia en la materia, habida consideración de ser los procesos ambientales múltiples y complejos, plagados de sucesos físicos, químicos y biológicos que hacen irrealizable dicha labor. Otro gráfico ejemplo de ello se presenta con la incertidumbre que existe respecto a la forma en qué los gases de efecto invernadero influyen en el cambio climático.

⁸³¹ Excma. Corte Suprema, causa rol 3748 - 1999, sentencia de fecha 18-01-2001, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/3281/2001; 17954.

⁸³² El fallo pronunciado por la E. Corte Suprema, en su considerando 4° incorpora la noción de “causa preponderante”, lo cual, según se dirá a lo largo de este capítulo, puede resultar apropiado para resolver esta cuestión desde una óptica de los principios que informan el Derecho ambiental.

En este escenario, creemos que es necesario asumir que la noción de daño directo no es suficiente para explicar con carácter general, de un modo satisfactorio, la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad por daños al medio ambiente, del mismo modo que tampoco son suficientes las teorías tradicionales clásicas.⁸³³

Pero, no obstante la elocuente constatación del articulista, frente a esta afirmación, creemos que la pregunta precisa que se debe formular, al menos para el caso chileno, es otra ¿no serán probablemente esas notas distintivas del daño ambiental y de la causalidad, una prueba contundente referida a que la responsabilidad por daño ecológico puro no posee una naturaleza exclusivamente civil, sino híbrida, como hemos sostenido, y por eso la aplicación exclusiva de los mecanismos tradicionales del Derecho común no resultan satisfactorios?

2.1.2. Problemas que presenta la utilización exclusiva de los mecanismos de la responsabilidad civil extracontractual: Necesidad de aplicación de los principios que informan el Derecho ambiental

A nuestro juicio, para abordar la materia en análisis es necesario, una vez más, preguntarse si los mecanismos utilizados para determinar la presencia de la relación de causalidad en materia de responsabilidad civil extracontractual, son idóneos y suficientes tratándose de la responsabilidad por daño ecológico puro.

O, si por el contrario, en este caso, una vez más, pareciera que el bien jurídico tutelado por el Derecho ambiental da cuenta de que la utilización exclusiva de las herramientas jurídicas tradicionales del Derecho civil es insuficiente -y en ocasiones contradictoria a los fines, funciones y principios de esta rama del Derecho-, y es

⁸³³ Cfr. MIGUEL PERALES, Carlos DE, *Derecho Español del...*, cit., pág. 531. Sin perjuicio de compartir lo postulado por el autor, es importante recordar nuestra aprensión con respecto a que en Chile exista una *responsabilidad civil medioambiental*, como hemos tenido ocasión de señalar en reiteradas oportunidades a lo largo de este trabajo.

necesario, por tanto, configurar soluciones especiales construidas sobre la base de interpretar las normas que rigen la materia -en el caso chileno las de la LBGMA- a la luz los mandatos que proporcionan los principios generales que informan esa disciplina.

En este sentido, se debe considerar que, por ejemplo, una de las cuestiones que más se complican cuando se trata de aplicar en forma exclusiva los mecanismos del responsabilidad civil extracontractual a la responsabilidad por daños al ambiente, es el de la prueba, tanto del daño, de la culpa, como de la relación de causalidad entre aquél y la conducta del sujeto imputable; sobre todo porque la mayoría de los daños ambientales no pueden ser imputados a un solo individuo sino que normalmente son consecuencia de la sumatoria de varias conductas contaminantes imputables a varios individuos.⁸³⁴

Una clara muestra de ello se manifiesta al intentar resolver la siguiente pregunta: ¿es posible atribuir responsabilidad a un sujeto por un daño ambiental cuando no se encuentra plenamente acreditado el nexo causal?

Así, si la respuesta proviene desde los dominios de la responsabilidad civil extracontractual, la doctrina y jurisprudencia negarían dicha posibilidad⁸³⁵; mientras que si la misma se construye desde los principios generales del Derecho ambiental la posibilidad de que ello ocurra resulta plenamente factible, como intentaremos demostrar en los acápites siguientes de este capítulo.

⁸³⁴ Cfr. GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan, *La responsabilidad por el Daño Ambiental en América Latina*, 1ª edición, PNUMA, México D.F., 2003, Pág. 53.

⁸³⁵ En el Derecho español, "sobre esta materia ha elaborado el Tribunal Supremo una fórmula de estilo: para la declaración de la responsabilidad es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, no siendo suficientes las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos". Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando, "El nexo causal...", cit., pág. 376.

Ahora bien, para comenzar nuestro análisis estimamos de valor destacar que interrogantes como la expuesta ya han sido formuladas en el Derecho comparado, donde se ha afirmado que el espacio medioambiental no está dominado por las categorías y conceptos jurídicos tradicionales, con los que en otros ámbitos se opera a plena satisfacción, los propios conceptos centrales y referencias básicas de la institución de la responsabilidad civil: causalidad, carga de la prueba, derechos subjetivos afectados, víctima y responsable, daños en bienes y derechos con un titular determinado se muestran inadecuados e incluso inoperantes.⁸³⁶

En tal sentido, creemos, con HIGHTON, que “las particularidades de la casualidad en materia de medio ambiente son difíciles de integrar dentro de los esquemas habituales de la causalidad jurídica. Los elementos que producen molestias son difusos y lentos, se suman y acumulan entre sí y son susceptibles de producir efectos a grandes distancias.”⁸³⁷

En efecto, la especificidad de esta responsabilidad se patentiza frente a determinadas situaciones especiales caracterizadas porque la responsabilidad se imputa a una persona que, al menos en apariencia, no es el que directamente produjo el daño y que, en principio, no debería responder por el hecho de otro. Se trata, en efecto, de una responsabilidad indirecta basada en otros tipos de relaciones con los responsables directos, que no encuadra en el concepto de dependencia recogido por la regulación del Derecho común.⁸³⁸

Consecuentemente, siendo efectivo que existen ciertas situaciones que hacen más palmaria la especificidad de la responsabilidad por daño ambiental, la resolución de sus problemas desborda los criterios tradicionales de la responsabilidad civil, y

⁸³⁶ Cfr. BAUTISTA ROMERO, José Juan, ob. cit., pág. 2.

⁸³⁷ Cfr. HIGHTON, Elena, “Reparación y prevención del daño al medio ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?”, en VV.AA., *Derecho de Daños*, Cap. XXVIII, La Roca, Buenos Aires, 1993, pág. 818.

⁸³⁸ Cfr. BESALÚ PARKINSON, Aurora, ob. cit., pág. 234.

por ello la utilización exclusiva de las herramientas que otorga el Derecho civil no resulta ser una alternativa viable en un número importante de ocasiones.

Creemos que dicha particularidad da cuenta de una circunstancia profunda, cuando menos en la LBGMA, esto es, que la naturaleza jurídica del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en ese cuerpo normativo no corresponde a un régimen de responsabilidad civil extracontractual, sino que, como tantas veces hemos señalado, es autónomo, de naturaleza mixta -público y privado- regido por unos principios y normativa propia.

2.1.3. La relación de causalidad como antecedente demostrativo de la especialidad y autonomía del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA

En conformidad a lo expuesto en el acápite anterior, estimamos que la necesidad de concebir el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA como un régimen autónomo e independiente de la responsabilidad civil extracontractual, se hace visible una vez más a la luz del estudio de la relación de causalidad.

En efecto, existen diversos factores que demuestran que la búsqueda de una solución a los problemas que presenta la determinación del nexo causal en los daños ambientales recurriendo exclusivamente a los mecanismos tradicionales del Derecho civil, no resulta ser idóneo o bien -como hemos dicho en reiteradas ocasiones- se manifiesta en ocasiones en forma contraria a los fines, funciones y principios del Derecho ambiental.

En tal sentido, existen autores que afirman que “los métodos utilizados hoy por el Derecho, basados en la teoría de la equivalencia de las condiciones (o *conditio sine qua non*), -ampliamente utilizado en diversos ordenamientos como el alemán, austriaco, holandés, el Common law o también por el Derecho penal español- son

insuficientes además de inadecuados para solucionar los problemas relacionados con la elucidación del nexo de causalidad en los supuestos de daño medioambiental".⁸³⁹

Una clara circunstancia que lo demuestra, es que en diversas ocasiones en la producción de un daño ambiental intervienen varios autores y, en consecuencia, la posibilidad de atribuirlo a una conducta concreta no resulta posible. De igual forma, en ciertas hipótesis será imposible precisar si un daño se debe a una determinada influencia medioambiental -como lo sería la exposición a la radiación- o a otras causas diversas -como una predisposición genética o una radiación natural-.

Sumado a lo anterior, se debe tomar en cuenta que el sólo paso del tiempo podrá ser óbice para la determinación de la causa de un daño, en cuanto los rastros del mismo podrían haberse difuminado en el tiempo, el recuerdo de dichas circunstancias será cada vez más difuso y tanto en el origen como en la expansión del daño podrán haber intervenido diversas causas que se irán revelando no necesariamente en un mismo momento.

En tal sentido, "la relación entre el responsable y la víctima, raramente directa e inmediata, pasa por la mediación del medio ambiente, es decir, medios receptores y transmisores de la contaminación. La mayoría de las veces, los efectos de la polución son difusos, proceden de reacciones múltiples, siguen un camino complejo y difícil de inferir... la multiplicidad de fuentes de contaminación no hace más que acrecentar las dificultades".⁸⁴⁰

Por ello, es menester preguntarse cuáles son las consecuencias prácticas que presenta para los jueces -en el conocimiento de las acciones de reparación ambiental- el intentar resolver los problemas de causalidad exclusivamente en clave

⁸³⁹ Cfr. BONORINO, Pablo y LEAL, Virginia, "La prueba de la causalidad en el daño ambiental", Disponible en: ephyslab.uvigo.es/index.php/download_file/view/126. Pág. 46

⁸⁴⁰ Cfr. MORENO TRUJILLO, Eulalia María, ob. cit., pág. 382.

civil, alejándose, en general, de los principios del Derecho público, y en particular, de los principios rectores que informan el Derecho ambiental.

2.1.4. Problemas prácticos que presenta -en el conocimiento de acciones ambientales- la utilización exclusiva de herramientas de la responsabilidad civil extracontractual

2.1.4.1. Diversas hipótesis de daño ambiental quedan sin reparación

Tal vez el principal efecto adverso que se sigue de guiarse, en materia de daños ecológicos puros, exclusivamente por los patrones civiles que regulan la determinación del vínculo causal, se traduce en la creación de situaciones donde diversos daños ambientales quedan sin reparación.

Un ejemplo de ello se puede advertir en la sentencia pronunciada por la E. Corte Suprema, que acoge una reclamación de una empresa, dejándose sin efecto una resolución del Servicio de Salud de Antofagasta que la multaba y compelió a presentar un *programa de descontaminación comunitaria*, apartándose de los postulados del mentado principio.

Expresó en dicha oportunidad el máximo tribunal:

“Si, como se dijo, el acta resulta indubitable en cuanto a la constatación de la existencia de concentrados de plomo en los alrededores del recinto de FCAB, debe admitirse que ella no entrega antecedentes en virtud de los cuales pudiera determinarse la época y forma en que el hecho ocurrió, lo que resulta de la mayor importancia al momento de atribuir responsabilidad a la reclamante.

Una muy simple apreciación de la situación ocurrida lleva a concluir que ella es producto de un proceso gradual, que se ha dado en un período apreciable de tiempo, toda vez que suponer que se produjo en forma instantánea o en un

corto lapso, equivaldría a la ocurrencia de una verdadera catástrofe ambiental de la que al menos no existe conocimiento público.

Establecido lo anterior cobra importancia la alegación de la reclamante en cuanto que no existe la seguridad de que se trate de hechos distintos de los que ya fueron sancionados y que debe tenerse en cuenta que el manejo de los concentrados de plomo estuvo bajo la supervigilancia del propio Servicio de Salud desde el día 12 de diciembre de 1997 en que se dictó la resolución 5061 que prohibió al FCAB copiar, transportar o manipular concentrados de plomo, por lo que bien pudo ocurrir que la contaminación se produjera con anterioridad a dicha fecha.

Al no existir elementos de convicción como para descartar tales posibilidades, se debe concluir que tampoco se da el necesario grado de certeza que permita atribuir responsabilidad a la reclamante en los hechos denunciados y por ello imponerle una sanción pecuniaria. Menos aún es pertinente obligarla a asumir tareas de descontaminación que no le son exigibles, tanto por lo dicho, cuanto porque la vía administrativa seguida por la reclamada tampoco es la adecuada para ello”.⁸⁴¹

Como es posible apreciar, en el caso en comento la dificultad probatoria del vínculo causal, dada por factores como “*la época en que acontecieron los hechos*”, ha devenido en que, sin perjuicio de haberse constatado la existencia del daño ecológico puro, el que -con un alto grado de probabilidad - fue ocasionado por una empresa determinada, éste no sea reparado.

Por ello, adquiere relevancia el cuestionamiento respecto a la insuficiencia que poseen las herramientas que proporciona el régimen de responsabilidad civil extracontractual para la tutela del medioambiente -dado que ésta sólo se interesa por

⁸⁴¹ Excma. Corte Suprema, causa rol 3135 - 2001, sentencia de fecha 17-09-2001 N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/4419/2001; 22413.

la causa concreta del daño de la víctima individual⁸⁴²-, y es posible advertir entonces que la necesidad de que todo daño ecológico puro sea reparado -en tanto un *recurso dañado es un recurso dañador*-, exige configurar los contornos propios y especiales del régimen de responsabilidad por daño medioambiental, donde dicha imperiosa imposición permitiría flexibilizar, todo y cuanto sea necesario, los presupuestos de la responsabilidad, sobre la base de los principios que informan y las normas que regulan esta rama del Derecho.

2.1.4.2. Dificultad mayor para reconstruir la relación de causalidad en la responsabilidad por daños al medio ambiente

Una de las situaciones que con regularidad se presenta tratándose de la reparación de daños al medio ambiente, es la imposibilidad de reconstruir el curso causal y establecer una división clara entre las sustancias contaminantes y su fuente.

Este complejo fenómeno presenta indudables desafíos para la ciencia del Derecho e impone la necesidad de trabajar en la creación de criterios que permitan morigerar la mentada incertidumbre a la luz de los principios que informan el Derecho ambiental, ya que bajo los patrones clásicos de determinación de la relación de causalidad, no sería posible imponer una condena sin que exista una prueba fehaciente del vínculo que une a la acción con el resultado⁸⁴³.

Insistimos en que esta problemática debe necesariamente ser abordada, por cuanto la incertidumbre que apuntamos ha llevado al rechazo de acciones de responsabilidad por daño ecológico puro, atentando, según dijimos previamente, contra la reparación de diversas hipótesis de daño ambiental que deberían o podrían haberse resueltos en forma favorable para el entorno.

⁸⁴² Vid. FARREL, Margaret G, "Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.", en *15 Cardozo L. Rev.* 2183-227, (1994), pág. 212

⁸⁴³ Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo DE, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 53.

2.1.4.3. Imposibilidad de encontrar una relación de causalidad directa entre la acción ilícita y el daño

Otro inconveniente que se sigue de la aplicación exclusiva de los criterios y exigencias que la responsabilidad civil extracontractual impone para la determinación del vínculo causal, es que la circunstancia de no poder determinar con precisión la existencia de una causa directa del daño ambiental no puede, en ningún caso, ser un antecedente justificante para que los sentenciadores rechacen las acciones ambientales una vez que éste se haya verificado y existan -a lo menos- indicios de su autor.

En efecto, como da cuenta el siguiente fallo, el seguimiento de los criterios tradicionales que el Derecho proporciona para la determinación de la relación de causalidad, ha ocasionado que nuestros tribunales superiores de justicia hayan arribado a soluciones que se contraponen derechamente con los ejes rectores del Derecho ambiental.

Así, ocurrió, por ejemplo, en un caso resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Concepción, donde uno de los fundamentos del rechazo de la acción fue:

“16.- Que en tales condiciones menos podrá establecerse la posible relación de causalidad entre la operación de la Central Pangue y la inundación, sobre todo porque en este ámbito el daño ambiental es difuso, por la dificultad que entraña identificar a los agentes que lo causan. No hay ningún antecedente probatorio idóneo que permita establecer, frente a la inundación, una relación causal directa entre el eventual daño ambiental y un hecho imputable a la demandada.

17.- Que, finalmente, la expresión de agravios del apelante, consignada en su respectivo escrito, no encuentra asidero probatorio, ya desde el punto de vista ambiental, ya desde el punto de vista de la responsabilidad civil extracontractual, porque en uno y otro ámbito, la demandante no pudo

*acreditar los presupuestos pertinentes de la responsabilidad ambiental, como de la responsabilidad civil”.*⁸⁴⁴

Como se advierte, en esta oportunidad, la Corte de Apelaciones respectiva, rechaza la demanda, entre otras razones, porque estima que no existe *una relación causal directa* entre el eventual daño ambiental y un hecho imputable a la demanda.

Luego, se debe reiterar que en materia de responsabilidad por daño ecológico puro, la búsqueda de una relación de causalidad directa entre acción y resultado dañoso será en la mayoría de la ocasiones extremadamente difícil, lo que no puede producir que el daño en cuestión no sea reparado.

2.1.4.4. Dificultades en la determinación de la autoría del daño que inciden en la fijación de la relación de causalidad

Dentro de este diagnóstico, es también necesario identificar el problema que se presenta con la determinación de la autoría del daño ambiental.

En efecto, en determinadas situaciones -verbigracia, cuando las fuentes contaminantes sean únicas- será más fácil identificar al autor del daño y, en consecuencia, al sujeto que ha dado inicio al curso causal que devino en una determinada consecuencia negativa para el medio ambiente; pero en otras -y tal vez sea en la mayoría de los casos- esta posibilidad no se verificará, de manera que tratándose de un daño ecológico puro, las fuentes no serán concretas sino más bien dispersas y no identificables -piénsese en la aspersion de plaguicidas a campos por vía aérea, etc.-

Luego, y por las razones que hemos señalado reiteradamente en los acápites precedentes, no es posible exigir a los sentenciadores la indicación de un causante

⁸⁴⁴ Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 273 - 2011, sentencia de fecha 10-04-2012, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/1995/2012.

concreto del daño ambiental. Por el contrario, el estudio del nexo causal frente a un determinado daño ambiental se debe realizar partiendo de la siguiente premisa fundamental: la existencia de diversos o, al menos, potenciales autores o colaboradores del daño ecológico puro.

De lo dicho, se extrae una conclusión interesante que adelantábamos algunos párrafos atrás, y es que las teorías de la *equivalencia de las condiciones y de la causa adecuada* -esto es, los mecanismos tradicionales de Derecho civil que utilizan nuestros tribunales de justicia para resolver los problemas de causalidad-, son, en un gran porcentaje de los casos, insuficientes en materia de responsabilidad por daño ambiental, fundamentalmente porque estas teorías desconocen el elemento naturalístico intrínsecamente presente en el daño ecológico puro, relativo a la pluralidad de condiciones que concurren -a lo menos potencialmente- en la producción del daño.

Un aspecto diverso, pero que igualmente permite desechar la aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non*, es que dicha tesis parte del supuesto que la causa es una condición necesaria del daño, porque así ha ocurrido en otras tantas circunstancias análogas. Pero, en materia medioambiental, la *teoría de la regularidad* es especialmente insuficiente, por cuanto resulta casi imposible identificar una secuencia fenomenológica que siempre se verifique.

De igual forma habrá que considerar que la complejidad de las circunstancias de determinados sucesos hará casi imposible que un determinado daño vuelva a repetirse (v.gr. los grandes desastres como *Chernóbil* o el ocurrido recientemente en las plantas nucleares de Japón) o, en último caso, no serán pocas las ocasiones en que resultará imposible que exista una *ley causal estadística*, porque el daño es irrepetible (v.gr. la extinción de una especie).

2.1.5. Síntesis de los argumentos expuestos

A modo de síntesis de todo lo expuesto en relación a la fijación del nexo causal y los problemas que presenta para su determinación seguir exclusivamente las teorías clásicas de la responsabilidad civil, es posible afirmar que si uno de los fines principales -sino el principal- del Derecho ambiental es la reparación del daño ambiental, habrá que adoptar fórmulas diversas en materia de causalidad, que superen las limitaciones propias que imponen esas teorías.

En tal sentido, siguiendo un término acuñado por WITTGENSTEIN, la palabra causa -o relación de causalidad- es un *concepto de bordes borrosos*, esto es, un concepto que siempre necesita de un modelamiento o interpretación para expresar lingüísticamente sus reglas de uso de forma suficientemente precisa que permita a la palabra verificarse como un concepto aplicable.^{845,846}

De esta manera, visualizamos que el *modelamiento*, esto es, en palabras sencillas, *la vestidura con un ropaje jurídico* que se le debe dar a la relación de causalidad en materia de responsabilidad por daño ecológico puro es, en ocasiones, muy diversa a aquella que se debe aplicar en el caso de la responsabilidad civil.

Por ello, creemos que un avance lo constituye la utilización de las herramientas conocidas por el derecho comparado que permitan, a la luz de nuestro propio ordenamiento jurídico, reformular la estructura que hasta el día de hoy ha utilizado en Chile la doctrina y jurisprudencia ambiental para la fijación del vínculo de causalidad, fundados en la aplicación de soluciones *ad hoc*, sustentadas en los principios rectores de la disciplina, como lo son el de corrección o reparación del

⁸⁴⁵ Cfr. WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Editorial Crítica, Barcelona, 2008, págs. 90-91.

⁸⁴⁶ Sobre el particular, Vid. el interesantísimo trabajo de KEHR, Juan Cesar y PEÑALOZA, Andrés, "Modelando los fenómenos. «Causa» como categoría dogmático jurídica (o noción normativa) en la regulación civil de la responsabilidad extracontractual", en Prensas.

daño ambiental preferente en su fuente; contaminador pagador, preventivo y precautorio.

Todo ello, teniendo en consideración que juzgamos imprescindible evitar situaciones como las que se han presentado en la jurisprudencia nacional⁸⁴⁷, donde nuestros tribunales superiores han rechazado acciones de reparación de un daño ambiental, por seguir estrictamente patrones de Derecho civil que los han llevado valorar pruebas técnicas que terminan por desconocer las particularidades que presenta la causalidad en materia de daños ecológicos puros, sobre la base de criterios puramente fácticos y no modelados jurídicamente.

Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia pronunciada por la I. Corte de Apelaciones de Copiapó, confirmada por la E. Corte Suprema, donde se indicó:

... Por último, el peritaje metalúrgico, elaborado por doña Norma Chepillo Cuello, agregado a fs. 1.272 y siguientes, concluye que no existe una sola fuente de material sólido sedimentable en el área de conflicto, son varias las analizadas existiendo también otras potenciales (extracción de áridos, tránsito vehicular etc.) por lo que no es posible analizar la fuente.

También indica que al no existir claridad sobre las fuentes emisoras contaminantes no se puede atribuir responsabilidades, añadiendo que las fuentes que fueron materia de muestreo, algunas corresponden a faenas abandonadas donde tampoco es posible encontrar responsables.

Luego de analizar el contenido de las muestras levantadas en estos diferentes lugares, el informe indica que no es posible explicar el enorme

⁸⁴⁷ Es también posible encontrar ejemplos similares en España, como ocurrió en el Caso Doñana (SAP Sevilla, Secc. 4ª, de 12-7-1993, Ponente Sr. De Paúl Velasco, Act. Civ. 1993, 270) donde hubo una gran mortalidad de aves y peces de la zona; o el Auto de archivo de responsabilidades del Caso Boliden Apirsa (Auto Juzgado de Instrucción de Sevilla, Sanlúcar la Mayor, de 22-12-200, Sra. Celia Beldhadj Ben Gómez [JUR 2001, 129392] y *Gestión Ambiental* 2001, 37-53), donde por deficiencias probatorias y de definición del nexo de causalidad se ocasionó la imposibilidad de sentencias condenatorias. Para un análisis de estos casos, Vid. CARVALHO LEAL, Virginia DE, ob. cit. pág. 177.

enriquecimiento en algunos elementos encontrados en las hojas de los parrones (arsénico, cadmio, cobre y plomo) y el empobrecimiento en hierro que experimentaría el material particulado sedimentable si fuere el tranque de relaves del demandado la principal fuente generadora de dicho material; se descarta el tranque San Esteban de propiedad de la demandada como fuente emisora del material particulado que contribuya mayoritariamente con el depositado sobre las hojas de los parrones.

Duodécimo: Que así, como se adelantó, estos tres peritajes impiden afirmar, con certeza, que la fuente contaminante de los predios de los actores, sea la actividad minera desarrollada por la demandada.

Tanto el peritaje agrícola como el meteorológico, dan cuenta de la imposibilidad de pronunciarse sobre la fuente contaminante, pero, aún más relevante resulta ser el peritaje metalúrgico.

En efecto, este último, en cuanto a la fuente, amén de indicar que no puede pronunciarse afirmativamente sobre la fuente contaminante, en términos categóricos descarta como origen mayoritario de la contaminación, la actividad minera de la demandada, particularmente la del tranque de relave N°4, pronunciándose, con grado de probabilidad sobre otras fuentes, tranques de relave y emisión de fundición de propiedad de terceros ajenos al juicio”.⁸⁴⁸

Como se advierte, el fallo en comento rechaza la demanda por no tener por acreditada la relación de causalidad, avalando los asertos formulados en un informe pericial metalúrgico donde se descarta el nexo causal por no acreditarse que los tranques de relaves del demandado “*sean la fuente principal*” del material particulado que causó el daño o se pueda probar que ésta “*contribuya mayoritariamente*” con el daño vivenciado.

⁸⁴⁸ Excma. Corte Suprema, causa rol 2107 - 2008, sentencia de fecha 29-07-2010, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/4473/2010.

Estos criterios, según se ha señalado, pueden ser correctos tratándose de acciones civiles de indemnización de perjuicios a particulares, pero no resultan aceptables en materia de responsabilidad por daño ambiental, ya en esta sede estamos en presencia de una *causalidad compleja*, cuestión que en ningún caso puede atentar contra la reparación del daño ecológico puro.

Por ello, para efectos de delimitar los contornos que permitan dulcificar la fijación, determinación y prueba de la relación de causalidad, evitando los inconvenientes que impone un régimen clásico de responsabilidad civil, una mirada a la experiencia comparada puede resultar útil para evaluar si la aplicación de la soluciones en él ensayadas resultan aplicables al ordenamiento jurídico nacional a la luz de nuestro de derecho positivo⁸⁴⁹ -*propuestas de lege lata*- o al menos, pueden servir para proponer modificaciones legislativas que perfeccionen el sistema - *propuestas de lege ferenda*-.

Sobre dichas posibilidades discurriremos en las páginas siguientes.⁸⁵⁰

⁸⁴⁹ En Chile, existe un interesante fallo que adopta una solución *ad hoc*, alejada de las categorías del Derecho civil, para condenar a la reparación del daño ambiental. Nos referimos a la sentencia de I. Corte de Apelaciones de la Serena, confirmada por la E. Corte Suprema, donde se señaló:

“Que teniendo por acreditada la existencia del daño ambiental, y siendo un hecho de la causa que la demandada no solicitó la autorización previa que establece el N°1 del artículo 30 de la ley N° 17.288, omisión que constituye una infracción a las normas de preservación o conservación ambientales que dicha ley establece, resulta plenamente aplicable la presunción contenida en el artículo 52 de la citada ley N° 19.300, relativa a la responsabilidad del autor del daño ambiental, que en esta situación afecta a la empresa demandada, teniendo presente además, que la relación causal entre la construcción de la torre de telecomunicaciones y el daño ambiental que se ha denunciado es evidente por la sola construcción de la torre, ya que es precisamente el hecho de su presencia, como ha quedado comprobado, lo que causa el daño ambiental.”
(Excma. Corte Suprema, causa rol 1083 - 2003, sentencia de fecha 17-08-2004, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/4943/2004; 30698).

En este fallo, los sentenciadores aplican un criterio dulcificador de la prueba de la relación de causalidad, que consiste en presumirlo, pues se estima que el acto ilícito subsume en él al daño y a la relación causal. Así, el criterio que se utiliza para imputar el daño ambiental al demandado no utiliza los razonamientos tradicionales de imputación causal de la responsabilidad civil, sino uno propio y autónomo especialmente adecuado para la materia -daño ambiental-, que consiste en dar por acreditada la relación de causalidad cuando, probada la conducta ilícita, sea posible absorber en ella al vínculo en comento.

⁸⁵⁰ Para el análisis sucesivo, hemos seguido una sistemática de tratamiento de los temas similar al ofrecido por RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., págs. 320-415.

2.2. Evaluación de la existencia de la relación de causalidad en las acciones de reparación del daño ambiental: De la certeza a la probabilidad

El análisis efectuado en los acápites anteriores, pone de manifiesto que, en la mayoría de los casos, el problema de la determinación de la presencia de la relación de causalidad en la responsabilidad por daños medioambientales se reduce a evaluar la existencia de una causa cierta o probable que vincule una determinada acción u omisión con un daño ecológico específico, aun cuando se desconozca el agente o se pueda imputar concretamente a él la conducta causal del daño.

Como se ha afirmado “el Derecho le pide a la ciencia algo que ésta no puede dar siempre: la causa y el causante, o sea, la individualización de la causa productora del daño para individualizar a continuación al responsable que deba asumir las consecuencias jurídicas. Frente a esta exigencia, la ciencia responde con sus dudas: no existe la certeza científica. No es posible afirmar de manera absoluta cuáles son las causas productoras de un determinado impacto ambiental. Tampoco es posible afirmar con rotundidad que una solución mitiga o elimina los impactos”.⁸⁵¹

En este sentido, y confrontados a la realidad de las circunstancias que envuelven a los daños ambientales, se hace evidente que éstos se presentan como consecuencia de múltiples causas *-causalidad compleja-*. Ello hace necesario utilizar criterios que permitan imputar la responsabilidad, y en definitiva la obligación de reparar, a quienes aparezcan como los más probables causantes del daño en cuestión. Se trata, en consecuencia, de flexibilizar el rigor de las teorías clásicas utilizadas para dar por acreditado el requisito de la causalidad.

Esta cuestión no resulta del todo ajena a nuestra doctrina, donde al menos un autor ha postulado -a propósito, en todo caso, de la supuesta responsabilidad civil ambiental- que "la mantención del requisito de la causalidad como elemento de la responsabilidad civil medioambiental, no implica sin embargo que ella deba ser

⁸⁵¹ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 150.

acreditada con la certeza unívoca y total de una prueba científica. La afirmación o negación del nexo causal deberá ser apreciada de acuerdo con criterios prudenciales y teniendo en cuenta los antecedentes del caso".⁸⁵²

En efecto, "en otros ordenamientos es posible advertir una clara tendencia a facilitar la prueba del nexo causal a la víctima, sea mediante el establecimiento de presunciones legales (v.gr. ley alemana de Responsabilidad Ambiental; ley japonesa de 5 de octubre de 1973 en Materia de Compensación de Daños a la Salud relacionados con la Contaminación Atmosférica), sea mediante la flexibilización del rigor en la apreciación judicial de la prueba que se limita a exigir probabilidades y no certezas".⁸⁵³

Sobre la base de estas consideraciones, juzgamos de valor analizar y exponer algunos criterios que pueden servir como herramientas a los órganos jurisdiccionales que deberán resolver si se verifica -o no- la relación de causalidad en una determinada acción de reparación ambiental.

2.2.1. Criterio de la probabilidad preponderante

2.2.1.1. Nociones generales: Concepto, características, elementos definitorios

No decimos nada nuevo al afirmar que acreditar la existencia del nexo causal, será cada vez más difícil para los sujetos activos de la acción de reparación cuanto mayor sean las exigencias que los sentenciadores establezcan en la materia.

Asimismo, tampoco somos novedosos al indicar que, como contrapartida de lo dicho, la flexibilización de los criterios en esta materia, podría dar lugar a graves

⁸⁵² Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "La relación de causalidad...", cit., pág. 15.

⁸⁵³ Cfr. BESALÚ PARKINSON, Aurora, ob. cit., pág. 241. Se debe mencionar, en todo caso, que la Ley alemana a la que hace referencia la autora, no es una ley que regule la *responsabilidad por daños ambientales o ecológicos puros*, sino los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasiona el daño ambiental*. En tal sentido, es una ley destinada a regular los daños que sufren las personas y no el medio ambiente.

situaciones de injusticia, como lo sería, por ejemplo, que se condenara a sujetos sin que existan los criterios de certeza mínimos que el Derecho -y precisamos, no el Derecho civil- exige para hacer responsable a un individuo.

Por ello, para resolver este inconveniente, ante todo, debemos formularnos una pregunta elemental: ¿cuál es el grado de incertidumbre que nuestro ordenamiento jurídico tolera para dar por acreditada la existencia del vínculo causal que liga al acto ilícito con el perjuicio en materia de responsabilidad por daño ecológico puro?

Y para disipar esta inquietud, existen antecedentes a considerar que permiten formar convicción sobre el punto.

En primer lugar, tratándose de la responsabilidad civil, la exigencia que nuestros tribunales superiores de justicia imponen es alta. Así, nuestra Corte Suprema ha fallado exigiendo la acreditación de una causa directa vinculada a la acción de un concreto sujeto, a saber:

*“Considerando 2 - Para que se genere la responsabilidad por falta de servicio es necesario que entre aquélla y el daño exista una relación de causalidad, la que exige un vínculo necesario y directo. Un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido ésta, el resultado tampoco se habría producido...”*⁸⁵⁴

Estas exigencias propias de un régimen de responsabilidad civil resultan inapropiadas en materia de responsabilidad por daños ambientales, por cuanto seguirlas en forma absoluta importaría desconocer, en no pocas ocasiones, principios rectores que rigen e informan el Derecho ambiental, principal y

⁸⁵⁴ Excma. Corte Suprema, causa rol 12.530 - 2013, sentencia de fecha 15-04-2014, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/1323/2014; 68214. En un sentido similar, Vid. Excma. Corte Suprema, causa rol 6679 - 2009, sentencia de fecha 11-01-2012, Microjuris N° identificador: MJJ30727. (considerando sexto).

eminentemente -como hemos dicho en reiteradas ocasiones- porque atentan con la premisa elemental de que todo daño ecológico puro debe ser reparado, en tanto, como tantas veces se ha afirmado a lo largo de este trabajo “*un recurso dañado es un recurso dañador*”.

Por ello, es necesario utilizar mecanismos diversos para la determinación de la presencia de la relación de causalidad en la responsabilidad por daños al medio ambiente, donde las exigencias puedan ser morigeradas a partir de los principios jurídicos que informan la disciplina, cuestión que en términos generales nuestros tribunales superiores de justicia no han llevado a cabo, rigiéndose por los cánones tradicionales del Derecho civil.

Empero lo anterior y curiosamente tratándose de daños individuales derivados de un daño ambiental, existe una sentencia que incorpora un interesante elemento a los requisitos que debe reunir la relación de causalidad para estimar que está se encuentra presente: la *preponderancia*.

En efecto, en ella se rechaza una demanda por no haberse acreditado que la *causa* fue, a lo menos, *preponderante* para la producción del daño, añadiendo así, aunque tibiamente, un elemento que permite la dulcificación en la fijación del nexo causal: la *relevancia o preponderancia* en la producción del resultado lesivo.

Así, se indicó:

“4º. Que, finalmente, aun si se hubiese establecido que el hecho imputado a la demandada sea de aquellos que se mantienen en el tiempo, y que por lo tanto estaría constantemente generando acción reparatoria para los damnificados por aquel, lo cierto es que la sentencia ha declarado que no se demostró que el mismo sea la causa única ni la preponderante del perjuicio reclamado, de lo que se sigue que si existiera el error que el recurso vincula a la infracción del artículo 2332 del Código Civil, dicho error no habría tenido influencia substancial en lo decisorio del fallo, por cuanto igualmente debía rechazarse la demanda, por no

concurrir el requisito de ser el hecho la causa del daño que se impetra reparar”.⁸⁵⁵

Como se advierte, en este caso particular nuestro máximo tribunal flexibiliza los criterios de determinación de la presencia del nexo causal, fundado en que a lo menos debe existir una *probabilidad* de su presencia.

En efecto, creemos que, en esta materia, quizá más que en ninguna otra, efectivamente se debe considerar que el conocimiento humano se limita a las probabilidades, de tal suerte que la construcción dogmática deberá realizarse sobre la base de dicha limitación, debiendo centrar los esfuerzos en establecer parámetros que permitan dar por acreditado el nexo causal a través de una *probabilidad fundada*, descartando las *meras conjeturas*.

Consecuentemente, estimamos que dicho equilibrio puede ser recogido adecuadamente utilizando el criterio de la *probabilidad preponderante*, en tanto permite descartar situaciones inverosímiles donde, más allá de la existencia de una duda sobre sí la causalidad está presente, la *probabilidad* que se verifique el vínculo es más bien exigua; pero también permite flexibilizar los parámetros de prueba exigidos, asumiendo la realidad antes señalada, esto es, que el conocimiento del ser humano respecto la complejidad de los componentes ambientales es limitado.⁸⁵⁶

Por ello pensamos que en estos casos, se admite 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 probabilidad, vale decir, una situación

⁸⁵⁵ Excma. Corte Suprema, causa rol 3748 - 1999, sentencia de fecha 18-01-2001, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/3281/2001; 17954.

⁸⁵⁶ Se debe mencionar, que “otros en cambio critican la tesis de la preponderancia de la probabilidad y favorecen una regla de responsabilidad proporcional... La tesis apunta a un inconveniente claro de la regla de la preponderancia de la probabilidad: distorsiona los incentivos de quienes sabiendo que es muy poco probable que su comportamiento genere algún daño lo llevan a cabo sistemáticamente, en la suposición de que nunca serán condenados... La doctrina suele referirse a esta cuestión con la expresión *recurring misses*, fallos repetidos”. Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “Causalidad y...”, cit., pág. 6.

que sin alcanzar la exactitud o certeza está distante de la mera contingencia o posibilidad de acaecimiento de una determinada consecuencia.⁸⁵⁷

“Esto significa, sobre todo, que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica, basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe prueba directa llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante”⁸⁵⁸. Así, ya no debe hablarse de certidumbre sino de auténtica probabilidad.⁸⁵⁹

2.2.1.2. Parámetros auxiliares para la identificación de una probabilidad preponderante o determinante

Ahora, tomando en consideración que el tema que tratamos se reduce, ni más ni menos, que al establecimiento de parámetros que impidan que un sujeto sea condenado por un daño que no causó, es necesario acotar el concepto de *probabilidad determinante*, precisando, justamente, cuándo la probabilidad tendrá dicha característica.⁸⁶⁰

La cuestión aquí, estimamos, puede ser abordada teniendo por acreditado el nexo causal “cuando la probabilidad de que exista sea mayor que la probabilidad de que no, es decir, cuando el nexo causal sea más probable que improbable”.⁸⁶¹

En cuanto a "el cómo se determinará cuándo la probabilidad del vínculo es mayor que su improbabilidad" será, desde luego, una cuestión reservada a los jueces

⁸⁵⁷ Cfr. GOLDENBERG H., Isidoro y CAFFERATTA A., Néstor, ob. cit., pág. 79.

⁸⁵⁸ Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucía, ob. cit., págs. 164 - 165.

⁸⁵⁹ Sobre el particular por todos, Vid. FALBO, Aníbal, “El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales”, en *Doctrina de JA*, 1995-IV-976.

⁸⁶⁰ Como se ha dicho, “es que, pues, el sentido común se niega a admitir la existencia de un daño que deba ser soportado por quien no ha contribuido a su realización”. Cfr. PREVOT, José Manuel, ob. cit., pág. 147.

⁸⁶¹ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit. pág. 318.

de fondo quienes, deberán justificar cómo han arribado a la conclusión que el vínculo causal está presente con grados de *probabilidad* mayores a la simple conjetura.⁸⁶²

No obstante, es claro que la *probabilidad* de la que venimos hablando debe ser siempre y en todos los casos *preponderante*, esto es excluyendo las simples sospechas o posibilidades. Aquí, el factor científico estadístico seguirá estando presente, de tal suerte que la *probabilidad* no puede deberse a una mera creencia de los sentenciadores, sino muy por el contrario a un razonamiento que en clave lógica permita prever como probable que un daño determinado ha sido consecuencia de una determinada acción.

En todo caso, se debe mencionar que contra la posibilidad de determinar la presencia del vínculo causal sobre la base del criterio de la probabilidad preponderante se manifiesta también autorizada doctrina.

Así se ha dicho que "esta teoría nos parece rechazable por dos razones. En primer lugar, porque la determinación numérica de las probabilidades que un acto concreto sea causa de un determinado daño es algo esencialmente arbitrario; tal determinación quizá sea posible en el campo científico, pero no en el jurídico, donde, a lo más, podrá decirse que es más o menos probable que un acto sea causa de un daño, pero no determinar cuánto de probable. En segundo lugar, porque la responsabilidad civil tiene (o al menos debe tener) por objeto conseguir la reparación de la víctima pero no a cualquier precio; sólo debe reparar aquel que ha causado el daño por lo que el que haya una cierta probabilidad científica de que una persona haya causado un daño no significa que de hecho así haya ocurrido lo que impide hacer una correcta imputación jurídica del daño".⁸⁶³

⁸⁶² En Chile dicha posibilidad se ve favorecida por las normas de valoración de la prueba contenidas en la LTA (artículo 35), donde se establece como sistema de apreciación de la prueba rendida ante el Tribunal Ambiental, la *sana crítica*, y en consecuencia la presencia de la relación de causalidad deberá determinarse conforme a los conocimientos y avances científicos, coherencia y concordancia de las pruebas, etc.

⁸⁶³ Cfr. MIGUEL PERALES, Carlos DE, *Derecho Español del ...*, cit., pág. 533.

La objeción es, desde luego, más que atendible, pero no la compartimos -al menos para el ordenamiento jurídico chileno- porque los fines y funciones de la responsabilidad civil, cuando menos en este punto, son diversos a los del Derecho medioambiental, y en consecuencia, según hemos señalado, la noción de *víctima* del Derecho privado no encaja con la del Derecho ambiental -donde incluso a nuestro juicio ni siquiera se puede hablar de víctima^{864,865}- y así el principio civil de la *reparación integral de la víctima* -como manifestación del *alterum non laedere*- no se relaciona adecuadamente con los principios *quien contamina paga* y de *reparación de los daños ambientales preferente en su fuente* del Derecho ambiental.

En el primer caso, efectivamente, el principio del *alterum non laedere* se encuentra limitado, principal y fundamentalmente, porque la reparación a la víctima no se puede efectuar si no existe una plena certeza respecto al autor del daño; mientras que en materia medioambiental rige un principio diverso y que se refiere, según hemos señalado en la justificación de esta investigación, a que existe una necesidad imperiosa e ineludible de reparar el medio ambiente dañado por parte de su causante, o dicho de otra forma, la reparación del daño ambiental debe llevarse a cabo siempre que se haya afectado, con lo cual la exigencia de tener una plena certeza del autor del daño se debe flexibilizar, dando paso en su lugar a la probabilidad preponderante de que éste sea el autor de aquél.

Ello, pues "a diferencia del supuesto de daños tradicionales, el daño ecológico puro presenta un escenario de causalidad asimétrica, por utilizar una terminología manejada por algunos analistas del *law and economics*. En efecto, sólo una conducta es relevante: la del autor del daño. El medio ambiente, como tal, no lleva a cabo

⁸⁶⁴ Conforme advirtió VALENZUELA FUENZALIDA hace varios lustros: "Yerra, pues, a nuestro juicio, la Ley de Bases cuando exige para la titularidad de la acción ambiental que quien la deduce haya sufrido el daño perjuicio, pues la víctima, en este caso, no es una persona determinada, sino el medio ambiente, en su globalidad, o uno o más de sus componentes, considerados en cuanto tales...". Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *Derecho ambiental...*, cit., pág. 327.

⁸⁶⁵ En un sentido similar BANFI, quien expone que "esto es inconsistente con la naturaleza de dicha acción [la de reparación o ambiental], pues, en rigor, ésta sólo presupone el daño al ambiente y no el daño particular. Este último, si proviene de una lesión al entorno, puede y debe ser reparado vía acción indemnizatoria". Cfr. BANFI DEL RÍO, Cristián, ob. cit. pág. 35.

conducta alguna, sino que simplemente recibe y sufre, de un modo pasivo, los efectos de la conducta humana...".⁸⁶⁶

2.2.2. Criterio de la causalidad probabilística

Cuando nos referimos a causalidad probabilística^{867,868}, pensamos en aquellas hipótesis de difícil solución que pueden ser resueltas sobre la base de la premisa *quod plerumque fit*, esto es, aquellas que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, sin que sea necesario que sobrevengan ineludible y forzosamente, sino que basta el criterio de normalidad del acontecer.

En concreto, estamos en presencia de problemas que pueden ser resueltos mediante "el coeficiente de universal experiencia, que se apoya en la estadística o del concepto de regularidad, que se inspira en las disposiciones del *Landrecht prusiano*".⁸⁶⁹

En tal sentido, en las páginas que siguen daremos cuenta de ciertos problemas específicos que presenta la causalidad en materia de reparación de daños ambientales que, a nuestro juicio, pueden ser resueltos sobre la base de la aplicación de criterios *probabilísticos*.

⁸⁶⁶ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit. pág. 379.

⁸⁶⁷ El término es acuñado, entre otros, por FROSINI, Benito, *Le prove statistiche nel proceso civile en el proceso penale*, Giuffrè editore, Milano, 2002, pág. 1 y *passim*.

⁸⁶⁸ Al analizar la *causalidad probabilística*, es sumamente interesante considerar como antecedente previo que, desde el punto de vista de las ciencias empíricas, se ha dicho que: "algunas leyes básicas son estocásticas, probabilísticas. Concordantemente, aparecen como sugestivas las ideas que sostiene la física moderna a partir del cuestionamiento al postulado tradicional de uniformidad de la naturaleza, de acuerdo con lo cual, dado un antecedente, el resultado opera inexorablemente de la misma manera. En la actualidad ya no es aceptable un determinismo causal rígido, en virtud de la comprobación de que la energía se libera en saltos discontinuos e irregulares cuyo origen y dirección son aún desconocidos. Por lo cual apuntamos que, ya desde fines del siglo pasado, la ciencia se ha visto obligada a buscar refugio en explicaciones probabilísticas y a tomar en cuenta el rol creador del azar, haciendo de la predicción una actividad científica que ya no puede cobijarse bajo marcos teóricos determinísticos". Cfr. PRIGOGINE, Ilya, "El futuro no está determinado", en *La Nación* [Buenos Aires], 22 de abril de 2000, pág. 10.

⁸⁶⁹ Cfr. CAFFERATTA, Néstor, ob. cit., pág. 150.

2.2.2.1. Causalidad estocástica

Los daños estocásticos⁸⁷⁰, son aquellos que sólo sufren determinados seres vivos o especies naturales que han estado expuestos a ciertas emisiones, que traen aparejadas un aumento de determinadas enfermedades, donde el daño sufrido no es posible vincularlo a un determinado causante.

Un buen ejemplo de daños estocásticos son los derivados de vertidos de hidrocarburos al mar, que pueden aumentar la mortandad de animales marinos, cuyos cadáveres lleguen a las playas, sin que quepa determinar, en muchos casos, qué porcentaje se debe a causas naturales.⁸⁷¹

Ahora bien, dado que el responsable de un determinado daño ambiental será un sujeto cuya acción -u omisión- puede ser vinculada causalmente con el respectivo daño, cabe preguntarse si sería jurídicamente correcto hacerlo responder por todos aquellos daños que, aunque similares en sus características -efectos, tiempo de ocurrencia, etc.- no han sido -o no se ha acreditado que hayan sido- ocasionados por él.

⁸⁷⁰ Se denomina estocástico (del latín *stochasticus*, que a su vez procede del griego *στοχαστικός*, "hábil en conjeturar") al sistema cuyo comportamiento es intrínsecamente no determinista. Un proceso estocástico es aquel cuyo comportamiento es no determinista, en la medida que el subsiguiente estado del sistema está determinado tanto por las acciones predecibles del proceso como por elementos aleatorios.

El diccionario de la Real Academia Española nos indica a los efectos:

Estocástico, ca.

(Del gr. *στοχαστικός*, hábil en conjeturar).

1. adj. Perteneciente o relativo al azar.

2. f. Mat. Teoría estadística de los procesos cuya evolución en el tiempo es aleatoria, tal como la secuencia de las tiradas de un dado. (Cfr. Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 23ª edición, S.L.U. Espasa Libros, Madrid, 2014)

⁸⁷¹ Un clásico ejemplo de daño estocástico, pero referido a los daños a la salud humana, podríamos encontrarlo en las enfermedades producidas en la II región de nuestro país, donde la exposición constante al arsénico y al plomo, han ocasionado enfermedades a la piel de los habitantes, principalmente algunos tipos de cáncer. Pues bien, en dichos casos las víctimas no se encuentran en condiciones de acreditar que su enfermedad se ha debido a la emisión de tales sustancias nocivas y no a una causa diversa.

En concreto, y en el ejemplo propuesto más arriba, si se acreditara que la causa de la muerte de unos peces se ha debido a su constante exposición a los hidrocarburos vertidos en su hábitat marino, ¿será plausible condenar a la compañía que efectuó el vertido, por la muerte de otros peces de mayor tamaño que habitaban en otra zona, pero algunos de los cuales se alimentaron de dichos peces, sin contar con todos -o a lo menos los mismos- antecedentes científicos? Incluso, ya desde una perspectiva de la justicia material, nos preguntamos ¿es posible que un sujeto sea responsable de más daño que el que directamente ocasionó?

Sobre el particular pueden tomarse como solución considerar que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño al medio ambiente.

Ahora bien, para que el criterio pudiera sustentarse jurídicamente y soportar los *test* de constitucionalidad y legalidad que nuestro ordenamiento jurídico impone -principalmente para sustentar en Derecho positivo una solución fundada en este parámetro- siempre se deberán tomar en consideración las características particulares de los elementos afectados, de manera tal que la *proporcionalidad* no puede cubrir a aquellos que no compartan elementos mínimos comunes con el sujeto respecto del cual se acreditó la causalidad, como lo son, verbigracia, la edad, el tiempo de exposición a la fuente, etc.

Desde luego, este criterio no está exento de vicios y deja espacio a errores⁸⁷²; empero, la naturaleza del bien jurídico tutelado por la responsabilidad por daño ecológico puro y su indudable carácter de bien colectivo, hacen aconsejable recurrir a este parámetro de probabilidad estadística, tratándose de los daños estocásticos e incluso de otros daños de naturaleza ambiental, en tanto aliviaría la pesada carga de

⁸⁷²Para un planteamiento crítico de esta tesis, Vid. TRAND, Palma J., "The inapplicability of Traditional Tort Analysis to Environmental Risks: The Example of Toxic Waste Pollution Victim Compensation", en *Stanford Law Review*, N° 35, (1983), pág. 604-619.

la prueba del nexo causal que recae sobre el titular de la acción, y permite, por ejemplo, distribuir dicha carga entre todos los sujetos pasivos de la acción.

2.2.2.2. Responsabilidad por cuota de mercado

La determinación de la relación de causalidad, mediante el mecanismo de la *responsabilidad por cuota de mercado*, dice relación con una alternativa que permite al sujeto activo de la acción ambiental, ver flexibilizada la prueba del nexo causal en tanto lo libera de acreditar que una determinada acción u omisión se encuentra en un 100% vinculada al daño que sufrió el medio ambiente.

Expresado en otros términos, este criterio no exige que el sujeto activo de la acción pruebe que con “x” grado de probabilidad la causa del daño fue la conducta u omisión del sujeto pasivo, sino que el demandado posee una determinada cuota de mercado de cierto producto que resultó ser dañino para el medio ambiente. Así, una vez que logre acreditar dicha circunstancia, unida a que un determinado producto es idóneo para causar el daño, el sujeto pasivo deberá reparar el daño en proporción a su cuota.⁸⁷³

En este estado de cosas, este criterio puede ser una herramienta a considerar incluso en aquellos casos en que se ocasionan daños ambientales sin repercusión en las personas -que es lo propio de la acción de reparación ambiental-, como sería, por ejemplo, los daños ocasionados por pesticidas como el DDT que, atendidos ciertos procesos biológicos, terminan por afectar a las aves.⁸⁷⁴

⁸⁷³ Este mecanismo encuentra su desarrollo, eminentemente, en materia de responsabilidad por productos defectuosos, siendo el caso paradigmático en derecho comparado -aunque referido a daños civiles-, conforme nos refiere un autor, aquel referido “a los daños causados por el estrógeno sintético conocido como dietilestilbestrol (DES), el cual afectó especialmente a las hijas de sus consumidoras, sin que -a causa del largo período de latencia del daño- pudiesen probar la identidad del fabricante en cuestión y donde el Tribunal Superior del Estado de California condenó a diversos laboratorios que habían fabricado DES a indemnizar a las víctimas en proporción a su respectiva cuota de mercado”. Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit. pág. 327.

⁸⁷⁴ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit. pág. 327.

Tomado este criterio como auxiliar en la prueba del nexo causal, se flexibiliza la carga a los sujetos activos de la acción de reparación en tanto acreditado que el daño se debe a un determinado producto y la fabricación del mismo por parte de un grupo de agentes que operen en el mercado, el sujeto responsable se ve privado de exonerarse de responsabilidad mediante la alegación de no haber fabricado él la unidad concreta del producto que causó el daño, permitiendo en consecuencia que la reparación no se vea perjudicada por cuestiones cuya prueba es altamente dificultosa -como lo es acreditar que el sujeto sí fabricó la unidad específica que ocasionó el daño ambiental- y distribuyendo la reparación y sus costos entre todos los generadores del riesgo y, en consecuencia, entre todos los potenciales sujetos que causaron el daño.

En España, DE MIGUEL se pronuncia a favor de esta teoría en los siguientes términos: "si menciono esta teoría en este momento [la teoría de la responsabilidad empresarial o industrial] es porque junto con ella ha surgido otra que, aunque similar, sí que puede aplicarse a los supuestos de daños ambientales. Se trata de la llamada teoría de la responsabilidad de participación en el mercado (*market share liability*), según la cual el demandante no tiene que probar el nexo causal si se cumplen las siguientes premisas:

- Los demandados producen el producto dañoso a partir de un mismo diseño o fórmula;
- El demandante no puede identificar, ni se le puede exigir que lo haga, al productor concreto causante del daño; y
- Los productores demandados tienen una cuota relevante del mercado del producto en cuestión.

En este caso, a diferencia del anterior [causalidad determinada sobre la base de una probabilidad preponderante], ya no se exige una aplicación fabril concertada entre los distintos productores, por lo que sí puede aplicarse esta teoría a la

responsabilidad civil por daño al medio ambiente (por ejemplo, daños causados por lluvia ácida)".⁸⁷⁵

Empero todo lo anterior, se debe mencionar que este mecanismo adolece de un inconveniente que atenta con su utilización, toda vez que más allá de las amplias facultades que puedan tener los jueces -en Chile los ministros del Tribunal Ambiental- para valorar la prueba, la posibilidad de sustentar este criterio a la luz del ordenamiento positivo chileno parece ser una valla muy difícil de soslayar, en tanto la regla nos acerca a un régimen de responsabilidad estricta, que, como sabemos, es de derecho estricto.

Sobre este particular, es interesante tomar en cuenta que utilizar esta teoría en sede de responsabilidad ambiental presenta inconvenientes, principalmente cuando se debe precisar cuál es el mercado relevante y cómo fijar la cuota que corresponde a los posibles agentes emisores en dicho mercado.⁸⁷⁶

BARROS da cuenta de que "los resultados, con todo, no parecen ser auspiciosos: se ha aumentado exponencialmente el riesgo de enfrentar acciones ambientales respecto de personas remotamente vinculadas al daño (incluso bancos y entidades financieras) y se han aumentado los costos de transacción de modo exorbitante".⁸⁷⁷

Con todo, nos parece que las bondades del sistema invitan a que los sentenciadores realicen los esfuerzos dogmáticos necesarios para fundamentar sus sentencias teniendo por acreditado el vínculo causal mediante la utilización de este criterio en aquellos supuestos de responsabilidad medioambiental que -como en el caso de los productos defectuosos- sean aconsejables por cuestiones de equidad y justicia; así como, porque mediante este sistema se reducen los costos que implica

⁸⁷⁵ Cfr. MIGUEL PERALES, Carlos DE, *Derecho Español del...*, cit., pág. 534.

⁸⁷⁶ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "La relación de causalidad...", cit., págs. 205-221.

⁸⁷⁷ Cfr. BARROS, Enrique, "Responsabilidad Civil en Materia de Medio Ambiente...", cit., pág. 57.

para el sujeto activo de la acción ambiental, averiguar cuál ha sido el acto concreto que ocasionó el daño ecológico puro en cuestión.

En tal sentido, un instrumento que serviría para una aplicación directa de este mecanismo es la fundamentación del mismo sobre la base de los *principios preventivo y precautorio*, en cuya virtud la flexibilización de la prueba del nexo causal se impone más allá de cualquier limitación legal, por cuanto se trata de principios que, según hemos dicho en el capítulo pertinente de este trabajo, poseen un reconocimiento constitucional.

En efecto, y según se ha desarrollado en este trabajo al abordar el tratamiento de los principios en comentario⁸⁷⁸, en diversos instrumentos de Derecho positivo se ha consagrado la máxima según la cual “la usencia de pruebas científicas de la existencia de una relación causa-efecto, de una relación cuantificable de *dosis/respuesta* o de una evaluación cuantitativa de la probabilidad de aparición de efectos adversos tras la exposición no debe utilizarse para justificar la inacción”.⁸⁷⁹

De allí que es interesante destacar y volver recordar, sobre este punto en especial, que la Declaración de Río de 1992 indica en su Principio 15:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costes para impedir la degradación”.

⁸⁷⁸ Vid. supra (capítulo cuarto; 1; 1.4 y 1.5).

⁸⁷⁹ Vid. supra (capítulo cuarto; 1; 1.5.1.3).

2.2.2.3. Responsabilidad por cuota de emisión

En sintonía con lo expuesto en precedencia, este mecanismo permite imputar responsabilidad por un daño ambiental haciendo responsables a todos los causantes de ésta en proporción a su cuota de emisión.

Nuevamente nos encontramos frente a un criterio que es especialmente idóneo tratándose de responsabilidad por daño ecológico puro, en tanto permite hacer responsables a los sujetos en conformidad a la *cuota de riesgo* que su *actividad ha creado*.

El mecanismo posee la virtud de permitir evitar que individuos respondan por daños que no causaron o bien que quienes causaron un daño respondan en menor medida, pues aquí se incorpora un elemento *objetivo*, como es la responsabilidad por el riesgo que efectivamente crea cada uno de los potenciales victimarios. En definitiva, ante la imposibilidad de determinar un único causante del daño, la responsabilidad es distribuida entre todos quienes crearon el riesgo del resultado dañoso.

Sin perjuicio de lo señalado, este sistema es también objeto de críticas, precisamente, porque permite que se presente el efecto contrario al que busca evitar, esto es, que resulten responsables sujetos que no han ocasionado el daño.⁸⁸⁰ Asimismo, se advierten algunos inconvenientes prácticos, en tanto el nivel de información requerido para cada agente de cada industria es elevadísimo, lo cual incrementaría los costos de los reguladores sustancialmente.

Sumado a lo anterior, la propia naturaleza del daño ambiental que, según hemos dicho, en un sinfín de casos se presenta muy tardíamente, haría

⁸⁸⁰ Cfr. ÁLVAREZ LATA, Natalia, "El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación", en *Revista de Derecho Privado*, II, (2002), pág. 878.

extremadamente difícil la prueba en cuanto habría que reconstruir históricamente cuáles eran las fuentes de emisiones presentes en una determinada época.

Con todo, nos parece que el mecanismo permitiría introducir en el régimen de responsabilidad medioambiental vigente en nuestro país, para ciertas hipótesis justificadas -como lo son las actividades mineras o eléctricas- y aunque sea muy tibiamente, la responsabilidad por riesgo creado, lo cual constituye un avance, en tanto se adecua mejor con los principios que inspiran los modernos regímenes.

En este sentido, nótese que la creación del riesgo no funciona aquí como un título de imputación que sustituya la culpa⁸⁸¹ y en tal sentido, no se trata de un criterio que importe la aceptación de un régimen objetivo o estricto de responsabilidad, sino sólo de un mecanismo que busca flexibilizar las trabas que el requisito de la determinación a ciencia exacta de una causa directa trae impone a los sujetos activos de las acciones de reparación del daño ambiental. Todo ello, se condice, además en el ordenamiento jurídico chileno, con las amplias facultades que poseen los Ministros de los Tribunales Ambientales para apreciar la prueba.

2.2.3. *Otros mecanismos que permiten facilitar la determinación de la relación de causalidad en las acciones de reparación de daño ambiental: De las presunciones*

2.2.3.1. Regla general en materia de carga de la prueba: El sujeto activo del daño ambiental debe acreditar los presupuestos de su acción

Para comenzar este acápite, es menester señalar que en materia de reparación de daños ambientales -al igual como ocurre en la generalidad de las acciones que se ejercen ante órganos jurisdiccionales- rige la norma contenida en el

⁸⁸¹ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit. pág. 332. Sin perjuicio de ello, este autor cree que en este caso lo que se sustituye es el *daño* y lo indica como un argumento -entre otros- para descartar este método, a menos que se pensara que la sola creación de un riesgo supone un daño en sí mismo.

artículo 1698 de nuestro Código Civil⁸⁸², que consagra en nuestro ordenamiento la máxima respecto al *onus probandi*, y en virtud de la cual es el sujeto activo quien deberá acreditar los presupuestos de su acción y el sujeto pasivo los de sus excepciones y defensas.

En este sentido podemos afirmar que en esta materia serán los sujetos activos de la acción de reparación ambiental quienes deban acreditar los supuestos de la responsabilidad, entre los cuales se cuenta, naturalmente, la relación de causalidad.⁸⁸³

Así lo ha resuelto la E. Corte Suprema al disponer:

*“Debe destacarse que celebrado comparendo a fs. 251, no se instó por la parte actora llevar a cabo el nombramiento de peritos, a quien en todo caso, correspondía la carga de la prueba, de conformidad a las reglas que señala el artículo 1698 del Código Civil”.*⁸⁸⁴

En idéntico sentido se manifestó la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia confirmada por la E. Corte Suprema, al rechazar la demanda en cuestión afirmando:

⁸⁸² En España esta norma se encuentra en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la cual establece que en principio corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos y al demandado la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes.

⁸⁸³ Así también se ha sostenido en España al afirmarse que “la prueba de la relación de causalidad corresponde al dañado demandante (art. 1214 CC; p. ej. STS 11-XII-79 y 10-V-89)”. Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Comentario...”, cit., pág. 1983; y “el principio general es que el nexo causal entre la conducta o actividad del responsable y el suceso dañoso debe ser probado por quien reclama la reparación”. Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando, “El nexo causal...”, cit., pág. 376.

⁸⁸⁴ Excma. Corte Suprema, causa rol 1302 - 2003, sentencia de fecha 8-05-2003, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/4277/2003; 26734.

“28°) que tampoco se ha probado que exista relación de causalidad entre los daños que dice haber sufrido y el destino anterior del sitio, situación ya existente a la época en que la actora celebró el contrato de concesión”.⁸⁸⁵

No obstante ello, se debe considerar que la prueba de la contaminación y de la relación de causalidad, es técnica, compleja y costosa, fundamentalmente por la falta de intermediación especial y temporal entre la fuente del perjuicio y el medio que lo sufre, la dispersión de fuentes emisoras y el distinto efecto de la emisión dañosa.⁸⁸⁶

Dado lo anterior, ante la evidencia de la complejidad de los asuntos a dilucidar, queda al desnudo la reinstalación funcional de numerosos institutos de derecho procesal y sustantivos, requisitos, elementos, formas, modalidades y efectos; como asimismo, la importancia de los órganos auxiliares de la justicia (v.gr., los peritos), ante las carencias o limitaciones del juez, o de la orfandad de los sistemas clásicos del Derecho en general que, frente a la problemática ambiental, muestran desajustes sólo resueltos con justicia mediante la necesaria flexibilización o el *aggiornamento* de los conceptos, para dar satisfacción a la debida tutela jurídica ambiental.⁸⁸⁷

En tal sentido, pensamos que la tendencia a suavizar los rigores de la carga probatoria de la presencia de la relación de causalidad se justifica por el diferente nivel de conocimientos que a efectos probatorios tienen los sujetos activos de las acciones ambientales y el causante, dado 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.

⁸⁸⁵ Excma. Corte Suprema, causa rol 3807 - 2006, sentencia de fecha 24-01-2008, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/1442/2008.

⁸⁸⁶ Cfr. ANDORNO, Luis O., “La responsabilidad por daño al medio ambiente”, en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, N° 6006, IV-877, (1996), pág. 10.

⁸⁸⁷ Cfr. GOLDENBERG H., Isidoro y CAFFERATTA A., Néstor, ob. cit., pág. 42.

Por estos motivos, nos parece razonable exponer en este capítulo algunas consideraciones de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*, en miras al perfeccionamiento del régimen de responsabilidad por daño medioambiental chileno, dado que, como tantas y tantas veces se ha repetido en este capítulo, la acreditación del nexo causal parece ser algo más que una *piedra en el zapato* para los sujetos activos de las demandas de reparación del daño ecológico puro.

Se trata del establecimiento de instrumentos que permiten modificar las reglas que rigen la carga de la prueba del vínculo causal, dulcificando el rigor que las teorías tradicionales imponen a los efectos.

Creemos que ello se justifica porque, en un porcentaje alto de los casos en que se producen daños ecológicos puros, se involucran actividades consideradas como potencialmente generadoras de este tipo de daños, razón por la cual deben quedar sujetas a un régimen de responsabilidad específico, pues cuando se produce un daño ambiental a causa de éstas hay suficientes razones para pensar que el daño es imputable a quienes las realizan, aunque se les reconozca la oportunidad de probar lo contrario.⁸⁸⁸

2.2.3.2. Presunción legal de la relación de causalidad. ¿Hipótesis contemplada en el artículo 52 de la LBGMA?

Como ya hemos tenido ocasión de analizar a propósito de los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*⁸⁸⁹ y como volveremos a examinar al estudiar la *culpa* o *dolo* como presupuesto de la responsabilidad por daño ecológico puro⁸⁹⁰, la LBGMA contempla en su artículo 52⁸⁹¹ una presunción que

⁸⁸⁸ Como afirma PANTALEÓN, “es sin duda admisible la prueba de presunciones (la muy importante STS 2ª 12-V-86; y comp. la muy generosa STS 28-II-75 con la STS 9-VIII-85)”. Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Comentario...”, cit., pág. 1983.

⁸⁸⁹ Vid. supra (capítulo quinto; 2; 2.1.4).

⁸⁹⁰ Vid. infra (capítulo séptimo; 3).

⁸⁹¹ La norma dispone:

denomina de *responsabilidad*.

A continuación, y amén de los inconvenientes que pueda presentar la denominación que la LBGMA da a la presunción⁸⁹², a partir de ella se presenta la inquietud referente a si dicha presunción opera sólo respecto la *culpa* o si por el contrario también alcanza a la *relación de causalidad*.

Sobre el particular existen dos interpretaciones que, como resulta evidente, se contraponen manifiestamente. Así, una tesis aboga por negar dicha posibilidad, mientras que la otra afirma que la presunción sí alcanza a la relación de causalidad.

En las páginas que siguen nos referiremos a estas tesis deduciendo la interpretación adecuada a los principios y normas del ordenamiento ambiental chileno.

- a) Tesis que niega que la presunción del artículo 52 de la LBGMA se extienda al presupuesto de la relación de causalidad

Quienes sostienen esta tesis, comienzan su análisis a partir de la premisa de que nuestro ordenamiento jurídico no establece, en materia de responsabilidad medioambiental, ninguna norma especial que altere las reglas del *onus probandi* en lo que se refiere a la relación de causalidad, cuestión que juzgan acertada.

Se piensa, por esta parte de la doctrina, que no es posible eludir el hecho de que una *presunción de causalidad* generaría un problema de difícil solución, a saber,

"Artículo 52.- Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones reglamentarias.

Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la presente ley o en otras disposiciones legales reglamentarias".

⁸⁹² Vid. infra (capítulo séptimo; 3; 3.1).

que se estaría compeliendo al demandado a acreditar un hecho negativo, esto es, que *él no causó el daño*. Por ello, la inclusión de una herramienta como ésta si bien desde el punto de vista del *principio quien contamina paga* parece razonable, puede terminar por imponer más dudas que respuestas al problema.

La tesis es sostenida por autorizada doctrina nacional. Así, por ejemplo, BERMÚDEZ SOTO señala: "La relación de causalidad del daño ambiental no puede presumirse. Con lo que en aquellos casos en que se presuma la responsabilidad del sujeto agente de la acción u omisión que se estima provocó el daño, igualmente habrá que probar la relación de causa a efecto entre la conducta (activa u omisiva) y el daño producido. En efecto, se debe probar que el hecho doloso o culposo es la causa directa y necesaria del daño ambiental, que de no mediar aquel hecho el daño no se habría producido".⁸⁹³

En un sentido similar, se afirma que no existe en nuestro Derecho una presunción de causalidad en materia ambiental y que su establecimiento puede ser interesante de estudiar como cuestión de *lege ferenda*, pero no de *lege lata*. Para el caso de que desee construirse legalmente una presunción del nexo causal creemos conveniente analizar muy cuidadosamente los elementos o requisitos que se tomarán en cuenta para dar lugar a la presunción.⁸⁹⁴

- b) Tesis que afirma que la presunción del artículo 52 de la LGMA se extiende al presupuesto de la relación de causalidad

Bajo nuestro entendimiento, estamos por quienes abogan por la segunda interpretación, esto es, la extensión de la presunción al plano de la causalidad. Así, por ejemplo, para SALGADO SCHEINDER: "Es importante advertir que por el tenor literal de la norma (que presume la responsabilidad) podría considerarse una presunción de causalidad, aunque la mayoría de los fallos que se refieren al tema la estiman de

⁸⁹³ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos...*, 2ª edición, cit., pág. 405.

⁸⁹⁴ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "La relación de causalidad...", cit., pág. 13.

culpabilidad".^{895,896}

Complementando el último aserto de la articulista, se debe mencionar que, en todo caso, existen al menos dos fallos en contrario que sí estimaron la existencia de una presunción de causalidad a la luz de lo preceptuado en el artículo 52 de la LBGMA, y que han sido analizados por la doctrina.^{897,898}

En efecto, se debe notar que la interpretación que hemos sostenido al analizar los *daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*⁸⁹⁹, necesariamente lleva a concluir que la presunción de responsabilidad del inciso 1º del artículo 52, tratándose de la reparación de los daños ecológicos puros, se extiende al nexo causal y no se encuentra, por lo tanto, circunscrita únicamente a la culpa.

En este sentido, pensamos que la aclaración que efectúa el inciso segundo de la norma en comento no deja espacio a otra interpretación, pues si el mentado artículo establece que la presunción no alcanza al vínculo causal para el caso de los

⁸⁹⁵ Cfr. SALGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., Pág. 68.

⁸⁹⁶ Uno de los fallos a los que hace referencia la autora corresponde a la sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 15 de septiembre de 2011, en la caratulada "*Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes*", Rol N° 493-2011.

⁸⁹⁷ Vid. ROBERTS, R. y SAAVEDRA, R., "La protección cultural de la Ley 19.300 de bases generales del medio ambiente, a la luz de dos sentencias recientes", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 11, junio, (2004), Págs. 121-221.

⁸⁹⁸ El otro precedente jurisprudencial en sentido similar, conforme nos refiere URIARTE, es aquél donde se expresó:

"Respecto del tercer elemento de la responsabilidad por daño ambiental, esto es, la relación de causalidad, la sentencia que nos ocupa establece que de acuerdo a la prueba rendida en el proceso y la norma del artículo 52 de la Ley N° 19.300, la relación entre la acción de la empresa demandada y el daño producido a los sitios Bahía Ilque se encuentra amparada por la presunción de responsabilidad de tal norma, pues con su actuar ha infringido normas que dicen relación con la conservación, preservación y protecciones ambientales. Igualmente, no ha respetado las normas pertinentes de la Ley 17.288, pues intervino un sitio arqueológico que por sus características socioculturales se encuentra contemplado dentro de la definición que la Ley ha dado de Medio Ambiente (considerando 30º)". Vid. URIARTE RODRÍGUEZ, Ana Lya, "Jurisprudencia Ambiental" en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 16, diciembre, (2006), Pág. 137.

⁸⁹⁹ Vid. supra (capítulo quinto; 2; 2.1.4).

daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental: ("con todo, sólo habrá lugar a la indemnización en «este evento» si se acreditare relación de causa a efecto...", indica el artículo); sensu contrario, para obtener la reparación del daño ecológico puro en aquellos casos en que su autor incurre en una conducta de las tipificadas en el inciso 1º, (que es el «otro evento» del que habla la norma), no se deberá acreditar la relación de causalidad, pues de lo contrario el inciso segundo carecería de justificación y explicación.⁹⁰⁰

Al respecto, es importante destacar que la interpretación que postulamos no resulta, en caso alguno, una excentricidad en materia de reparación de los daños ambientales y se ajusta plenamente a los fines, funciones y principios que rigen la responsabilidad por daño ambiental.⁹⁰¹ Así, por ejemplo, la literatura comparada da cuenta de la existencia de diversos seguidores de una solución como la pretendida. En tal sentido, se indica que siendo el demandado quien creó el riesgo que en definitiva devino en el daño ambiental, lo lógico es que sea él quien deba soportar los costos y esfuerzos en acreditar que su actuar no está vinculado causalmente al daño alegado.^{902,903}

De hecho, es la solución legislativa adoptada por los países Europeos a través de la Directiva 2004/35/CE. Así, verbigracia, la Ley de Responsabilidad

⁹⁰⁰ En un sentido similar al nuestro, Vid., PINO REYES, Octavio y PIZARRO TORREALBA, Eduardo, *Responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2001, pág.109.

⁹⁰¹ De hecho, SALGADO SCHNEIDER, nos refiere que existen algunos fallos que han razonado sobre la base de una presunción de causalidad. Vid. SALGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág.68.

⁹⁰² Por todos, Vid. LEITE MORATO, José Rubens, "Dano Ambiental: Compensacao Ecológica e Dano Moral ou Extrapatrimonial" en VV.AA., *Actas das I Jornadas luso-brasileiras de direito do ambiente*, Instituto do Ambiente, Lisboa, 2002, págs. 316-317.

⁹⁰³ Así también fue resuelto en una oportunidad por el TS español, el cual sostuvo que:

"La creación de un riesgo permite invertir la carga de la prueba al afirmar que la peligrosidad del festejo... por su especial naturaleza, invierte la carga de la prueba, obligando al causante del daño a justificar la existencia de cualquier causa exculpatoria que alegue". (STS de 8.10.1996 [RJ 1996/7060] DF 2).

Medioambiental Española⁹⁰⁴, -que traspuso la mentada Directiva- expresa en su artículo 3.1:

“Esta ley se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o amenaza de que dicho daño se produzca, cuando atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo”.

Si bien la norma se encuentra en sintonía con el modelo europeo -donde el factor de imputación está asociado a actividades (desarrolladas por un sujeto que denomina *operador*) que considera *per se* riesgosas, y en tal sentido presume la causalidad bajo esa lógica, no deja de ser significativa la referencia a que dichas actividades sean *apropiadas* para causarlo.⁹⁰⁵

En América es posible encontrar un ejemplo similar en el derecho local mexicano. Se trata de la Ley ambiental para el desarrollo sostenible del Estado de Colima, la cual dispone en su artículo 252

"...Se presume que el daño es imputable a una fuente de contaminación si ésta, por las características de los procedimientos que desarrolla, las sustancias o materiales que maneja o los residuos que genera, está en capacidad de producirlo. Se presume también la existencia del vínculo causal cuando la fuente de contaminación rebase los límites y condiciones

⁹⁰⁴ En cualquier caso, hay quienes creen que aquí no estaríamos en presencia de una *presunción simplemente legal*, sino más bien ante un caso de *relatio ab oneris probando*, esto es, de una exoneración de prueba. Sobre el particular, Vid. CARVALHO LEAL, Virginia DE, ob. cit. pág. 177.

⁹⁰⁵ Cfr. CARVALHO LEAL, Virginia DE, ob. cit. pág. 170. Esta circunstancia pone de relieve, a juicio de la autora, la clara influencia de la Ley Alemana de Responsabilidad Ambiental de 1990.

establecidos por esta Ley, sus reglamentos, y las normas oficiales mexicanas".

Y en Chile, alguna doctrina, a pesar de negar que la presunción del artículo 52 de la LBGMA alcance a la causalidad, ha manifestado que existirían al menos tres razones por las cuales imponer el peso de la prueba de la falta de causalidad en el demandado.

En efecto, tratándose de los daños ecológicos puros se debería considerar que: (i) Si alguien desarrolla una actividad es de suponer que lo hace del modo menos dañino, y es él quien está en mejores condiciones de demostrarlo; (ii) Existe una variedad de fuentes de contaminación cuyos efectos no son bien conocidos; (iii) Los demandados tienen mejor acceso a la información y mayores recursos para invertir en la prueba relativa a la causalidad.^{906,907}

A los efectos de nuestro argumento, es interesante reflexionar sobre la base de que "el juez no se ve enfrentado a determinar leyes o generalizaciones que descubra la o las conexiones entre diversos eventos, sino a resolver si en una determinada oportunidad el daño se puede atribuir al demandado, visto los hechos en presencia que, siendo de enorme diversidad, no quedan sujetos a un solo y único criterio".⁹⁰⁸

En tal sentido, y conforme se ha postulado a lo largo de este trabajo, la naturaleza jurídica del bien tutelado por el Derecho ambiental -al cual se circunscribe su régimen de responsabilidad- insta la búsqueda de soluciones que superan las ataduras de la responsabilidad civil extracontractual y de las instituciones y principios que lo rigen, pues, como afirma un autor "... la cuestión de la causalidad no está

⁹⁰⁶ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "La relación de causalidad...", cit., pág. 12.

⁹⁰⁷ Así también se razona, por ejemplo, en el Derecho portugués. Cfr. GÓMEZ SUARES, Manuel Tomé, "A responsabilidade civil na tutela do ambiente - Panorâmica do direito português" en VV.AA., *Textos - Ambiente e consumo*, II, Centro de Estudos Judiciais, Coimbra, 1996, pág. 45.

⁹⁰⁸ Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, ob. cit., pág. 12.

dirigida a la creación de sistemas doctrinarios, sino a proporcionar criterios de aplicación práctica”.⁹⁰⁹

Finalmente, sobre el particular, existe doctrina que afirma la posibilidad de presumir la relación de causalidad en las acciones de reparación del daño ambiental, sobre la base de la aplicación del criterio del *res ipsa loquitur*.

En este sentido, BARROS BOURIE expresa sobre el particular: "tal vez la solución habría que buscarla en una interpretación extensiva de la regla de la antes analizada norma del artículo 2317 [que consagra en Chile, a su juicio, la regla del *res ipsa loquitur* del *Common Law*], que establece la presunción general de responsabilidad por el hecho propio respecto de daños que, atendida su naturaleza, pueden ser atribuidos en principio a la culpa de un tercero. De este modo, a la manera de la ley alemana, cuando hubiere indicios claros de que el daño se debió a la operación de una cierta industria, se extendería el principio *res ipsa loquitur*, deja que las cosas hablen por sí mismas, al terreno de la causa".⁹¹⁰

De hecho, en Argentina, la doctrina ha llegado a afirmar que “del daño ambiental se desprende *-res ipsa loquitur-* una violación básica, primaria o elemental, tanto respecto del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias como de la autorización para funcionar”.⁹¹¹

E incluso, en nuestro país la teoría ha tenido, al menos un, reconocimiento jurisprudencial conocido por nosotros, al haberse resuelto en un fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó -confirmado por nuestra Corte Suprema- que:

⁹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 17.

⁹¹⁰ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, “Responsabilidad civil en materia del medio ambiente...”, cit., pág. 58.

⁹¹¹ Cfr. HUTCHINSON, Tomás, “*Daño Ambiental. Responsabilidad pública ambiental*”, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, Pág. 73.

El régimen general de responsabilidad civil permite recurrir a la norma del artículo 2329, que establece una presunción general de responsabilidad por el hecho propio respecto de daños que, atendida su naturaleza, pueden ser atribuidos en principio a terceros.

Esta inferencia puede entenderse efectuada implícitamente por la norma del artículo 52 de la Ley. [Se refiere a la LBGMA] De este modo, a la manera de la ley alemana, cuando existen indicios claros y consistentes de que el daño se debió a la actividad de una cierta industria, se extiende el principio res ipsa loquitur, dejad que las cosas hablen por sí mismas, al terreno de la causalidad. (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, páginas 807 y 808 Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, junio de 2007)".⁹¹²

Pero, creemos que esta teoría se sustenta en una tesis doctrinal civilista de antigua data, que efectúa una vinculación subjetiva entre el dolo o la culpa y la relación de causalidad, razón por la cual se sostiene que cuando la ley presume la culpa, en el ámbito de la presunción está incorporada la relación de causalidad.

Este punto ha sido explicado de la siguiente forma: “La víctima no necesita probar la culpa de la persona cuya responsabilidad se presume, le bastará acreditar los hechos de los cuales la ley deriva la presunción. Establecidos éstos, quedan establecidos esa culpa y la relación causal entre ella y el daño, es decir, que éste tiene por causa la culpa de dicha persona, de lo contrario, la presunción no serviría de nada”.⁹¹³

De allí que, sobre el particular, estamos con la opinión de PINO REYES y PIZARRO TORREALBA, quienes sostienen que “el postulado enunciado [la tesis sobre presumir la causalidad en virtud de la presunción de culpa] si bien pondría en una

⁹¹² Excma. Corte Suprema, causa rol 2107 - 2008, sentencia de fecha 29-07-2010, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/4473/2010.

⁹¹³ Cfr. CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, “De la responsabilidad por Daño Ambiental”, en *Revista Universitaria de Crecimiento Jurídico y Cultural Ad Litium*, N°2, Universidad Central, (1994), Pág.9.

situación más ventajosa a la víctima, en rigor en nuestro sustento teórico nos vemos forzados a rechazarla toda vez que, como se dijo y acreditó, se opone a la naturaleza real de la relación de causalidad, elemento autónomo e independiente en la configuración de la responsabilidad extracontractual de la culpa o del dolo, que en nuestro estudio forman parte de los denominados factores de atribución”.⁹¹⁴

En tal sentido, pensamos que la presunción de la relación de causalidad no deviene de la aplicación de la regla del *res ipsa loquitur*, sino de una interpretación sistemática de ambos incisos del artículo 52 a la luz de los principios que rigen la disciplina ambiental.

2.2.3.3. Las presunciones judiciales de la relación de causalidad

a) Contexto general

Desde el punto de vista de los resultados, existe otro mecanismo que opera como expediente flexibilizador de la prueba del nexo causal y que consiste en la utilización de la presunción judicial de este presupuesto de la responsabilidad por daño ambiental.

Así, y conforme a las reglas generales de este mecanismo de prueba, a partir de un hecho conocido los sentenciadores podrían arribar a uno desconocido como lo es la existencia de la relación de causalidad entre el daño ambiental y la acción del demandado.

Aquí, como es usual en materia de presunciones, se presentan dos situaciones ventajosas para el sujeto activo de la acción: de un lado se le libera de conocer a cabalidad la actividad del demandado, y de otro se traslada la carga a

⁹¹⁴ Cfr. PINO REYES, Octavio y PIZARRO TORREALBA, Eduardo, *Responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2001, Pág. 87.

quien tiene mayores recursos y medios para acreditar que su actividad no ha producido los efectos lesivos.

b) Utilización de la presunción judicial en la experiencia nacional y comparada

En España, por ejemplo, la cuestión ha sido planteada en los siguientes términos: "... y por otra parte, hemos de proceder a examinar si ya no mediante prueba directa tal hecho puede resultar acreditado a través de la indirecta de presunciones ... que... inevitablemente hace entrar en juego la subjetividad de los juzgadores, al obligarles a realizar una operación mental de enlace entre un hecho base y un hecho consecuencia, lo que deben hacer de un modo coherente y racional, como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios vigentes; se ha de llevar a cabo una verdadera prueba indiciaria, es decir, un proceso mental que conecta, partiendo de la certeza de determinados hechos a dar otros por ciertos llegando a la conclusión de que efectivamente han existido tales hechos cuestionados...".⁹¹⁵ Algo similar ocurre en Argentina.⁹¹⁶

En este estado de cosas, si se pensara que no existe en nuestro régimen una presunción legal de causalidad, creemos que esta circunstancia no es óbice para que, en un proceso de acción ambiental, los sentenciadores tengan por acreditado el nexo causal a partir de la herramienta de las presunciones judiciales. En efecto, "a falta de antecedentes para asumir una presunción legal, los jueces pueden construir una presunción judicial en concreto sobre la base del juicio de expertos".⁹¹⁷

De hecho, un fallo de nuestra Excma. Corte así lo resolvió, argumentando que determinados hechos permiten "inferir" el daño y la relación de causalidad:

⁹¹⁵ Cfr. MORENO TRUJILLO, Eulalia María, ob. cit., pág. 389.

⁹¹⁶ Cfr. GOLDENBERG H., Isidoro y CAFFERATTA A., Néstor, ob. cit., pág. 60.

⁹¹⁷ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 808.

“Quinto: Que el contenido de las reseñadas evidencias probatorias permite inferir que la conducta dolosa de la demandada ha causado un menoscabo a la cuenca Pampa del Tamarugal, ubicada en pleno desierto de Atacama, por la explotación no autorizada de aguas subterráneas cuya disponibilidad “escasa- es indispensable para la preservación de dicho ecosistema. Con lo anterior queda demostrada la relación de causalidad entre la conducta imputada a la demandada y la intensificación del agotamiento hídrico que sufre la zona.

*Por estas razones debe calificarse que la actuación de la demandada ha causado un daño ambiental significativo y que concurriendo relación de causalidad entre ambos, debe ser reparado”.*⁹¹⁸

Reafirma la posibilidad de utilización de este mecanismo la circunstancia de que nuestro máximo tribunal haya sentenciado que son los jueces del fondo quienes poseen plena libertad para la construcción y determinación de la fuerza probatoria de las presunciones.

Así fue resuelto en un fallo que -no obstante referirse a una acción ordinaria de indemnización de perjuicios civiles derivados del daño ambiental, pero cuya solución, *mutatis mutandi*, perfectamente puede ser aplicada al caso de la acción ambiental- rechaza la posibilidad de anular una sentencia que utilizó el mecanismo de la presunción judicial -fundada en el *sentido común* de los jueces- para acreditar el daño moral:

Décimo noveno: Que en lo atinente concretamente a los artículos 47 y 1712 del Código Civil, que los actores estiman contrariados por los jueces del mérito en razón de que éstos habrían dado por acreditado el daño moral de los demandantes infiriéndolo de la sola circunstancia de vivir en las cercanías de un ex vertedero que fue abandonado, cabe señalar que esta Corte Suprema ha sostenido invariablemente que la construcción y determinación

⁹¹⁸ Excma. Corte Suprema, causa rol 5826 - 2009, sentencia de fecha 28-10-2011, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/8490/2011.

de la fuerza probatoria de las presunciones queda entregada a los magistrados de la instancia, pues la convicción de éstos ha de fundarse en la gravedad, precisión y concordancia que derive de las mismas. Y dado que la facultad para calificar tales atributos corresponde a un proceso racional de los jueces del grado, no puede quedar sujeta al control de este recurso de derecho estricto.

Lo relevante a los alcances del arbitrio de casación en el fondo es que todas esas disposiciones, en último término, se encuentran relacionadas con la facultad de los jueces del mérito para calificar la gravedad, precisión y concordancia de las presunciones que permitan asignarle valor probatorio, actividad que en sí misma es ajena al control de legalidad que ejerce este tribunal de casación, por encontrar su fuente en un proceso intelectual de esos magistrados y que, por lo general, no quedará sujeta al control del recurso de casación en el fondo.

...Por otra parte, y sólo a mayor abundamiento, se ha tenido presente que a partir de la ocurrencia de los hechos acreditados -que importan inadecuadas condiciones de salubridad e incluso de seguridad en el entorno de los afectados-, lo usual, de acuerdo a la experiencia, es que se afecte el estado síquico de una persona, siendo en consecuencia una excepcionalidad que ello no suceda.

Esta sentencia permite, a nuestro juicio, aprehender dos lecciones relevantes: (i) los jueces del fondo tienen amplio margen para construir y utilizar el mecanismo de las presunciones para acreditar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad por daño ambiental -así como de los daños civiles derivados de este-; y (ii) la fuerza de los hechos o circunstancias es un antecedente plenamente válido para construir una presunción judicial que termine por acreditar un elemento de la responsabilidad.

De este modo, estimamos perfectamente posible que en aquellos casos en que resulte compleja la prueba de la relación de causalidad en materia de daño

ecológico puro, pero donde las circunstancias concomitantes hagan fundadamente evidente la misma, los jueces puedan presumirla a partir de dichos hechos.

Finalmente, debemos mencionar que, según lo ha analizado una autora, este criterio es también aceptado en el Derecho español, belga e italiano.⁹¹⁹ Y parece que ha sido el criterio adoptado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual resolvió en la causa 378/2008, en fallo del año 2010, que:

“56. Desde este punto de vista, una normativa de un Estado miembro puede prever que la autoridad competente tenga la facultad de imponer medidas de reparación de daños medioambientales presumiendo la existencia de un nexo causal entre la contaminación comprobada y las actividades del operador u operadores, y ello por razón de la proximidad de sus instalaciones a la referida contaminación.

57. No obstante, en la medida en que, de conformidad con el principio de quien contamina paga, la obligación de reparar únicamente incumbe a los operadores económicos por el hecho de haber contribuido a la generación de la contaminación o al riesgo de, a fin de presumir que existe tal nexo causal, la autoridad competente ha de disponer de indicios plausibles que puedan constituir la base de su presunción, por ejemplo, la proximidad de la instalación del operador a la contaminación comprobada y la coincidencia entre las sustancias contaminantes encontradas y los componentes utilizados por el referido operador en el marco de sus actividades.

58. Cuando la autoridad competente disponga de tales indicios, podrá determinar un nexo causal entre las actividades de los operadores económicos y la contaminación de carácter difuso comprobada. De conformidad con el artículo 4, apartado 5, de la Directiva 2004/35, tal situación estará comprendida dentro

⁹¹⁹ Para un estudio en profundidad de estas referencias, Vid. CORDERO LOBATO, Encarna, "Derecho de daños y medio ambiente" en Luis Ortega Álvarez (director), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 446.

del ámbito de aplicación de dicha Directiva, salvo que los referidos operadores puedan desvirtuar esta presunción".⁹²⁰

- c) Condiciones para el reconocimiento de la presunción judicial del vínculo causal en la responsabilidad por daños al medio ambiente

A efectos de determinar en qué casos procede la *presunción judicial* del vínculo causal en las acciones de reparación del daño ambiental, habrá que preguntarse si bastará que el hecho conocido sea "cualquiera" o bien si tiene que poseer algunas características especiales, tales como el desarrollo de una actividad riesgosa, la infracción de una norma, etc.

A nuestro juicio, creemos que en virtud de los principios preventivo y precautorio que infunden todo el Derecho ambiental, parece razonable aceptar la presunción respecto de aquellos sujetos que desarrollan actividades riesgosas o que, aunque no lleven a cabo dichas actividades, tengan comportamientos concretos que hayan incrementado los riesgos.

Estas formas de determinación del hecho conocido, son utilizadas en el Derecho alemán donde tanto la doctrina como la jurisprudencia⁹²¹ se centran en las características particulares del agente o de sus instalaciones para producir el daño. Asimismo, es también relevante centrarse no sólo en si la actividad es *per se* riesgosa, sino también en las condiciones específicas del evento dañino, tales como

⁹²⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 9 de marzo de 2010, Caratulada "*Raffinerie Mediterranee SpA y otros con y Ministero dello Sviluppo económico y otra*", disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79751&pageIndex=0&doclang=E S&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=351660>.

Para un estudio doctrinario sobre este fallo, Vid. PERNAS GARCÍA, Juan José, "La exigencia de comprobación del nexo causal y la determinación de medidas de reparación en el marco del régimen de responsabilidad de la Directiva 2004/35. Comentario a dos sentencias recientes del TJCE", en *Actualidad Jurídica Ambiental*, N°4, (2010).

⁹²¹ Sobre el particular, Vid. LANDSBERG, Gerd y LÜLLING, Wilhelm, "*Umwelthaftungsrecht. Kommentar*", Köln, Bundesanzeiger, 1991. Citado por: RUDA, Albert, ob. cit. pág. 341.

el funcionamiento y la operación de una maquinaria; la forma en que se manipularon sustancias tóxicas, los tiempos de exposición a una determinada fuente, etc.

De igual forma, creemos justificado que los sentenciadores puedan tener por acreditado el nexo causal en aquellas situaciones extremadamente complejas en que a la luz de los avances científicos y sobre la base de criterios económicos razonables, el sujeto activo de la acción se vea imposibilitado de hacerlo.

En efecto, sobre este punto debe pensarse que si el sujeto activo de la acción logra probar el supuesto de hecho contenido en la norma y dicho presupuesto de hecho funciona como *premisa mayor* o *hecho conocido* de la presunción, es plausible que, mediante el mecanismo de la presunción judicial, el sentenciador tenga por establecido el vínculo causal.⁹²²

A modo de síntesis, pensamos que “es necesario adecuar los criterios de distribución de la carga de probar a tenor de circunstancias especiales que caracterizan las problemáticas ambientales, adoptando una visión solidaria, de colaboración procesal. No se trata de invertir el *onus probandi* en perjuicio del demandado, pero sí de exigir la cooperación imprescindible para arribar a la verdad de lo sucedido.

En resumen: El juez, respetando las garantías del proceso justo, está habilitado para flexibilizar los principios procesales y las reglas que reglamentan la

⁹²² En la materia, existe doctrina que ha ido incluso un paso más allá, afirmando que: “a veces el uso prudente de presunciones será suficiente; otras, inclusive habrá que laborar sobre la base de hechos virtuales, que son los que no han sucedido pero que podrían suceder o hubieran podido suceder (sustituir la diagnosis por la prognosis es adentrarse en el terreno de las meras posibilidades, que es un concepto lógico que se refiere al futuro). Entonces, se hace imprescindible un cuidado manejo de hipótesis porque la suposición -según las circunstancias- es como una presunción que flota y, que en casos difíciles de probar, puede y debe ser tenida en cuenta, pues no deja de constituir una máxima de experiencia, que -al decir del tribunal español (la Casación)- desemboca en un juicio hipotético sobre el orden normal de la convivencia que el juez, con la debida cautela, puede utilizar salvo que sean irrazonables o que contradigan hechos demostrados (sentencia 28/2/1989)”. Cfr. MORELLO, Augusto, *La prueba. Tendencias modernas*, Platense/Abeledo- Perrot, La Plata/Buenos Aires, 1991, pág.125.

distribución de la carga de la prueba. A esos fines y a tenor de las particulares circunstancias del objeto en controversia o hallarse la parte en mejores condiciones para colaborar en la producción de la misma, será ella la que viene principalmente gravada en su gestión".⁹²³

En consecuencia, es relevante considerar el importante valor que recibe la prueba de presunciones en materia de daño ambiental; particularmente, es necesario derribar la creencia, según la cual, a la prueba de presunciones pueda acudir sólo cuando no esté en pugna con otras pruebas: El juez deberá someterla a valoración crítica y arribar al convencimiento respecto de la existencia del hecho a verificar en base a tales valoraciones.⁹²⁴

En definitiva, en esta materia existe un distanciamiento importante entre los desarrollos dogmáticos y las exigencias de la práctica, porque como se ha dicho por la doctrina anglosajona, lo que importa para los académicos no es del mismo interés para los abogados y litigantes.⁹²⁵

Por esta razón, creemos que la búsqueda de soluciones a los problemas que presenta la relación de causalidad en la responsabilidad por daño ambiental, debe ser siempre bajo esta premisa y, en tal sentido, los criterios expuestos constituyen, a nuestro juicio, sin duda una útil herramienta.

2.3. El problema de la pluralidad de causas posibles en el daño ambiental

Según se ha expuesto a lo largo de este capítulo, la producción de un daño medioambiental generalmente no responde a una única y exclusiva causa. Por el contrario, será sumamente usual que en el resultado dañoso haya concurrido una pluralidad de ellas.

⁹²³ Cfr. MORELLO, Augusto, "La valoración de la prueba y otras cuestiones de la tutela procesal del ambiente", en *Doctrina de JA*, 1999-III-380.

⁹²⁴ Cfr. GOLDENBERG H., Isidoro y CAFFERATTA A., Néstor, ob. cit., pág. 76.

⁹²⁵ Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, ob. cit., pág. 10.

En tal sentido, confrontados a esta realidad, es menester hacernos cargo de la incertidumbre que plantea la pluralidad de causas en la determinación del responsable del daño ecológico puro, esto es, la elucidación de cuál de todos los intervinientes en la producción del daño ecológico puro es quien debe repararlo.

En este escenario y para explicar este problema, se podrían formular -junto a una autora- las siguientes interrogantes:

¿a quién demandar la reparación del daño ambiental si son varias las fábricas que arrojan sus desechos al agua o contaminan el ambiente en un determinado sector de la ciudad? ¿A quién si, individualmente considerados, ninguno de tales desechos son contaminantes entre sí, pero se potencian con otros arrojados por otras empresas?⁹²⁶

De tal suerte que existirán, a lo menos, cuatro situaciones que se deben abordar para resolver estos inconvenientes: (i) en primer lugar, aquellas donde exista una concertación de varios responsables en la producción del daño (causalidad concurrente); (ii) en segundo, aquellas donde existiendo varios intervinientes es preciso determinar cuál de todos ellos es realmente el responsable de un daño ambiental específico (causalidad complementaria); (iii) en tercero, aquellos casos en que dentro de una pluralidad de potenciales autores no es posible determinar a ciencia cierta cuál o cuáles son los autores del daño (causalidad alternativa); y (iv) en cuarto, aquellos casos en que con prescindencia de la acción de un individuo, el resultado dañoso igualmente se habría producido por efecto de una causa distinta (causalidad hipotética).

Esta cuestión resulta relevante, desde que su presencia da cuenta, una vez más, que los mecanismos de solución tradicionales que proporciona el Derecho civil en la materia se ven desbordados tratándose de los daños ambientales, lo cual, y

⁹²⁶ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La responsabilidad civil por el daño ambiental*, Separatas de Anales del Cincuentenario, año académico 1990, Córdoba, 1991, pág. 182.

muy especialmente en estas cuatro hipótesis, es sin perjuicio del aporte que en la materia efectúa, en el ordenamiento jurídico nacional, la norma contenida en el artículo 2317 del Código Civil chileno.⁹²⁷

En efecto, se destaca que la contaminación por sinergia, es decir, el caso de concurrencia de varios agentes contaminantes, hace particularmente difícil la apreciación de la relación de causalidad en los términos tradicionales del concepto.⁹²⁸ Por ello, las soluciones deben encontrarse en la construcción de un sistema propio de responsabilidad por daño al medio ambiente y no, salvo el auxilio especial ante situaciones concretas, en los cimientos del Derecho civil.

2.3.1. El problema de la causalidad concurrente

Dicho lo anterior, corresponde entonces analizar aquellos supuestos en que el daño es el resultado de una acción u omisión conjunta o concurrente de dos o más agentes. Se trata, en consecuencia, de aquellos supuestos en que la acción de uno cualquiera de los partícipes en el daño igualmente hubiere devenido en el resultado dañoso, al punto que suprimidas las demás causas -pero no todas ellas- el perjuicio se habría, igualmente, verificado.

Esta hipótesis se presentaría, por ejemplo, si encontradas en un mismo emplazamiento una empresa minera de soluciones ricas en yodo y una refinería del mismo material, se concertaran para verter, al mismo tiempo, sustancias tóxicas en un río colindante y con ello se ocasionara la muerte de unos cisnes que habitan en dicho río. Así, la muerte de las especies por la ingesta del agua contaminada, se

⁹²⁷ Recordemos que dicha norma dispone:

Artículo 2317. Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

⁹²⁸ Cfr. GOLDENBERG H., Isidoro y CAFFERATTA A., Néstor, ob. cit., pág. 29.

habría producido tanto si sólo la empresa minera hubiera vertido, cuanto si sólo lo hubiere hecho la refinería.

El problema que se presenta en estos casos, consiste en saber quién de los agentes es el responsable del daño ambiental ocasionado. Así, la dificultad señalada puede superarse de diversas maneras, en particular, mediante una modificación del test de la *condicio sine qua non* en el plano normativo (o incluso mediante el abandono de dicho test).

Así ocurre, por ejemplo, si se analiza si cada contribución es suficiente, con otras condiciones normales (esto es, distintas a las que efectivamente se dieron), para producir el daño en el momento en que ocurre.⁹²⁹

En tal sentido, nos parece que si lo que define la concurrencia de pluralidad de responsables es el acuerdo y la producción de un solo proceso dañoso ambiental, podemos estar frente a una hipótesis de responsabilidad solidaria donde cada uno sea responsable de la totalidad de la reparación.

Luego, y no obstante la especialidad e independencia que se postula para el régimen de responsabilidad por daño ambiental con respecto al régimen clásico de responsabilidad civil extracontractual, creemos que en estas situaciones será posible aplicar la disposición contenida en el artículo 2317 del Código Civil, a partir de la remisión que la LBGMA formula a dicho cuerpo normativo.⁹³⁰

De hecho, como expresamos en el capítulo IV de este trabajo, este es precisamente el verdadero rol que cumple la remisión del artículo 51, esto es, servir como una herramienta auxiliar para situaciones complejas, cuando las normas del

⁹²⁹ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit. pág. 353.

⁹³⁰ Vid. supra (capítulo cuarto; 2). En un sentido idéntico, Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, "La relación de causalidad...", cit., pág. 19.

Código Civil no se contrapongan a los fines, funciones y principios del Derecho ambiental.

Así, por lo demás, lo ha estimado nuestra Corte Suprema, al menos en una ocasión, al resolver que:

“Duodécimo: Que por el segundo capítulo de la casación de fondo se reprocha en definitiva que se condenara a la recurrente en forma solidaria a la reparación del daño ambiental pese a que no concurrió en su producción, ya que éste se refiere al que resulta de las actividades de extracción, en circunstancias que su parte se dedica sólo a procesar el material una vez extraído por un tercero. Al respecto cabe consignar que yerra la sociedad recurrente al afirmar que el daño ordenado reparar es el causado únicamente con la extracción de los áridos, desde que es un hecho establecido en la causa -considerando decimoséptimo del fallo de primer grado, confirmado por el de segunda instancia- que el daño que se ordena reparar es el causado por las demandadas de manera culposa al extraer y procesar áridos en las parcelas 4, 5 y 6, hechos que, como ya se indicó, resultan inamovibles para este tribunal de casación, por lo que, en consecuencia, resulta plenamente aplicable lo dispuesto el artículo 2317 del Código Civil y en consecuencia la responsabilidad solidaria que se determinó”.⁹³¹

Frente al problema de la causalidad concurrente, en doctrina comparada se ha llegado a afirmar que "en este sentido se ha dicho que sea cual fuere la participación de alguien en la causación de un daño, tiene, por ello, la obligación de indemnizar, respondiendo por la totalidad del daño, aun cuando no lo hubiese causado por entero".⁹³²

⁹³¹ Excma. Corte Suprema, causa rol 2663 - 2009, sentencia de fecha 31-08-2012, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/1952/2012; 62600.

⁹³² Cfr. NELSON NERY, Junior y DE ANDRADE NERY, Rosa María, "Responsabilidade civil, meio ambiente e acao colectiva ambiental" en Antônio Hermann V. Benjamin (coordinador), *Dano Ambiental. Prevencao, reparacao e repressao*, Sao paulo, 1993, pág. 281. Al respecto, en España, por ejemplo, PANTALEÓN justifica esta solución afirmando: "... los autores de los cursos causales concurrentes responderán solidariamente, dado que, si cualquiera de ellos no hubiera puesto en marcha el curso causal de que es autor, habría nacido a cargo del otro una obligación de indemnizar

2.3.2. El problema de la causalidad complementaria

Aquí nos encontramos frente a hipótesis donde no existe una concertación o acuerdo de los causantes del daño ambiental, sino una completa independencia de los mismos, pero cuyas actuaciones en conjunto permiten que se ocasione el daño ambiental o éste se potencie causando mayores estragos.

Para un análisis de la causalidad complementaria se deben examinar dos situaciones, aquellas donde se presenta una *causalidad complementaria aditiva* y aquellas donde verifica una *causalidad complementaria por asociación*.

2.3.2.1. Causalidad complementaria aditiva

Una de las situaciones de causalidad complementaria que pueden presentarse, se refiere aquellas ocasiones donde el daño ambiental sólo se produce como consecuencia de la conjunción de diversas causas que, por sí solas, no son capaces de producir el daño ecológico puro, pero que concurriendo todas en conjunto sí dan lugar a éste. Estamos, en consecuencia, frente a una hipótesis donde sólo la adición de todas las causas ha permitido la verificación del resultado dañoso.

Este tipo de situaciones ocurre, por ejemplo, cuando una determinada fábrica expelle una sustancia contaminante que por sí misma resulta inocua, pero que unida a la sustancia expelida por otra fábrica cercana, sobreviene en una explosión que quema un bosque nativo o en la creación de un nuevo componente químico -v.gr. insecticida- que destruye organismos que sirven de alimento para otros animales, los cuales, a su turno, terminan por perecer.

Para resolver estos casos, la aplicación de la regla de la solidaridad parece ser lo más razonable. En efecto, en lo que a nuestro ordenamiento jurídico respecta,

al perjudicado del evento dañoso en cuestión". Cfr. PANTALEÓN Prieto, Fernando, "Comentario...", cit., pág. 1983.

por aplicación de la norma contenida en el artículo 2317 del Código Civil, *si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito*. En tal sentido, siendo todas las actuaciones de los agentes concurrentes en la producción del daño, nos parece que la aplicación de esta regla resulta plenamente plausible.

Este expediente, por lo demás, parece ajustado a criterios de justicia, en tanto si efectivamente se llegase a comprobar que sin la interacción de uno de los sujetos involucrados el resultado no se hubiere producido, lógico parece que deban todos ellos concurrir a la reparación del mismo.

Empero, es importante mencionar que la solución es cuestionada por alguna doctrina extranjera que afirma que en estos casos no necesariamente el segundo agente causó un daño mayor y más peligroso que el primero, lo que causa distorsiones en la teoría de la responsabilidad solidaria.⁹³³

2.3.2.2. Causalidad complementaria por asociación

Esta hipótesis de causalidad se presenta de una forma semejante a la llamada causalidad complementaria aditiva. En este caso, se trata de la concurrencia de dos o más causas de cuya conjunción surge el resultado dañoso, pero en la que a diferencia de lo que ocurre en la causalidad aditiva, la interrelación de las dos causas tiene como resultado que las mismas se potencian ocasionando que el daño ambiental sea aún mayor.

RUDA GONZÁLEZ lo grafica señalando: "por ejemplo, el daño resulta de la reacción química que se produce cuando dos sustancias que individualmente consideradas son inocuas se potencian recíprocamente y causan un daño. Por

⁹³³ Cfr. CARVALHO LEAL, Virginia DE, ob. cit. pág. 168.

ejemplo se mezclan cianuros y ácidos, de lo que resulta ácido cianhídrico altamente tóxico".⁹³⁴

Este tipo de fenómenos puede presentarse también cuando la "causa" se interrelaciona con otro elemento que actúa como "causa natural" o bien cuando confluyen una causa que en sí misma es totalmente inocua, con otra que no lo es, siendo el efecto sinérgico el potenciamiento que la primera produce en la segunda en términos de aumentar su nocividad.

En este escenario, resulta gravitante ofrecer respuestas sobre qué sujetos deberán responder y sí, especialmente en aquellos casos en que una de las causas es inocua por sí misma, debería también el agente de ella concurrir al resarcimiento del daño ocasionado.

En efecto, dado que, según hemos señalado, las condiciones concurrentes a la producción del perjuicio no son graduables y, en consecuencia, todos los autores de ellas están en principio llamadas a la reparación del daño, se presenta aquí un complejo problema en tanto no parece ajustarse a los fines y funciones de un régimen de responsabilidad -cualquiera sea su naturaleza-, arribar a una solución donde se haga responsable al agente de una causa cien por ciento inocua.

En este punto, creemos que es posible, a nivel jurisprudencial, fundar soluciones que permitan establecer criterios de exclusión de aquellas causas que, no obstante haber colaborado en la producción del daño, no se encuentran *teñidas* de un elemento de antijuridicidad y cuya presencia se produjo en el ejercicio de una actividad lícita (v.gr. como sería el caso de un riego de insecticidas perfectamente ajustado a la normativa aplicable, que sin embargo resultó en la extinción de las plantaciones, debido a que otro sujeto, esta vez en forma ilegal, roció las mismas plantaciones con sustancias tóxicas que en conjunción con el insecticida ocasionaron su muerte).

⁹³⁴ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, Ob. Cit. pág. 356.

Esta solución nos parece perfectamente aplicable en nuestro régimen de responsabilidad por daño medioambiental, desde que el mismo posee un carácter subjetivo, esto es, donde la responsabilidad nace para el sujeto pasivo siempre y cuando se verifique que su comportamiento fue observado con culpa o dolo.

Consecuentemente, en aquellos casos en que el autor de la causa que se estima inocua ajustó su comportamiento plenamente a la legalidad y asimismo no pudo representarse -actuando en forma diligente- un resultado dañino por la interacción de otra causa, la responsabilidad de dicho agente debería ser excluida.

De esta forma, la solución viene ofrecida desde otro ángulo de la responsabilidad, la exclusión de la culpabilidad en el actuar del sujeto, lo cual permite justificar la ausencia de relación causal, utilizando el test de la imputación objetiva.

Así, se permitiría descartar la responsabilidad del autor de la causa inocua que, en conjunto con una que no lo es, ocasiona un daño ambiental, pues el sentenciador siempre podrá excluir la causalidad en aquellos casos en que el elemento normativo presente en ella no se cumple por no contener un factor antijurídico.

En este sentido, es relevante considerar que "...una cosa es determinar si un daño es consecuencia de una determinada actividad -positiva o negativa- cuestión que es puramente de hecho, en la que el Derecho no tiene nada que decir), y otra distinta decidir si ese daño se puede o no imputar jurídicamente a un acto determinado. Por supuesto, para poder realizar esta imputación antes habría que haber determinado que la actuación del sujeto agente es, desde el mero punto de vista físico o material, causa del daño cuyo resarcimiento se está dilucidando. Pero debe quedar claro que nos estamos moviendo en dos campos de naturaleza totalmente diversa: por un lado, el concepto de causalidad propio de la lógica y de las

Ciencias de la Naturaleza, la llamada concepción nomológico-funcional de la causalidad; por otro lado, la imputación al sujeto agente del daño causado".⁹³⁵

En efecto, la relación de causa a efecto que el Derecho aprehende, no es aquella que exige una certidumbre total, una seguridad absoluta: se trata de acreditar una posibilidad cierta, una probabilidad en grado de razonabilidad; a su vez, se dice que sin ánimo de menospreciar la valiosa aportación de los expertos científicos en un proceso de responsabilidad por daños hay que tener presente, por tanto, que la incertidumbre científica no debe conducir a la incertidumbre jurídica.⁹³⁶

En el *common law*, un indicio de esta duplicidad de términos se advierte en los conceptos de *causation*, referido al vínculo material entre acción y daño (*matter of fact*), y *remoteness*, que se refiere a la delimitación jurídica de esa *causation* material.⁹³⁷

Por ello, al considerar las dificultades que importa la prueba de la relación causal en materia medioambiental y, en consecuencia, la necesidad de aplicar criterios particulares y propios -dígase autónomos- de un régimen de responsabilidad por daño ecológico puro independiente de las teorías clásicas del Derecho, es significativo tener presente que la teoría de la causa en Derecho no es una teoría física, sino una teoría moral, pero no en cuanto a que se examina la culpabilidad del agente, sino en cuanto a que se valora su aptitud para poder imputársele el daño ocasionado.

Como afirma DE COSSIO, "ello, en el fondo, implica ya el acudir para llevar a cabo la imputación a criterios distintos del de la mera causalidad, no interesando tanto que el sujeto sea la causa psicofísica del daño como que éste le deba ser

⁹³⁵ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)", en *Anuario de Derecho Civil*, junio-septiembre, (1991), Pág. 1563.

⁹³⁶ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "*Daño Ambiental. El daño ambiental como daño privado*", Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 199, Pág. 113

⁹³⁷ Cfr. MIGUEL PERALES, Carlos DE, ob. cit. Pág. 532.

imputado por cualquier razón de justicia o equidad. Buscamos, por tanto, no ya la causa del daño, sino la razón suficiente de su imputación, un título jurídico que legitime su atribución a un sujeto o patrimonio determinados, por ejemplo, la relación de propiedad con la cosa productora del daño, la de dependencia de la persona causante del mismo en relación con la declarada responsable, el ejercicio de una actividad lícita, aunque creadora de riesgos, el indebido enriquecimiento, el pacto anterior”^{938,939}.

⁹³⁸ Cfr. COSSIO, Alfonso DE, “La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español”, en *Anuario de Derecho Civil*, facsímil III, (1966), págs.528-529.

⁹³⁹ Es importante, en este punto, recordar que, como se ha dicho, “en el Derecho público regulatorio hay muchos supuestos de imputación de daños a personas que no los habían causado. Así, por ejemplo, el art. 27.2 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos [la referencia debe entenderse hecha hoy al artículo 36 de la Ley 22/2011 de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados], dispone que, después de la declaración del suelo contaminado por parte de la Comunidad Autónoma, «[e]starán obligados a realizar las operaciones de limpieza y recuperación [...] los causantes de la contaminación, que cuando sean varios responderán de estas obligaciones de forma solidaria y, subsidiariamente, por este orden, los poseedores de los suelos contaminados y los propietarios no poseedores». Entonces responderán subsidiariamente, por este orden, los poseedores y los propietarios no poseedores de suelos contaminados, aunque no hubieran causado el daño. En resumen: *no sólo se responde por haber causado un daño*”. Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “Causalidad y responsabilidad”, 3ª edición, en *in dret*, disponible en: http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf, pág. 2. Para un estudio más completo de estos otros títulos de imputación en materia ambiental, Vid. GARCÍA AMEZ, Javier, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2015, acápites 3.1 - 3.4 (versión electrónica Proview).

La cita correcta a la normativa en comento en la actualidad es:

Artículo 36. Sujetos responsables de la descontaminación y recuperación de suelos contaminados.

1. Estarán obligados a realizar las operaciones de descontaminación y recuperación reguladas en el artículo anterior, previo requerimiento de las Comunidades Autónomas, los causantes de la contaminación, que cuando sean varios responderán de estas obligaciones de forma solidaria y, subsidiariamente, por este orden, los propietarios de los suelos contaminados y los poseedores de los mismos.

En los supuestos de bienes de dominio público en régimen de concesión, responderán subsidiariamente en defecto del causante o causantes de la contaminación, por este orden, el poseedor y el propietario.

Las obligaciones previstas en este apartado se entienden sin perjuicio de lo establecido en los artículos 54 y 55.

2. Los responsables subsidiarios podrán repercutir el coste de las actuaciones que hubieran llevado a cabo en la recuperación de un suelo declarado contaminado, al causante o causantes de la contaminación.

La recuperación de los costes de descontaminación no podrá exigirse por encima de los niveles de contaminación asociados al uso del suelo en el momento en el que se produjo la contaminación por el causante.

2.3.3. Causalidad alternativa

En los acápites precedentes, hemos analizado los problemas que presenta la causalidad complementaria en sus diversas hipótesis. Por ello, corresponde ahora referirnos a lo que se denomina *causalidad alternativa*, y que se refiere a un problema que, si bien afín, es diverso del que venimos estudiando.

En efecto, aquí nos encontramos en aquellos casos en que, dentro de una pluralidad de posibles autores del daño, no es posible determinar, a ciencia cierta, quién ha sido el autor del mismo. Estamos, en consecuencia, en presencia de *potenciales* autores y responsables del daño ambiental específico, pero no podemos conocer quién, individualmente considerado, debe responder a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

Como señala RUDA: "esto significa que en definitiva el problema de la causalidad alternativa es uno de los de atribución del riesgo derivado de una laguna informativa y que por ende no pueda resolverse mediante una aplicación apresurada de las normas sobre pluralidad de autores de un daño, sean las que sean. La diferencia con este supuesto es que en la causalidad alternativa propiamente dicha se plantea la duda sobre si cabe hacer responder a una persona con respecto a cuya conducta no ha podido establecerse el nexo causal (el llamado *indeterminate defendant* o demandado indeterminado en la doctrina estadounidense sobre *torts*). En el supuesto de pluralidad de causantes el nexo causal existe con respecto a varias personas".⁹⁴⁰

3. Serán responsables solidarios o subsidiarios, de las obligaciones pecuniarias que resulten de esta Ley, los sujetos que se recogen en el artículo 13 de la Ley 26/2007, de 24 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, en los términos que dicho artículo establece.

4. Si las operaciones de descontaminación y recuperación de suelos contaminados fueran a realizarse con financiación pública, sólo se podrán recibir ayudas previo compromiso de que las posibles plusvalías que adquieran los suelos revertirán en la cuantía subvencionada en favor de la Administración pública que haya financiado las citadas ayudas.

⁹⁴⁰ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit. pág. 358.

El problema más complejo que presentan estas situaciones, se vincula, al igual que en los casos de causalidad complementaria, en saber si resulta ajustado a derecho aplicar la regla de la solidaridad -establecida en el artículo 2317 de nuestro Código Civil, según se ha dicho- a todos los potenciales autores del daño, en tanto con esta solución irremediablemente se hará responder -en aplicación del principio de la cifra negra- a quien no lo ocasionó, generando las inconsistencias que analizábamos más arriba.

Así, nos enfrentamos a una situación donde colisionan dos intereses jurídicamente tutelados, por un lado, la pretensión que el medio ambiente no quede sin la reparación del daño que ha sufrido y por otra, la protección que significa para todo individuo no ser condenado por un daño que no ocasionó. LARROUMET, comentando una solución como esta, afirma que parece aberrante, por cuanto "se exige que se hagan cargo de un daño ecológico personas cuya actividad no es seguro que lo hayan causado".⁹⁴¹

Para este tipo de casos, nos parece que resulta posible sostener que, a través de una aplicación jurisprudencial de la regla de presunciones, correspondería al sujeto activo de la acción acreditar que los sujetos pasivos han sido *potencialmente* los creadores del daño, correspondiéndoles luego a ellos desvirtuar que no lo han hecho, siendo en consecuencia responsables del perjuicio aquel o aquellos que no logran tal cometido. Esta solución puede sustentarse en un factor de atribución por riesgo creado, tomando como método de análisis del factor causal la teoría de la *imputación objetiva*.

Asimismo, y tratándose de casos en que resulta aplicable la presunción de responsabilidad establecida en el artículo 52 de la LBGMA⁹⁴², entendemos, según desarrollamos en su oportunidad, que ésta se extiende al vínculo causal, siendo en

⁹⁴¹ Cfr. LARROUMET, Christian, *Responsabilidad civil contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 114.

⁹⁴² Que recordemos se refiere, básicamente, a la infracción de normas legales o reglamentarias de protección ambiental.

consecuencia plenamente aplicable en situaciones donde existan pluralidad de potenciales agentes causantes del daño.⁹⁴³

Como se advierte, la solución encuentra sustento en que la realización de una actividad antijurídica, constituye, cuando menos, un incremento del riesgo creado. Así, frente a la colisión de intereses jurídicos que anotábamos más arriba (derecho-deber a que el medio ambiente sea reparado *versus* derecho a no ser condenado por un daño que no se ocasionó) parece ajustarse mejor con los fines y funciones de la responsabilidad por daño ambiental, así como con el ordenamiento jurídico, que se opte por tutelar a quien ajustó su actuar a derecho en desmedro de quién no lo hizo, cuestión que también viene impuesta por los principios *preventivo* y *precautorio*.

En Derecho comparado se ha señalado que "estas dos teorías de participación en el mercado y de causalidad alternativa parecen más justificables en la práctica que las anteriores, por cuanto hacen prevalecer el interés de la víctima ante el de los posibles sujetos agentes cuando la propia naturaleza de los hechos imposibilita a la víctima la adecuada prueba del nexo causal. En todo caso, a diferencia del anterior, se hace solidariamente responsable a todos los posibles sujetos agentes demandados, con lo que se refuerza considerablemente la protección a la víctima".⁹⁴⁴

En Argentina existe un interesante antecedente jurisprudencial que señaló, en una causa por daño ambiental, "que aun cuando se acepte *in abstracto* que otros establecimientos industriales de la zona concurren a contaminar el medio

⁹⁴³ Vid. supra (apartados 2.2.3; y 2.2.3.2; (b), de este capítulo).

⁹⁴⁴ Cfr. MIGUEL PERALES, Carlos DE, *Derecho Español de...*, cit., pág. 535. Una vez más debemos señalar que, sin perjuicio de compartir el fondo del postulado del profesor DE MIGUEL, es necesario recordar que incurre en un error, a nuestro juicio, por cuanto él se sitúa en la posición que existe una *víctima* del daño ambiental, en circunstancias tales que quien sufre el daño es, precisamente, el medio ambiente, y por lo tanto no existe una víctima en los términos del Derecho civil. Consecuentemente, en el caso de la responsabilidad por daño ambiental -y no por los daños civiles derivados de éste- lo que se refuerza es la posición del sujeto activo de la acción de reparación ambiental, quien tiene la tutela de la defensa del medio ambiente, y que en el caso chileno serán, por antonomasia, el Consejo de Defensa del Estado o las Municipalidades.

ambiente en modo similar a la demandada, ello nos situaría ante un claro supuesto de causalidad acumulativa o concurrente con el alcance de atribuir a todos y cada uno el resultado final, o bien, de responsabilidad colectiva, anónima o de grupos, en que se llega a idéntico resultado imputativo, cuando el autor del daño que guarda relación causal con la actividad de cualquiera de los integrantes del grupo, queda sin individualizar, y el imputado no prueba que él, pese a desplegar o participar de dicha actividad, no causó el daño”.⁹⁴⁵

En España en tanto, la sentencia *STS civ- de 28 de junio de 1979, ar. 2553*, señala, en relación al nexo causal, que en los casos que existen varias fuentes de inmisión equivalentes y cualquiera de ellas es apta para producir daño, se estima por la corresponsabilidad de los inminentes, aunque el agente sea desconocido por imposibilidad de probarse qué inmisión en concreto fue la causante del daño.⁹⁴⁶

No resulta baladí, llegados a este punto, mencionar que creemos que en aquellos casos en que se logre certeza respecto de al menos uno de los potenciales causantes del daño, será éste quien deba responder de la totalidad del mismo.

2.3.4. Causalidad hipotética

Cuando hablamos de causalidad hipotética, nos referimos a aquellos casos en que el sujeto pasivo de la respectiva acción arguye en su defensa que, con prescindencia de su acción -u omisión-, el resultado dañoso igualmente se habría producido por efecto de una causa distinta.⁹⁴⁷

⁹⁴⁵ C.Civ. y Com. 1º, sala III, La Plata, B 203484, RSD-38-91 S, 23/4/1991, juez Roncoroni, carátula: “Villar v. FEVI S.A. s/daños y perjuicios”, mag. Votantes: Roncoronim Dammeyer, en JUBA. B 200151.

⁹⁴⁶ Cfr. CORDERO LOBATO, Encarna, ob. cit. pág. 447.

⁹⁴⁷ Para un estudio en profundidad sobre el particular, Vid. INFANTE RUIZ, Francisco, *La responsabilidad por daños. Nexos de causalidad y causas hipotéticas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 17 y ss.; y GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008, págs. 68 y ss.

Se trata, en consecuencia, de situaciones en que, verbigracia, una empresa ha vertido petróleo en las costas de una ciudad, donde, por ejemplo, al día siguiente hubo un tsunami que hizo desaparecer la fauna acuática del lugar.

Aquí, a diferencia de lo que ocurre en la causalidad alternativa, no se trata de situaciones donde varias causas pueden *potencialmente* ser idóneas para producir el daño, sino de situaciones donde no cabe duda que dichas causas lo son, pero no se sabe cuál de éstas finalmente fue la que lo ocasionó. En tal sentido, "no se trata de una situación de incertidumbre causal, sino propiamente de un problema de existencia o no de daño".⁹⁴⁸

Frente a este problema, si se considera la cuestión desde el punto de vista del daño, resulta decisivo cómo se defina el daño ecológico puro. Si se entiende como una diferencia en el valor de un patrimonio, las causas hipotéticas se deberán tener en cuenta.

Si en cambio se acoge, como se ha sugerido, una concepción real -concreta- del daño, pues el daño ecológico puro carece de carácter patrimonial por norma general, las causas hipotéticas no importarán. Por tanto, el causante real respondería, no así el hipotético, pues no causó daño alguno. La ventaja de este planteamiento parece que es que evita especulaciones sobre la situación hipotética que habría existido si el causante real no hubiese causado el daño.⁹⁴⁹

Por su parte, PANTALEÓN justifica en estos casos la aplicación de la regla de la solidaridad, afirmando que "el autor de la causa real responderá por haber impedido

⁹⁴⁸ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Del concepto de daño hacia una teoría general del derecho de daños*, Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho, [iné dita], Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1981, pág. 24.

⁹⁴⁹ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit. pág. 368.

con su conducta que, del evento dañoso en cuestión, naciera un crédito indemnizatorio a favor del dañado frente al autor de la causa hipotética”.⁹⁵⁰

⁹⁵⁰ Cfr. PANTALEÓN Prieto, Fernando, “Comentarios...”, cit., pág. 1983. En un sentido similar, HONORÉ afirma “la primera solución consiste en sostener que hay una causa de acción en responsabilidad extracontractual cuando mediante una acción ilícita se priva a otra persona de una reparación en el ámbito de la responsabilidad extracontractual que de otra forma habría estado disponible para ella”. Cfr. HONORÉ, Tony, ob. cit., pág. 1091.

CAPÍTULO SÉPTIMO

INCIDENCIA EN LA CULPA O DOLO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN LA LBGMA

1. Nociones generales sobre los regímenes de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva o estricta

Creemos que para los efectos de nuestro análisis, atendida la importancia que posee esta cuestión en materia de responsabilidad por daño ambiental, es necesario dar cuenta de la clasificación o tipología de la responsabilidad que permite distinguir entre: (i) responsabilidad por *culpa* o *subjetiva*⁹⁵¹ y (ii) responsabilidad *objetiva*, *estricta* o por *riesgo creado*.⁹⁵²

En efecto, tratándose de categorías a las cuales -por la propia naturaleza y evolución de la responsabilidad por daño ambiental- hemos hecho y haremos

⁹⁵¹ BARROS BOURIE crítica la denominación "*subjetiva*", expresando a los efectos: "la responsabilidad por culpa supone una valoración de la conducta del demandado, porque la obligación de reparar el daño causado sólo nace si aquel no ha observado un estándar de conducta debida. Esta exigencia suele llevar al error acerca de la naturaleza de la responsabilidad. Se acostumbra decir que la responsabilidad por culpa es *subjetiva*, en oposición a la responsabilidad estricta u objetiva. Lo cierto, sin embargo, es que desde el derecho romano el *juicio acerca de la culpa civil es objetivo*, en el sentido de que no atiende a las peculiares circunstancias personales del autor del daño, sino a la conducta que de éste puede esperarse según las circunstancias en que se encontraba. Por lo mismo, la calificación de la conducta como negligente no constituye un juicio de reproche moral a la persona del demandado. La responsabilidad por culpa, como también la estricta, exige que el hecho sea imputable subjetivamente como *su* hecho al demandado; por eso, es condición de la responsabilidad civil que el demandante sea capaz y que la acción pueda ser calificada de libre, en el sentido más elemental de que esté bajo su control. Pero allí se agota el aspecto subjetivo de la responsabilidad, porque el juicio jurídico de culpabilidad atiende a la conducta externa, que es valorada según un patrón objetivo del conducta debida". Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., págs. 28-29.

⁹⁵² En Derecho europeo, hoy se plantea por parte de un sector de la doctrina la construcción de un sistema con tres criterios o títulos de imputación diversos: (i) el *subjetivo*; (ii) el *objetivo*; y (iii) aquel que denominan -siguiendo el sistema de responsabilidad propuesto en los PETL- *responsabilidad por los auxiliares*, el cual englobaría lo que se conoce como *responsabilidad por el hecho ajeno*". Vid. *European Group of Tort Law, "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil"*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, pág. 50; Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando L., "Los sistemas de responsabilidad...", cit., pág. 266.

reiteradas menciones a lo largo de este trabajo, merece la pena exponer, aunque sea nuevamente en sus líneas más elementales, en qué consisten uno y otro sistema de responsabilidad.⁹⁵³

Esta materia, además, se encuentra en estrecha relación con la cuestión del fundamento de la responsabilidad -como temática de la teoría del derecho-, por cuanto planteado dicho problema, la pregunta que se debe resolver es ¿por qué motivo está obligado a reparar un daño quien lo ha causado?

Al respecto, como expresa DE ÁNGEL YAGÜEZ, en teoría se pueden plantear dos soluciones diferentes: (i) en primer lugar, es posible aseverar que el autor del daño debe responder porque éste se ha ocasionado por su culpa. Porque se ha comportado en forma negligente realizando una actividad imprudente o por no haber actuado debiendo hacerlo por imponérselo un deber legal. Estamos aquí frente a un sistema de responsabilidad *subjetiva*; y (ii) en segundo lugar, será posible afirmar que un sujeto debe responder, con prescindencia de su actuar culposo, simplemente por haber ocasionado el daño, por haber creado un riesgo que devino en él. Es esta una hipótesis de responsabilidad *objetiva*.⁹⁵⁴

1.1. Responsabilidad por culpa

Se ha dicho que uno de los problemas fundamentales que debe resolver todo ordenamiento sobre responsabilidad reside en la contradicción que existe entre la protección de los bienes y derechos de una persona y la libertad de comportamiento, siendo necesario, desde esa perspectiva, que quien pretende el resarcimiento del daño que otro le ha inferido encuentre una razón suficiente que legitime su

⁹⁵³ Para una crítica sobre la existencia de una tan clara distinción de ambas categorías en el Derecho de daños actual, Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo, GAROUPA, Nuno y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, "El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva", en *InDret*, disponible en http://www.indret.com/pdf/309_es.pdf.

⁹⁵⁴ Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo DE, ob. cit. pág. 53.

pretensión. Así, dicha razón suficiente ha sido desde antiguo el *principio de la culpa*.⁹⁵⁵

En tal sentido, el régimen de responsabilidad subjetiva o por culpa es aquel en virtud del cual para poder atribuir a un sujeto los efectos de un hecho dañoso, es necesario que le sea imputable dolo o culpa en su actuación.

No basta entonces con la existencia del hecho (acción u omisión), la relación de causalidad y el daño, sino, antes bien, es imperativo que concurra en la conducta del victimario un elemento volitivo⁹⁵⁶ constituido precisamente por su intención positiva de dañar (dolo) o por un comportamiento negligente en comparación a aquel que habría observado un hombre medio en circunstancias similares (culpa).⁹⁵⁷

Planteada la cuestión en otros términos, como afirma CASTÁN TOBEÑAS, "para que haya obligación de indemnizar un daño es preciso que sea éste atribuible al agente, bien porque tuviera la intención de causarlo o bien porque pudiendo, y debiendo preverlo, no lo previó por negligencia inexcusable".⁹⁵⁸

⁹⁵⁵ Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando L., "Los sistemas de responsabilidad...", cit., pág. 265.

⁹⁵⁶ De esta forma, la imputabilidad por culpa incluye una capacidad por parte del sujeto para comprender la antijuridicidad «lo injusto», «lo ilícito» de su conducta y la posibilidad de actuar en consecuencia, es decir, de evitarla; en la base de la imputación está el principio de que tal violación al ordenamiento hubiera podido evitarse con un comportamiento ajustado a las normas y al infractor se le imputa tal incumplimiento y se le imponen las consecuencias del mismo porque con una conducta adecuada se hubiera podido respetar la norma general del comportamiento. Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, ob. cit., pág. 37. En este mismo sentido, Vid. IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de...*, cit., pág. 229.

⁹⁵⁷ Al respecto ESPÍN CÁNOVAS indicaba en su clásico manual de Derecho civil español: "tradicionalmente, la culpa, se ha estimado consistía en la omisión de la diligencia debida, dando lugar a una graduación de la culpa según la diligencia exigible. Pero esta teoría romanista de los grados de la culpa es más aplicable a la culpa contractual en que el vínculo del contrato permite precisar la diligencia mayor o mejor que fuese exigible. En la culpa extracontractual, sin una regla que marque la debida diligencia, hay que referirse a la conducta del hombre medio, prudente y diligente, el *bonus pater familias*, con cuyo patrón abstracto hay que medir toda conducta ilícita y dañosa para poder afirmar si existió culpa en el agente". Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, 5ª edición, vol. 3, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 487.

⁹⁵⁸ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 7ª edición, tomo IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, pág. 785. DíEZ-PICAZO formula una crítica a esta tradicional definición

En palabras sencillas, el criterio de imputación subjetivo o por culpa, como se ha dicho, se caracteriza por atribuir el daño al sujeto que se ha comportado de una forma que el Derecho reprueba. La culpa o culpabilidad, como criterio de imputación, persigue la constatación de que el sujeto se ha comportado de forma jurídicamente reprochable.⁹⁵⁹ De tal suerte que una sucinta, pero elocuente definición, expresaría que la culpa es la omisión, sin ánimo de dañar, de la diligencia exigible.

La culpa ha sido el criterio de imputación tradicional desde que el derecho romano de la época clásica emprendió un proceso de subjetivación del derecho histórico, sustentado en la imputación causal típica⁹⁶⁰, que desembocó en la *Lex aquilia de danno iniuria datum*.⁹⁶¹ Así, se ha afirmado reiteradamente que la doctrina jurídica tradicional se ha encontrado, en esta materia, totalmente dominada por el concepto de culpa.⁹⁶²

Esta es la idea-base que subyace en todos los códigos civiles europeos decimonónicos. Y la relevancia que esta tesis adquiere en el campo jurídico debe sus razones al contexto social en el cual se desarrolló la codificación moderna, esto es, inserta en una filosofía liberal antropocéntrica, que vería con repugnancia la posibilidad de que un individuo sea considerado responsable de un daño que no fue fruto de su libre actuación.⁹⁶³

señalando que "... Por lo demás, definir la culpa como negligencia inexcusable parece una clara petición de principio". Cfr. Díez-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 352.

⁹⁵⁹ Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando L., ob. cit., pág. 266.

⁹⁶⁰ Para un completo estudio de la evolución de la *culpa* como elemento de la responsabilidad civil, Vid. AEDO BARRENA, Cristian, *Culpa aquiliana: una conjunción de aspectos históricos, filosóficos y dogmáticos*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, [inérita], Universidad de Deusto, 2010; Y para un estudio estricto en el Derecho romano, Vid. CANNATA, Carlos Augusto, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Librería Editrice Torre Catania, Catania, 1996.

⁹⁶¹ Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando L., ob. cit., pág. 296.

⁹⁶² Por todos, Vid. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo DE, ob. cit. págs. 52-60.

⁹⁶³ *Ibidem*, pág. 53.

1.2. Responsabilidad objetiva o estricta

Se ha dicho con acierto que "la concepción que acabamos de describir no ha podido mantenerse intacta hasta nuestros días. En efecto, ya a fines del siglo pasado se hicieron notar las limitaciones propias de la responsabilidad exclusivamente basada en la culpa. Por un lado, el considerable desarrollo del maquinismo, fenómeno suficientemente conocido, verdadero signo de nuestro tiempo y fuente inagotable de riesgos y siniestros. Por otro, la irrupción de una mentalidad colectiva más identificada con el designio de indemnizar a las víctimas de los daños que con el de observar cuidadosamente la culpabilidad de quien los produce".^{964,965}

En tal escenario mana el sistema objetivo o estricto de responsabilidad, que se refiere, en su versión más pura, a aquellos regímenes donde la responsabilidad surge ante la sola actuación del autor del daño, siempre y cuando se verifique entre ésta y el mentado perjuicio una relación de causalidad que los ligue, de tal suerte que se prescinde completamente de la motivación interna del causante del daño.

Se debe observar, en todo caso, que no se trata de simples hipótesis de responsabilidad donde se elimina la culpa, "sino que en su seno se dan cita distintos tipos de responsabilidad que obedeciendo a un denominador común (la no exigencia de culpa en la conducta del responsable), contienen cada uno de ellos una serie de elementos diferenciales. De este modo, la responsabilidad sin culpa constituye el

⁹⁶⁴ *Ibidem*, pág. 54.

⁹⁶⁵ En tal sentido, se afirma que: "en su dimensión normativa, debe subrayarse que la primera ley especial que toma en consideración esas profundas transformaciones socioeconómicas, rompiendo con el tradicional principio de la culpa, se promulgó para un sector de la actividad económica en el que los elementos de riesgo se presentaban con toda nitidez: el de los ferrocarriles. Se trató de la Ley Prusiana sobre el transporte ferroviario de 30 de noviembre de 1838 («*Preußisches Eisenbahngesetz*»), en cuyo § 25 se instituía una verdadera responsabilidad por riesgo («*Gefahrungshaftung*») de la sociedad ferroviaria, tanto si la víctima era una persona transportada, como si era un tercero ajeno al transporte. Más tarde, un sistema similar fue acogido por la Ley alemana relativa a la obligación de indemnizar en los casos de heridas o muertes producidas por la explotación de los ferrocarriles, minas, etc., de 7 de junio de 1971, en la que se prescinde de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad para los casos de daños corporales". Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando L., *ob. cit.*, pág. 274.

centro de gravedad sobre el que orbitan diversas manifestaciones que, perteneciendo a la misma familia, difieren entre sí".^{966,967}

De esta manera, el fundamento de la responsabilidad descansa ya no en el actuar reprochable del autor del daño, sino, precisamente, en el daño que se causa. Aquí, el factor de imputación estará dado por el riesgo creado por una determinada actividad⁹⁶⁸, lo que supone hacer responder por los perjuicios a quien se ha beneficiado con la creación de ese concreto riesgo (*ubi emolumentum ibi est onus esse debet*).⁹⁶⁹

⁹⁶⁶ Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando L., ob. cit., pág. 308.

⁹⁶⁷ ATIYAH afirma que la responsabilidad objetiva no es una única alternativa a la responsabilidad por culpa, sino un conjunto de alternativas. Vid. ATIYAH, P.S., *Accidents, compensation and the Law*, 3rd edition, Littlehampton Book Services Ltd., Londres, 1980, pág. 168. En lo que respecta a los criterios para determinar, dentro de las diversas manifestaciones señaladas, cuando se está en presencia de una *responsabilidad objetiva*, PALMER señala los siguientes: (i) la prohibición inflexible de reprimir un resultado dañoso; (ii) una causalidad simplificada que se circunscribe sólo al elemento fáctico; (iii) una reducción del número y alcance de los medios de defensa. Vid. PALMER, Vernon, "Trois principes de la responsabilité sans faute", en *RIDC*, vol. 39, N° 4, oct-dic, (1987), págs. 825 y ss.

⁹⁶⁸ Sin embargo, en sus primeras formulaciones, la teoría de la responsabilidad objetiva no residía fundamentalmente en el hecho de que se tratara de una actividad de riesgo sino en la situación en que se encontraban cada una de las partes en relación a la complejidad para la obtención de las pruebas sobre la forma y circunstancias en que ocurrió el hecho dañoso. Así, la posición del perjudicado es mucho menos favorable que la del empresario, por lo que éste debe responder siempre que el hecho haya ocurrido dentro de la esfera de su actividad. Para un estudio sobre los orígenes de la responsabilidad objetiva, Vid. EXNER, Adolfo, *De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y en el actual*, trad. Emilio Miñana y Villagrasa, Librería General de Victorino Suárez, Madrid, 1905.

⁹⁶⁹ En palabras de PACCHIONI, "donde la actividad esté dirigida a obtener un incremento del patrimonio del agente y, para la obtención de tal fin, dicho agente deba, sin su culpa, inferir daños a terceros. Consecuentemente, si un hombre realiza una actividad con la finalidad de lucro, y dicha actividad excede la esfera de la actividad puramente bilógica, debe sufrir las desventajas y resarcir los daños inferidos a terceros, aunque éstos se hayan provocado sin su culpa". Cfr. PACCHIONI, Giovanni, *Diritto Civile Italiano. Parte seconda. Dei delitti e quasi delitti*, vol. IV, Padua, 1940, págs. 211 y ss.

Esta visión, en todo caso, no ha estado exenta de críticas y así, por ejemplo, MAZEAUD, TUNC Y CAPITANT indicaron en su *Traité* que la idea del provecho-riesgo "puede explicar la responsabilidad por el hecho de las cosas y ciertos casos de responsabilidad por hecho de otro, como la de los comerciantes e industriales, jefes de una «explotación», pero no tiene valor en otros campos: el criterio propuesto no puede jugar ni en materia de responsabilidad por el hecho personal, ni cuando el acto dañoso haya sido causado por una persona que no dirija empresa alguna. En una palabra, la tesis del beneficio restringe considerablemente el campo de aplicación de la teoría del riesgo: sólo son responsables sin haber incurrido en culpa aquellos que obtienen provecho de una «explotación»". Cfr.

En el estado actual del arte y en atención a la profunda evolución que ha tenido el mercado de los seguros de responsabilidad civil, esta idea de *riesgo-provecho* se ha visto morigerada, pudiendo encontrar el fundamento de los sistemas de responsabilidad objetiva más bien en la idea de distribución social de los riesgos.⁹⁷⁰

A los efectos afirma BONET CORREA: "el desarrollo y la explotación de la técnica moderna contribuye al bienestar económico de la persona; por otra exige la contribución de sus víctimas. En definitiva, frente a las inseguridades que aparecen en la vida actual, se intenta la implantación de un sistema de seguridad que trata de conseguir una exigencia de nivelación entre el que disfruta los bienes (especialmente técnicos, que producen fuerza motriz) y quien es objeto de un daño por parte de ellos; de este modo, los daños ocurridos a consecuencia del riesgo que crean los ingenios modernos (ferrocarril, automóvil, avión, energía eléctrica, nuclear, etc.) deben ser reparados bajo este principio que tiende a una mejor distribución social de las cargas, por suponer un riesgo que alcanza a la comunidad y trata de implantar una más equitativa justicia distributiva".⁹⁷¹

MAZEAUD, Henri *et al*, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, tomo II, 6e edición, Montchrestien, París, 1970, pág. 438.

⁹⁷⁰ Fuertemente crítico de esta posición es PANTALEÓN, para quien los sistemas de responsabilidad objetivos son perfectamente justificables desde una perspectiva de la justicia conmutativa "porque lo es, en efecto, que a quien se le permite explotar en su beneficio una de esas actividades que, aun con la adopción de todas las posibles medidas de precaución económicamente justificadas, son extraordinariamente peligrosas y, pese a ello, no se prohíben en razón de su elevada utilidad social y carencia de actividades sustitutorias, se le obligue a sufragar los daños típicos que cause. Que a quien se le permite usufructuar tan anormal porción de *stock* de riesgos a disposición y cargo del conjunto de los ciudadanos, se le haga pechar con los daños a los demás que sean realización típica de esa porción de riesgos". Cfr. PANTALEÓN, Fernando, "Como repensar la responsabilidad...", cit., pág. 177. En un sentido similar, Vid. HONORÉ, Tony, "Responsability and luck: The Moral Basic of Strict Liability", en *Law Quarterly Review*, Nº 104, (1988), pág. 537, 541 - 542 y 546.

⁹⁷¹ Cfr. BONET CORREA, José, *La responsabilidad en el derecho aéreo*, CSIC, Madrid, 1963, págs. 25 y ss. Para DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, esta función distributiva tampoco sirve como fundamento de la responsabilidad objetiva. En tal sentido afirma: "Por otra parte, podría pensarse, por último, que se realiza una política redistributiva por la vía de la responsabilidad objetiva, pero este es un argumento al que hay que formular muy serios reparos, porque nunca está demostrado que los demandantes de los daños sean la mejor vía por la que se produzca una mejor redistribución; porque nunca estará

Bajo este prisma, se ha señalado que el empresario deberá asumir el costo del daño ya no porque haya sido él quien generó el riesgo que devino en el perjuicio, sino, antes bien, por ser quien se encuentra en la mejor posición económica de asumirlo⁹⁷², esto es, la política de *richesse oblige, assurance oblige*.

En cualquier caso, también ha sido criticada esta visión, al indicarse "que ya no estaríamos en presencia de sistemas de responsabilidad sino única y exclusivamente de sistemas que buscan a la persona adecuada que pueda hacerse cargo de la indemnización, al margen de cualquier criterio de responsabilidad. Pero si ésta es toda la finalidad que persigue el establecimiento de un sistema responsabilidad objetiva ¿por qué no imponer el seguro directo de forma que cada ciudadano se asegure contra los daños que pueda sufrir?: sería sin duda más económico y menos costoso (se evitan entre otras cosas los largos procesos judiciales de establecimiento de responsabilidad civil)".⁹⁷³

Para concluir esta introducción, pensamos que tal vez lleve razón un autor al afirmar que "a diferencia de lo que ocurre con el sistema de responsabilidad por culpa, los regímenes objetivos no son reconducibles a un único principio jurídico nuclear. Por el contrario, este tipo de regímenes de Derecho de daños emplea distintos criterios de imputación".⁹⁷⁴ Por ello, se afirma que en realidad la expresión responsabilidad objetiva es una denominación genérica para referirse a cualquier régimen de responsabilidad que prescinde de la culpa para imputar o asignar el daño al sujeto responsable.⁹⁷⁵

demostrado que sin ella no se podría haber encontrado otra forma mejor de redistribuir y porque o son los tribunales de justicia los mejores administradores de las políticas de redistribución de rentas". Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "Responsabilidad Civil Ambiental", en VV.AA., *La Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa*, Ecoiuris, Madrid, 2003, pág. 158.

⁹⁷² Vid. JOSSERAND, Louis, "*Les transports en service intérieur et en service international*", 2e édition, Rosseau, París, 1926, págs. 116 y ss.

⁹⁷³ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "Responsabilidad Civil Ambiental...", cit., pág. 153.

⁹⁷⁴ Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando L., ob. cit., pág. 267.

⁹⁷⁵ *Ibidem*, 266.

2. La exigencia de culpa o dolo en la responsabilidad por daño ambiental regulada en la LBGMA

Expuesta en sus líneas más elementales la operatoria de los sistemas subjetivos y objetivos de responsabilidad, y dando paso al análisis de los problemas que sobre el particular importa estudiar en lo que respecta a nuestra investigación, es interesante destacar que un primer antecedente que fluye de la lectura de los artículos 3 y 51 de la LBGMA, es que el régimen ordinario de responsabilidad aplicable al daño ambiental en ese cuerpo legal es de carácter subjetivo.

En efecto, el artículo 3 de la ley dispone:

"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".⁹⁷⁶

Mientras que el artículo 51 expresa:

"Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad con la presente ley".

En tal sentido, nos parece un error que se haya afirmado en la doctrina nacional: "...señalaremos que el sistema de responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental en la LBMA se ubica a medio camino entre el régimen de responsabilidad objetiva ... y el de responsabilidad subjetiva... todo ello, por cuanto fija algunas reglas que lo acercan a ambos extremos, como ocurre con la legitimación activa (no sólo puede deducir la acción reparatoria el directamente

⁹⁷⁶ A propósito de la redacción del artículo 3, la referencia que efectúa en su primera parte a "la" ley, en relación con las infracciones, debe ser entendida hecha hoy a la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, creada por el artículo 2 de la Ley N° 20.417, la cual, precisamente establece en su articulado un catálogo de infracciones ambientales y sanciones asociadas a ellas.

afectado, sino además las municipalidades y el Consejo de Defensa del Estado), con la presunción de responsabilidad (imputable a quien haya vulnerado determinadas normas) y con las reglas de sobre prescripción (esto es, el tiempo que considera la ley dentro del cual se puede interponer las acciones judiciales correspondientes".⁹⁷⁷

Nos parece que es un error, esencialmente, por dos motivos:

En primer lugar porque el sistema no se ubica a medio camino de un régimen subjetivo y objetivo de responsabilidad, es simple, lisa y llanamente un régimen *subjetivo* o de *responsabilidad por culpa*, como se advierte claramente de la lectura de los artículos 3 y 51 de la LBGMA.

Y en segundo lugar, porque las normas especiales de legitimación activa y prescripción nada tienen que ver con los factores subjetivos de imputación de un régimen de responsabilidad y, en consecuencia, en nada objetivan el régimen.

Una cuestión diversa y en las que sí se debe reparar a nuestro juicio, es que las particularidades que se señalan por el autor, especialmente la legitimación activa, permiten advertir un distanciamiento con el régimen civil y en tal sentido una cierta *publicación* del régimen que permite situarlo en medio del Derecho público y el Derecho privado.

Finalmente, sí se debe reconocer que la *presunción de responsabilidad* del artículo 52 es un expediente objetivador del régimen, en cuanto permite, ante determinadas infracciones e incumplimientos del agente contaminante, prescindir su culpabilidad.

En este estado de cosas, pensamos que la circunstancia de tratarse de un régimen subjetivo de responsabilidad ha dado origen a uno de los principales

⁹⁷⁷ Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *Derecho Ambiental...*, cit., pág. 178.

problemas que se han pretendido comprobar y resolver a lo largo de este trabajo, esto es, que no resulta efectivo afirmar que el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA sea un régimen de responsabilidad civil extracontractual (o que lo sea exclusivamente) y que por ello, la forma en que se debe analizar y determinar la presencia de los presupuestos de la responsabilidad por daño ambiental sea a la luz del Derecho civil.⁹⁷⁸

Por el contrario, la interpretación, a la luz de los principios del Derecho ambiental, de las normas de la LBGMA correspondientes a la responsabilidad por daño ambiental, daría cuenta de que estamos en presencia de un régimen especial y autónomo, de naturaleza mixta si se quiere, esto es, según se ha dicho, un verdadero *tertium genus* entre el Derecho público y el Derecho privado.

En efecto, como hemos tenido oportunidad de explicar a lo largo de este trabajo, en virtud de las especiales características del bien jurídico que pretende proteger la legislación medioambiental, resulta plausible, cuando menos, formular una inquietud sobre si su visión o concepción exclusivamente civil, requiere de reinterpretaciones o modificaciones que permitan arribar al establecimiento de un régimen de responsabilidad por daño medioambiental especial y autónomo.

En ese sentido, es posible afirmar que la circunstancia de que la responsabilidad por daño ambiental regulada en la LBGMA corresponda a un régimen subjetivo, exigiéndose la presencia de culpa o dolo en el obrar del sujeto que ocasionó el daño para poder compelerlo a su reparación, no constituiría un

⁹⁷⁸ Como ha sido interpretado por parte importante de nuestra doctrina y por la jurisprudencia. Vid. VIDAL OLIVARES, Álvaro, ob. cit., pág. 191; Así también BARROS BOURIE, Enrique, "Responsabilidad Civil...", cit., pág. 50; ASTORGA JORQUERA, Eduardo, *Derecho Ambiental...*, cit., 2012, pág.345; GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *Derecho Ambiental...*, cit., págs. 177 y ss.

En idéntico sentido, aunque crítico en cuanto a la posibilidad de que el Derecho civil sea una herramienta eficaz de tutela del medio ambiente, BANFI, al expresar "en Chile la responsabilidad civil por daño ambiental -regulada en la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente- se asienta en la culpa probada del CC". Cfr. BANFI DEL RÍO, Cristian, ob. cit., pág. 30. Es también la visión de MUÑOZ VALENZUELA, Macarena, "El Principio quien contamina...", cit., pág. 11.

indicativo que permita afirmar que los elementos de dicha responsabilidad deban ser analizados y determinada su presencia en clave civil.

De esta forma, el análisis de las normas que rigen la materia daría cuenta de que no existe en nuestro Derecho una justificación de Derecho positivo -ya hemos hablado del verdadero rol de la remisión que efectúa el artículo 51 de la LBGMA a las normas del Código Civil⁹⁷⁹- ni fundamentos teóricos dogmáticos que permitieran afirmar que los presupuestos de la responsabilidad por daño ambiental establecidos en la LBGMA deban ser analizados exclusivamente y siempre según el Derecho civil por tratarse de un régimen subjetivo de responsabilidad.

En efecto, la exigencia de un elemento subjetivo en el comportamiento del individuo para atribuirle responsabilidad, no es una reclamación exclusiva del régimen de responsabilidad civil, desde que es posible advertirla en regímenes de responsabilidad propios del Derecho público, como lo es, por ejemplo, el de Derecho administrativo sancionador.⁹⁸⁰ Así también, porque existen regímenes especiales de responsabilidad civil que consagran un modelo de responsabilidad estricta u objetiva.⁹⁸¹

Otro antecedente que demostraría que la subjetividad del régimen no permitiría afirmar su exclusiva naturaleza civil, se vincula a que el motivo histórico por el cual nuestro régimen de responsabilidad por daño ambiental es de carácter subjetivo, se debe a que al tiempo de la discusión de la LBGMA primó el criterio de aplicar -lo que, a nuestro juicio erradamente, se denominó en Chile como- "la

⁹⁷⁹ Vid. supra (capítulo cuarto; 2).

⁹⁸⁰ En tal sentido, esta exigencia también se impone a la Autoridad administrativa para que pueda aplicar una sanción a un sujeto infractor de la normativa ambiental, caso en el cual nadie postularía que dicha culpabilidad deba ser apreciada conforme a las normas que sobre la materia proporciona el código civil, o peor aún, que la determinación y presencia de los requisitos de la responsabilidad infraccional deba ser apreciada conforme a los criterios del Derecho civil. Por el contrario, la posición doctrinaria y jurisprudencial unánime es que ésta debe ser justipreciada conforma a los criterios de otra rama del Derecho público, el Derecho penal.

⁹⁸¹ Sobre el particular, Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil...*, cit., 218-221.

gradualidad" y *"el realismo"*^{982,983}, y que llevó a los legisladores a optar por un sistema acorde a la tradición jurídica arraigada en nuestro país, la que sólo excepcionalmente conocía regímenes que siguieran un modelo de responsabilidad estricta.⁹⁸⁴

A modo de ejemplo, se puede indicar que al tenor de dicha discusión se señaló:

*"En efecto, una de las disyuntivas presentes en el momento de su elaboración fue la de optar por el sistema de responsabilidad "objetiva", el cual no exige la concurrencia de culpa o dolo como elemento de dicha responsabilidad, o bien por el de la responsabilidad subjetiva, que sí exige su concurrencia. Atendido el hecho de estar fuertemente arraigado en nuestra realidad, en nuestra cultura jurídica el elemento subjetivo -dolo o culpa-, se estimó en el Senado que un avance gradual hacia un sistema general de responsabilidad sin culpa u objetiva aconsejaba, en una primera fase, seguir con el modelo tradicional, pero acercándose en sus efectos al modelo objetivo a través del mecanismo de las presunciones".*⁹⁸⁵

⁹⁸² El Mensaje de la HL19.300, se refiere a estas denominaciones señalando:

"En tercer lugar, el proyecto tiene como principio inspirador el gradualismo. El proyecto no pretende exigir de un día para otro los estándares ambientales más exigentes, ni someter a todas las actividades del país, sin importar su tamaño, a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental".

"Una segunda característica de la política ambiental del Gobierno que presido es el realismo. Los objetivos superiores que persigue la política deben ser alcanzables, habida consideración de la magnitud de los problemas ambientales existentes, de la forma y oportunidad en que se pretenda abordarlos y de los recursos y medios con que se cuente para ello". (Vid. HL19.300, págs. 11 y 16).

⁹⁸³ Resulta sumamente elocuente la aclaración que sobre este concepto efectúa JORDANO FRAGA, al afirmar que "... no parece demasiado oportuno afirmar, tal como, por ejemplo, hace JACQUENOD DE ZSÖGÖN, que el principio *de realidad* (que para esta autora se reconduce a la necesidad del examen de la realidad ambiental como presupuesto de la eficacia del Derecho ambiental) o el *tratamiento de las causa y de los síntomas*, sean principios rectores del Derecho ambiental. El primero de los enunciados no parece que sea más que una condición indispensable para cualquier actuación normativa en cualquier campo imaginable, que si bien puede ser elemento informador en el proceso de puesta en marcha de la política ambiental, difícilmente podrá alcanzar la virtualidad de fuente en el sentido del artículo 1 del código civil. La evidencia de dicho principio antes lo convierte en verdad de Perogrullo que en principio general del Derecho en un sentido técnico jurídico". Vid. JORDANO FRAGA, Jesús, ob. cit., pág. 131-132.

⁹⁸⁴ Vid. HL19.300, págs. 564, 677, 682, 686, 893 y 1032.

⁹⁸⁵ Vid. HL19.300, pág. 564.

Así, estos "criterios" de avanzar *gradualmente* en el tema ambiental y con el realismo de la situación de Chile como país en vías de desarrollo fueron ratificados por el Congreso Nacional, pese a que la Cámara de Diputados había aprobado un sistema de responsabilidad objetiva el que finalmente terminó por ser modificado a uno subjetivo en el Senado y en la Comisión Mixta.⁹⁸⁶

Ello daría cuenta, a nuestro juicio, que el hecho de que el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA posea una naturaleza subjetiva, a la luz de lo preceptuado en los artículos 3 y 51 de la ley, no establece ningún parámetro o exigencia que permita afirmar que la apreciación y la fijación de la presencia de la *culpa* o el *dolo* -en particular- y de los demás presupuestos que configuran la responsabilidad por daño ambiental -en general-, deban efectuarse necesariamente según los parámetros y criterios de la responsabilidad civil.

Por el contrario, este hecho sólo implicaría la imposición legal de una exigencia: la obligación de reparar el medioambiente dañado surgirá para el individuo que llevó a cabo el acto determinado, sólo si se acredita -por parte del sujeto activo de la acción de reparación- que dicho obrar fue negligente o malicioso, lo cual -según se dijo- se debe a que a la época en que se dictó la LBGMA se estimó que el régimen subjetivo se adecuaba de mejor manera a nuestra cultura jurídica.⁹⁸⁷

Ahora bien, la forma en que se debe determinar si concurre o no dicho requisito es, principalmente, conforme a los criterios y orientaciones que proporcionan los principios generales de Derecho ambiental aplicables a la responsabilidad, lo cual, tratándose de la culpa, hemos desarrollado latamente en este trabajo al estudiar principios preventivo y precautorio.⁹⁸⁸

⁹⁸⁶ Cfr. ACHURRA GONZÁLEZ, Francisco José, *La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental*, Ediciones Congreso, Santiago, 1999, pág. 113.

⁹⁸⁷ HL19.300, pág. 564.

⁹⁸⁸ Vid. supra (capítulo cuarto; 1.4.5.5. y 1.5.5.2, respectivamente).

3. La presunción de responsabilidad del artículo 52 de la LBGMA

3.1. Antecedentes generales

Comoquiera que un sistema de responsabilidad fundada en la culpa o el dolo del causante del daño impone severas dificultades al legitimado activo de la acción de reparación ambiental, en cuanto debe acreditar la prueba de los elementos subjetivos de imputabilidad^{989,990}, la LBGMA establece una presunción⁹⁹¹ -que denomina de *responsabilidad*- para atemperar dichos obstáculos.

En efecto, el artículo 51 inciso 1º de ese cuerpo normativo establece, según hemos podido analizar en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo, una presunción que consiste, cuando menos, en una presunción de culpa.⁹⁹²

Para efectos de sistemática, permítasenos volver a citar la norma respectiva:

"Artículo 52: Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre

⁹⁸⁹ Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El Derecho ambiental...*, cit., pág. 320.

⁹⁹⁰ En España, RUDA GONZÁLEZ afirma que en este sentido "ciertamente, la prueba de la culpa será muy difícil en casos de daños ambientales en general y ecológicos puros en particular. Con frecuencia el daño se produce como consecuencia de procesos técnicos complejos, que requieren un conocimiento especializado a quien soporta la carga de la prueba. Dado que en principio se trata del demandante (arg. Ex art. 2.17.2 LECiv), requerirá a menudo de datos internos sobre el funcionamiento de la instalación o el desarrollo de la actividad contaminante, a los que difícilmente tendrá acceso. Además, la responsabilidad por culpa es poco recomendable cuando el causante del daño dispone de mejor información para juzgar cuál es el mejor nivel de seguridad". Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 410.

⁹⁹¹ Como se sabe, "presunción es la consecuencia de una operación racional de conciencia, mediante la cual, partiendo de un hecho conocido se llega a la conclusión lógica de aceptar como existente otro desconocido". Cfr. DÍEZ DUARTE, Raúl, *De la Prueba del Contrato. Estructura Civil y Procesal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1997, pág. 183.

⁹⁹² Indicamos que la presunción es, a lo menos, de culpa, por cuanto, según hemos analizado, se discute en doctrina si la misma alcanza a la relación de causalidad tratándose de los daños ecológicos puros. Vid. supra (capítulo sexto; 2.2.3).

protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

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".

Antes de dar paso al análisis de esta presunción, creemos que merece la pena mencionar un problema que presenta la denominación que utiliza la LBGMA para referirse a ella.

En efecto, la circunstancia de que el texto del artículo 52 de la LBGMA se refiera a una *presunción legal de responsabilidad*, no resulta ser muy precisa, en cuanto lo que se presume no es la *responsabilidad* del autor del daño, sino su *culpa*⁹⁹³ y, a nuestro juicio, la *relación de causalidad*, esto es, la presunción no alcanza a los otros presupuestos de la *responsabilidad*.⁹⁹⁴

⁹⁹³ En la historia legislativa existe un antecedente donde se señala en términos expuestos que la presunción es de culpa. Así, en los registros de una de las "discusiones en sala" se afirma:

"...en el artículo 55, se establece que se presume legalmente la responsabilidad del autor si el daño ambiental se produce por infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación. O sea, se consagran determinadas presunciones, y éstas presumen, precisamente, la negligencia y la culpa...".
(Vid. HL19.300, *Discusión en Sala*, pág. 702).

⁹⁹⁴ La utilización de esta nomenclatura, proviene, muy probablemente, de las sucesivas modificaciones que sufrió la norma en la tramitación parlamentaria. En efecto, el artículo en su texto primigenio -como fue despachado del ejecutivo al Congreso nacional- disponía lo siguiente:

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

Luego, como da cuenta un autor:

"El SENADO (Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, primer informe, primer trámite) modificó esta norma, en cuanto a «sustituir la idea de que la responsabilidad nace por la infracción de las normas de carácter ambiental, siguiendo el denominado principio de responsabilidad objetiva, por una presunción en virtud de la cual la persona de que se trate se presume responsable si el daño ambiental tiene lugar por infracción a las normas de calidad ambiental, de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales».

Esta modificación se introdujo en razón de que el texto de la norma que contenía el Mensaje podría haber sido interpretado en el sentido de que sólo se responde del daño ambiental cuando éste deriva de la infracción de las normas que regulan la materia, caso en el cual habría quedado exento de responsabilidad aquel que, no obstante producir un daño en el

En este sentido, la utilización de la voz responsabilidad resulta confusa y da espacio a equívoco en cuanto se podría argüir que la presunción también alcanzaría a los elementos dolo y daño, cuestión que, desde luego, no puede ocurrir.⁹⁹⁵ Tal vez habría sido más sencillo redactar este artículo indicando, simplemente, que:

“Se presume la culpa y la relación de causalidad del autor del daño ambiental, si éste último ha sido consecuencia de un acto que ocasiona una infracción a...”.

medio ambiente, no ha incurrido en infracción alguna. De allí que vuestra Comisión haya estimado conveniente establecer la presunción que se comenta y que contribuye a fortalecer la obligación de reparar el daño ambiental cuando se debe a culpa o dolo”. (Cfr. TOLEDO TAPIA, Fernando, ob. cit., pág. 182)

En este escenario, de ahí en adelante y a través de las sucesivas modificaciones que sufrió la norma hasta llegar a su texto final, el artículo quedó redactado bajo la fórmula: “*se presume legalmente la responsabilidad del...*”, puesto que los legisladores querían destacar la idea de que se incorporaba una presunción de culpa ante el evento que se infringiera esa normativa, pero no que la responsabilidad surgiría exclusivamente por la infracción de ella.

No obstante, en lo que no repararon los congresistas, fue que en el cambio de giro idiomático daban espacio a generar una confusión aún mayor, pues el sentido de la oración: “*la responsabilidad por daño ambiental nace de...*”, es diverso al de la oración: “*se presume la responsabilidad de...*”. En el primer caso se alude a responsabilidad como *la consecuencia jurídica que nace de un daño*, en el segundo *como la carga u obligación que pesa sobre el autor del daño*.

En todo caso, pechando con la circunstancia de que es ese el tenor de la norma, creemos que es posible afirmar que, en la redacción actual del artículo en comento, la *voz responsabilidad* se utiliza en la cuarta acepción del término que estudiamos al utilizar el ejemplo de HART al comienzo de este trabajo (vid. supra, capítulo primero), esto es, la *responsabilidad* adquiere el significado de *cumplimiento de un estándar de diligencia*, del comportamiento negligente de un individuo en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho.

⁹⁹⁵ Como es bien sabido, en nuestro ordenamiento jurídico, en lo que respecta al *dolo*, rige la presunción contraria, esto es, lo que se presume es la *buena fe* (a partir de la norma contenida en el artículo 707 del Código Civil), de manera tal que para que exista una presunción de *dolo* es necesario un texto legal que así lo manifieste expresamente (como ocurre, verbigracia, con los artículos 706 *in fine* y 968 N° 5 del Código Civil). Mientras que tratándose del daño, como alguna vez hemos señalado, “recordemos que la ley sólo en situaciones excepcionales ha llegado a presumir la existencia del daño, como ocurre en los casos de la cláusula penal o en el caso del artículo 1559 del Código Civil, cuando sólo se cobran intereses en las obligaciones de dinero. De manera, que para todos los demás casos de daño, sean patrimoniales o extrapatrimoniales, la regla del artículo 1698 relativa a la carga de la prueba, se mantiene completamente vigente en esta materia, debiendo en consecuencia el demandante acreditar sus pretensiones”. Cfr. FEMENÍAS SALAS, Jorge, “Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil”, en *Revista Derecho y Humanidades. Universidad de Chile*, N° 17, (2011), pág. 41.

3.2. Elementos de la presunción de responsabilidad establecida en la LBGMA

3.2.1. Naturaleza jurídica de la presunción: Presunción iuris tantum

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la LBGMA, es posible advertir que la presunción que se regula en la norma contenida en dicha disposición es una *presunción simplemente legal*.

En efecto, dentro del criterio clasificatorio que distingue entre *presunciones de derecho (iure et de iure)* y *presunciones simplemente legales (iuris tantum)*, la presunción que nos ocupa forma parte del segundo grupo.⁹⁹⁶

La consecuencia más elemental que deviene de ello, es que la misma puede ser derribada por cualquier medio de prueba legal que permita desvirtuar el hecho conocido.

Finalmente, en relación a la naturaleza jurídica de la presunción, es interesante destacar que “las presunciones legales tanto absolutas como relativas o simplemente legales no constituyen un medio de prueba, sino que son una dispensa de la obligación de probar. Las presunciones sólo traspasan la carga de la prueba. La presunción, dice CLARO SOLAR, difiere de toda prueba propiamente tal, en que la prueba común da fe directamente y por sí misma de una cosa, mientras que la

⁹⁹⁶ Como bien escribe DíEZ DUARTE, “las presunciones son legales o judiciales. Las presunciones que establece la ley son presunciones legales. Las presunciones que deduce el magistrado son presunciones judiciales. A su vez, las presunciones legales pueden ser propiamente legales o presunciones de derecho, según admitan o no admitan prueba en contrario. Las presunciones, en general, son instituciones de excepción, que deben interpretarse en sentido estricto. Y las presunciones de derecho no requieren palabras sacramentales”. Cfr. DíEZ DUARTE, Raúl, ob. cit., pág. 183

presunción hace fe por una consecuencia lógica, deducida de un antecedente conocido o probado en autos”.⁹⁹⁷

3.2.2. *Supuesto de hecho que da origen a la presunción: Daño ambiental infligido con ocasión de una infracción de normas ambientales legales o reglamentarias*

La LBGMA dispone que el supuesto de hecho que hace procedente la presunción que regula en su artículo 52, es la infracción de uno cualquiera de los siguientes instrumentos de protección ambiental:

- Normas de calidad ambiental;
- Normas de emisión;
- Planes de prevención o descontaminación;
- Regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental
- Normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Sobre el particular, merece la pena realizar diversas consideraciones.

3.2.2.1. Infracción a las normas de calidad ambiental y normas de emisión

En cuanto a la *infracción de normas de calidad ambiental y normas de emisión*.^{998,999} Comencemos por recordar que las normas de calidad ambiental¹⁰⁰⁰,

⁹⁹⁷ Cfr. DÍEZ DUARTE, Raúl, ob. cit., pág. 184, con cita a CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, tomo I, 2ª edición, Imprenta El Imparcial, Santiago, 1942, pág. 154.

⁹⁹⁸ Reguladas en los párrafos 4 (artículos 32 y ss.) y 5 (artículo 40), respectivamente, de la LBGMA.

⁹⁹⁹ En derecho comparado, se habla de esta cuestión afirmando que “la normativa ambiental ha venido combinando tradicionalmente dos tipos de estrategias para hacer frente al problema de la contaminación: el establecimiento de normas de emisión para fuentes puntuales de la contaminación y de normas de inmisión u objetivos de calidad de los distintos medios (concentraciones máximas admisibles de sustancias contaminantes en el medio -en su caso, receptor de vertidos o emisiones)”.

como enseña BERMÚDEZ SOTO, “son normas técnicas propias del Derecho ambiental, en virtud de las cuales se fijan los niveles de contaminación tolerables en un entorno o medio determinado. Esta clase de normas son utilizadas normalmente en relación con la contaminación atmosférica (por ejemplo PM10, PM2,5, SO2, NOx, Pb, O3, entre otros); los olores; y el ruido... Mediante esta clase de normas lo que se busca es alcanzar una finalidad de protección de un bien jurídico a través de la fijación de un estándar (*target standard*)”.^{1001,1002}

Mientras que las normas de emisión, nos dice el mismo autor, “establecen los niveles de contaminación admisible en relación con cada fuente contaminante. Ellas apuntan al control durante la ejecución de las actividades contaminantes y hacen posible el monitoreo continuo en la fuente de emisión. Desde esta perspectiva las normas de emisión constituyen uno de los instrumentos más eficaces para la protección del medio ambiente... En la práctica, las normas de emisión corresponden a un típico instrumento de comando y control, el que sólo alcanza la finalidad de protección ambiental en la medida que el parámetro de contaminación contenido en

Cfr. VALENCIA MARTÍN, Germán, “Contenido y alcance de la autorización ambiental integrada”, en VV.AA., *Estudios sobre la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 43.

¹⁰⁰⁰ En Europa, la Directiva 96/61/CE del Consejo, relativa de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (DO L 257 de 10.10.1996, p. 26) [en adelante Directiva 96/61], define las “normas de calidad medioambiental” en su artículo 2.7, como “el conjunto de requisitos, establecidos por la legislación comunitaria, que deben cumplirse en un momento dado en un entorno determinado o en una parte determinada de éste”.

¹⁰⁰¹ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho ambiental...*, 2ª edición, cit., pág. 207.

¹⁰⁰² Es necesario recordar también que “para definir las normas de calidad, la LBMA las clasifica según sea el objeto protegido, distinguiendo las primarias de las secundarias. Así, considera que una norma de calidad ambiental es primaria cuando «*establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población*» (artículo 2, letra n). Estima que se trata de una norma de calidad ambiental secundaria, cuando «*establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza*» (artículo 2, letra ñ)”. Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *Derecho ambiental chileno...*, cit., pág. 165. Sobre el particular, véase también, ASTORGA JORQUERA, Eduardo, *Derecho Ambiental Chileno...*, 3ª edición, cit., págs. 244-251 y FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental...*, cit., págs. 191-193.

la norma sea realmente protector del medio ambiente y además siempre que la Administración del Estado disponga de la decisión política y los recursos necesarios para verificar su cumplimiento”.^{1003,1004} Estas normas son definidas en el artículo 2 letra o) de la LBGMA como “*las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora*”.

Al respecto pensamos, siguiendo a la autorizada doctrina nacional que venimos citando, que el señalamiento de las *normas de calidad* dentro del catálogo de infracciones que hacen surgir la presunción de culpa del artículo 52 de la LBGMA es un yerro de “técnica legislativa”, por cuanto, “en la práctica, y atendidos el concepto y la forma en que operan las normas primarias y secundarias de calidad ambiental, será imposible que el titular de una actividad o proyecto, o el ejecutor de una acción u omisión que daña el medio ambiente vulnere una norma de calidad ambiental. Ellas, como se dijo, fijan niveles tolerables de contaminación de un medio ambiente determinado, nivel al que contribuye una multiplicidad de agentes y de emisiones (incluso provenientes de la naturaleza). Por lo que, salvo un caso de laboratorio, será muy poco probable que la actuación de una sola persona vulnere la norma. A ello se agrega que el destinatario de las normas de calidad ambiental no es el ciudadano común, sino el Estado”.^{1005,1006}

¹⁰⁰³ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho ambiental...*, 2ª edición, cit., pág. 227.

¹⁰⁰⁴ Sobre la distinción entre normas de emisión y normas de inmisión, en el Derecho comparado - particularmente el español-, Vid. MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Ambiental...*, cit., pág. 65 y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Los vertidos en aguas...*, cit., págs. 23-25.

¹⁰⁰⁵ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho ambiental...*, 2ª edición, cit., pág. 397. En un sentido idéntico, Vid. MORALES SAN MARTÍN, Francisco José, *La responsabilidad por daños ambientales en el marco de la nueva institucionalidad*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, [inédita], Pontificia Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2012, pág. 16.

¹⁰⁰⁶ En todo caso, sobre este punto se debe hacer notar que, en otros sistemas jurídicos, como por ejemplo el español, la distinción podría llegar a tener sustento. En efecto, hay actividades y recursos - como recuerdan la DIRECTIVA 96/61 y la Ley 16/2002, de *Prevención y Control Integrados de la Contaminación* (BOE, núm.157, de 2 de julio de 2002, páginas 23910 a 23927)- en que muy difícilmente se puedan vigilar todos los tipos de contaminación si no es efectuando esta distinción (v.gr. como ocurriría con la contaminación de suelos o de aguas subterráneas por depósitos de materiales). De tal suerte que la única manera de controlar, es determinar la cantidad de determinados productos en el agua y el suelo. Desde esta perspectiva, el menos en derecho comparado, la distinción es positiva pues permite perseguir todo tipo de contaminación.

3.2.2.2. Infracción a los planes de prevención o descontaminación

Con respecto a la infracción de *los planes de prevención o descontaminación*¹⁰⁰⁷, no creemos que se deban efectuar mayores consideraciones, salvo que, en tanto los mismos no se encuentran definidos en la LBGMA, merece la pena recordar que conforme al artículo 2 del “*Reglamento que Fija el Procedimiento y Etapas para establecer Planes de Prevención y de Descontaminación*”, éstos son: “*un instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad recuperar los niveles señalados en las normas primarias y/o secundarias de calidad ambiental de una zona saturada*”.¹⁰⁰⁸

Mientras que “*El Plan de Prevención, por su parte, es un instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad evitar la superación de una o más normas de calidad ambiental primaria o secundaria, en una zona latente*”.

3.2.2.3. Infracción a regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental

En lo tocante a la infracción de *regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental*, se debe mencionar que el señalamiento de infracciones a este tipo de instrumentos como hipótesis en que se configuraría la presunción del artículo 52 de la LBGMA, constituye otro error de dicho cuerpo normativo.

En efecto, conforme consta en la historia fidedigna del establecimiento de la LBGMA, “tanto el artículo 49 del Proyecto de Ley aprobado por el Congreso, como el epígrafe que le precede («De las situaciones de Emergencia Ambiental») fueron eliminados luego del control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal

¹⁰⁰⁷ Regulados en el párrafo 6, artículos 41 a 48 de la LBGMA.

¹⁰⁰⁸ D. Sup. N° 94, Ministerio Secretaria General de la Presidencia, 15 de mayo de 1995, D. Of. 26 de octubre de 1995. En derecho comparado existen regulaciones que utilizan nomenclaturas similares, por ejemplo, el RD 9/2005, de 14 de enero, *por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados* (BOE núm. 15 de 18 de enero de 2005).

constitucional, por sentencia de 28 de febrero de 1994. Junto a esto, el Tribunal eliminó otras menciones -pero no todas, inexplicablemente- que en el texto se hacían a dichas situaciones de emergencia ambiental”.¹⁰⁰⁹

La sentencia en comento dispuso:

“El Secretario del Tribunal Constitucional, quien suscribe, certifica que el Honorable Senado envió el proyecto de ley enunciado en el rubro, aprobado por el Congreso Nacional, a fin de que este Tribunal ejerciera el control de su constitucionalidad, y que por sentencia de 28 de febrero de 1994, declaró:

1. Que el artículo 49 del proyecto es inconstitucional, y por tanto debe eliminarse de su texto, como asimismo el epígrafe que le precede. Que la frase "y los que establezcan las regulaciones especiales que regirán en caso de emergencia ambiental", contenida en el artículo 50 del proyecto; y la frase "y la aplicación de las regulaciones especiales en caso de emergencia," del inciso primero del artículo 51 del proyecto, también son inconstitucionales y deben eliminarse de su texto.

2. Que las normas establecidas en los artículos 23, inciso segundo; 51 -salvo en la parte que dice "y la aplicación de las regulaciones especiales en casos de emergencia"-; 61, inciso primero; 63, inciso segundo; 65, inciso segundo; 70, inciso tercero; 72, inciso primero; 78; 79; 81; 82, y 83, del proyecto de ley remitido, son constitucionales.

3. Que el artículo 51 del proyecto se declara constitucional en el entendido de lo dispuesto en el considerando 8º de esta sentencia.

4. Que no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre los artículos 55; 57; 59; 60; 61, inciso segundo; 62, letra a) e inciso final; 63, incisos primero y tercero; 66; 70, incisos primero y segundo; 71; 72, inciso segundo; 73; 74; 75; 76; 77; 80; 84; 85; 86, y 87, del proyecto, por versar sobre materias que no son propias de ley orgánica constitucional.

5. Que el Tribunal no se pronuncia sobre los artículos 48; 62, incisos primero, segundo, letras b) y c) y tercero; 65, inciso primero; 88; 89, y 90 del proyecto, en razón de haber sido aprobados sin contar en ambas Cámaras con las

¹⁰⁰⁹ Cfr. TOLEDO TAPIA, Fernando, ob. cit., pág. 170.

mayorías especiales del artículo 63, inciso segundo, de la Constitución Política de la República".¹⁰¹⁰

En síntesis, como consecuencia de la eliminación del artículo 49 del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y del epígrafe que le precedía, el Tribunal Constitucional eliminó del artículo, en su inciso primero, la frase «y los que establezcan las regulaciones especiales que regirán en caso de emergencia ambiental» por estimar que también «son inconstitucionales y deben eliminarse de su texto». ¹⁰¹¹

Habida cuenta de lo anterior, “es conveniente destacar que el Tribunal Constitucional no reparó en la mención que en este artículo [el 52 de la LBGMA] se hace a las «regulaciones especiales para situaciones de emergencia», y no ordenó en la sentencia eliminarla; sin embargo, tal mención carece de sentido por la eliminación del párrafo respectivo del Título II, ya comentada”. ¹⁰¹²

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

Finalmente, en lo que se refiere a *la infracción de normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias*, pensamos que la incorporación de este tipo normativo se ha configurado en un verdadero expediente objetivador de la responsabilidad por daño ambiental consagrada en la LBGMA.

En efecto, “esta última frase lo que en realidad dice es que se presume la responsabilidad cuando se vulnera el Derecho ambiental, toda vez que no existe norma alguna que sea parte del ordenamiento jurídico ambiental, y que no tenga por

¹⁰¹⁰ STC 185 - 1994.

¹⁰¹¹ Cfr. TOLEDO TAPIA, Fernando, ob. cit., pág. 175.

¹⁰¹² *Ibidem*, pág. 184.

objeto la protección, preservación o conservación del medio ambiente. Tal vez sólo podrían excluirse las normas sobre organización administrativa que se incluyen en la LBGMA como preceptos que quedan fuera de dicho grupo los que por los demás no podría vulnerar un ciudadano o administrado”.¹⁰¹³

En este sentido, el espectro de normas legales y regulatorias que pueden ser infringidas, haciendo surgir la presunción en comento, es copioso, razón por la cual el régimen de responsabilidad por daño ambiental subjetivo que pretendió instaurar la LBGMA se ve fuertemente templado, al punto de poder afirmar que en casi todas las hipótesis de daños ecológicos puros relevantes (grandes catástrofes, etc.) operará en contra del autor la presunción de culpa que venimos analizando.¹⁰¹⁴

Pero la cuestión que juzgamos de mayor trascendencia, en armonía con este último punto, es que, a nuestro juicio, sobre la base de este tipo normativo abierto y laxo, es posible sostener que la infracción de una Resolución de Calificación Ambiental da origen a la presunción de culpa establecida en el artículo 52 de la LBGMA en contra del titular del proyecto o actividad, conforme se desarrollará algunos acápites más adelante.

Para concluir, es relevante destacar que, a nuestro juicio, para que opere la presunción de responsabilidad que venimos tratando, es necesario que el daño se haya producido con ocasión de la infracción del instrumento en cuestión, esto es, que con motivo de la infracción de, por ejemplo, una *norma de protección ambiental contenida en la LBGMA*, se haya verificado el daño ecológico puro. Luego, si la

¹⁰¹³ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho ambiental...*, 2ª edición, cit., pág. 398.

¹⁰¹⁴ Es interesante, en este sentido, la opinión doctrinaria que afirma: “sin embargo, un hecho que sólo constituya un daño al medio ambiente y no sea además infracción al ordenamiento jurídico ambiental, aunque probable desde un punto de vista lógico, sería indicativo de una situación anómala de la regulación dada una laguna legal o unos niveles de protección demasiado bajos. Ello, porque precisamente a lo que tiende la normativa ambiental es a evitar el daño del bien jurídico medio ambiente, incluso por la vía anticipada de estimar como infracción el simple riesgo de daño”. Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho ambiental...*, 2ª edición, cit., nota al pie N° 24, pág. 396.

causa del daño ambiental no es la infracción de uno de los referidos instrumentos, no surge, a nuestro entender, la mentada presunción.¹⁰¹⁵

3.2.3. Alcance de la presunción en relación al factor de imputación subjetivo: *Presunción exclusivamente de culpa*

Habiendo ya abordado la problemática acerca de si la presunción de responsabilidad del artículo 52 de la LBGMA se extiende o no a la *relación de causalidad* como presupuesto que debe ser acreditado para que surja responsabilidad por daño ambiental¹⁰¹⁶, en este apartado quisiéramos sólo precisar, que tratándose del factor de imputación subjetivo, la presunción en comento sólo alcanza al elemento *culpa*¹⁰¹⁷, y en consecuencia se excluye la posibilidad de presumir el posible *dolo* del causante del daño ecológico puro, conforme ya lo habíamos señalado al referirnos acerca de la denominación *presunción de responsabilidad* que utiliza la LBGMA.

¹⁰¹⁵ De hecho en la redacción del artículo en su texto original esta idea quedaba plenamente de manifestó, al indicarse: “Artículo 40.- La responsabilidad por daño ambiental nace de una infracción a...”. Empero, la Comisión Mixta alteró la redacción de la norma afirmando que “la frase «si el daño se produce por infracción a las normas de calidad ambiental» es equívoca, toda vez que el daño se origina por un hecho determinado, siendo la infracción la significación jurídica que asume ese hecho” (Cfr. HL19.300, Informe de la Comisión Mixta, pág. 1044). Como se advierte, el espíritu de la norma sigue siendo el mismo “que el daño debe ser consecuencia de la infracción para que nazca la presunción”, pero la redacción fue cambiada para, a nuestro juicio en forma innecesaria pues resulta evidente, precisar que es una acción la que ocasiona el daño y que la infracción es la materialización jurídica de dicha acción.

¹⁰¹⁶ Vid. supra (capítulo sexto; 2.2.3.2):

¹⁰¹⁷ En este mismo sentido, PINO REYES y PIZARRO TORREALBA, quienes afirman “no nos detendremos en la crítica que nos merece el enunciado del artículo respecto a su alusión a presumir la responsabilidad, cuestión que ya estimamos superada por cuanto como se expresó, en este caso sólo se presume la culpa del agente y no todos los elementos que configuran la obligación de reparar el daño causado”. Cfr. Pino REYES, Octavio y PIZARRO TORREALBA, Eduardo, ob. cit., pág. 105.

3.2.4. Presunción de responsabilidad e infracción de la Resolución de Calificación Ambiental

Como adelantábamos algunos párrafos atrás, los términos en los cuales se encuentra redactado el artículo 52, inciso 1° *in fine*, permiten concluir, a nuestro juicio, que la infracción de una Resolución de Calificación Ambiental daría origen a presumir la culpa del titular de la actividad o proyecto.

En efecto, en nuestro entendimiento, la interpretación sistemática de los artículos 24 inciso final y 52 de la LBGMA; y 35 letra a) de la LOSMA permitiría arribar a dicha conclusión.

Recordemos que el artículo 52, inciso 1° *in fine*, de la LBGMA dispone que se presumirá legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental si existe *infracción a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en esa ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias*.

A su vez, el artículo 24 inciso final de la LBGMA dispone que: *“El titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva”*.

Finalmente, el artículo 35 letra a) de la LOSMA preceptúa que constituye una infracción administrativa sancionable por la potestad sancionadora del Superintendente del medio ambiente: *“El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental”*.

Consecuentemente, a la luz de las disposiciones transcritas, es posible aseverar que:

- el artículo 24 inciso final en comento es una norma destinada a la *protección, preservación o conservación ambiental* establecida, desde luego, en la propia LBGMA; en tanto ordena que el titular de la actividad o proyecto ajuste su comportamiento, tanto en la fase de construcción cuanto en la fase de ejecución del mismo, a los estrictos términos de su RCA, que es el acto administrativo habilitante que contiene todas las particularidades que permiten que ese concreto proyecto o actividad pueda desarrollarse en forma ajustada al ordenamiento jurídico ambiental.
- en consecuencia, la contravención a la RCA implica una vulneración al artículo 24 inciso final de la LBGMA, en tanto entraña un apartamiento del contenido y términos estrictos de la misma.
- de esta manera, si la infracción a la RCA involucra la infracción al artículo 24 inciso final de la LBGMA, y ésta última disposición es una norma destinada a la protección ambiental establecida en la propia ley; dicha contravención se ajusta perfecta y rigurosamente al tipo normativo establecido en el artículo 52 inciso 1° *in fine*, razón por la cual, se da origen a la presunción de culpa en contra del titular del proyecto o actividad que no se somete estrictamente o vulnera los términos de su RCA.
- finalmente, la contravención de la RCA involucra, a su turno, una infracción a la norma contenida en el artículo 35 letra a de la LOSMA, disposición que constituye una *norma de protección, preservación o conservación ambiental establecida en otra disposición legal*, razón por la cual, a partir de dicha infracción, también se configuraría una hipótesis que hace nacer la presunción de culpa en contra del infractor que ocasionó el daño ambiental.

3.2.5. Descarga de la presunción

Otro de los aspectos que deben ser abordados en relación a este tema, se encuentra vinculado a la descarga de la presunción de culpa o, lo que es lo mismo, a la posibilidad de desvirtuar la presunción mediante otras pruebas que la contrarresten.

En efecto, tratándose de una presunción simplemente legal, es perfectamente posible que el autor del daño ambiental acredite, mediante todos los medios de prueba que le franquea la ley¹⁰¹⁸, que no se configura el hecho conocido o base de la presunción -en este caso, la infracción a uno de los instrumentos o normas que enumera el artículo 51 inciso 1º-, y que, en consecuencia, no se configura en su contra la mentada presunción.

Sobre el particular, creemos que es relevante exponer la opinión de VALENZUELA FUENZALIDA, quien sostiene que “no cabe, en cambio, a nuestro juicio, impugnar la presunción por la vía de acreditar que el agente infractor del ordenamiento jurídico actuó, pese a todo, con la diligencia y el cuidado debidos, pues la sola circunstancia de que haya existido de su parte infracción de ley o reglamento descarta que haya podido tener un comportamiento acorde con el celo y diligencia a que lo obligaba la observancia de la normativa en vigor, que la ley, por lo demás, entiende conocida”.¹⁰¹⁹

En consecuencia, lo que el sujeto pasivo puede desvirtuar es que haya infringido una de las normas legales o reglamentarias de protección ambiental que tipifica el artículo 51 en su inciso 1º, en cuyo caso caerá la base de la presunción, mas no que actuó diligentemente a pesar de haber infringido esa norma específica.

¹⁰¹⁸ Y que son apreciados, en el caso chileno, por los Ministros del tribunal ambiental conforme a las reglas de la sana crítica, según lo dispone el artículo 35 de la LTA que ya hemos citado previamente.

¹⁰¹⁹ Cfr. VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El Derecho ambiental...*, cit., págs. 323-324.

No obstante, a nuestro juicio, pensamos que afirmar esto resulta, técnicamente, contrario al contenido de la presunción -dada su naturaleza (*iuris tantum*)-. En tal sentido, juzgamos que lo que ocurrirá al respecto es que en la práctica resultará manifiestamente imposible acreditar la diligencia debida -una verdadera *probatio diabólica*- y por eso el resultado será el mismo -responsabilidad por culpa-, pero ello no permite negar, en abstracto, la posibilidad de acreditar que el incumplimiento se debió, por ejemplo, a una hipótesis de fuerza mayor o imposibilidad sobreviniente.

3.2.6. Comentarios al inciso 2° del artículo 51 de la LBGMA. Remisión

El inciso 2° del artículo 51 de la LBGMA, dispone que “*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*”.

Sobre el particular, ya hemos analizado en otro lugar de este trabajo las posibles interpretaciones que pueden darse con respecto a dicha norma.¹⁰²⁰

En consecuencia, nos remitiremos a lo ya expuesto, recordando que, en lo medular, la disposición podría ser entendida como una extensión de la presunción de culpa en contra del causante de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental -que es la opinión que sostenemos- o bien estar referida a aquellas hipótesis en que el daño ambiental es irreversible y en consecuencia muta el objeto de la reparación ambiental -que debía ser *in natura*- procediendo en su remplazo una indemnización sustitutoria.¹⁰²¹

¹⁰²⁰ Vid supra (capítulo quinto; 2; 2.1.4).

¹⁰²¹ Evento el cual los presupuestos de la responsabilidad por daño ecológico puro deberían estimarse conforme a las normas de la responsabilidad civil -razón por la cual no se presumiría la causalidad- y no del régimen especial y autónomo que se postula en esta tesis, donde, precisamente, si cabría la presunción de la causalidad según hemos visto. Tesis que analizamos en supra (capítulo sexto; 2.2.3.2).

4. Criterios de imputación subjetiva de los daños ambientales y Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Para concluir, creemos que es necesario referirse a los problemas que presenta, con respecto a los criterios de imputación subjetiva de los daños ambientales, la circunstancia de que la actividad o proyecto generador de éstos se encuentre (o no) obligada a someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).¹⁰²²

¹⁰²² La regulación del *Sistema de Evaluación Ambiental* en Chile puede comprenderse a partir de la lectura de los siguientes artículos:

El artículo 2 literal j) de la LBGMA que dispone:

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

j) Evaluación de Impacto Ambiental: el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes;

A su turno, el artículo 8 del mismo cuerpo legal preceptúa:

Artículo 8°.- Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.

Todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los organismos del Estado, respecto de proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación, serán otorgados a través de dicho sistema, de acuerdo a las normas de este párrafo y su reglamento.

Por su parte los artículos 10 y 11 de la LBGMA disponen:

Artículo 10.- Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:

- a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas;*
- b) Líneas de transmisión eléctrica de alto voltaje y sus subestaciones;*
- c) Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW;*
- d) Reactores y establecimientos nucleares e instalaciones relacionadas;*
- e) Aeropuertos, terminales de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas, estaciones de servicio, autopistas y los caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas;*
- f) Puertos, vías de navegación, astilleros y terminales marítimos;*
- g) Proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados según lo dispuesto en el Párrafo 1 Bis;*
- h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas;*
- i) Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda;*
- j) Oleoductos, gasoductos, ductos mineros u otros análogos;*

A estos efectos es posible distinguir diversas hipótesis, comenzando a partir de un criterio clasificatorio que diferencie entre:

-
- k) Instalaciones fabriles, tales como metalúrgicas, químicas, textiles, productoras de materiales para la construcción, de equipos y productos metálicos y curtiembres, de dimensiones industriales;*
 - l) Agroindustrias, mataderos, planteles y establos de crianza, lechería y engorda de animales, de dimensiones industriales;*
 - m) Proyectos de desarrollo o explotación forestal en suelos frágiles, en terrenos cubiertos de bosque nativo, industrias de celulosa, pasta de papel y papel, plantas astilladoras, elaboradoras de madera y aserraderos, todos de dimensiones industriales;*
 - n) Proyectos de explotación intensiva, cultivo, y plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos;*
 - ñ) Producción, almacenamiento, transporte, disposición o reutilización habituales de sustancias tóxicas, explosivas, radioactivas, inflamables, corrosivas o reactivas;*
 - o) Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos;*
 - p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita;*
 - q) Aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas, y*
 - r) Proyectos de desarrollo, cultivo o explotación, en las áreas mineras, agrícolas, forestales e hidrobiológicas que utilicen organismos genéticamente modificados con fines de producción y en áreas no confinadas. El reglamento podrá definir una lista de especies de organismos genéticamente modificados que, como consecuencia de su comprobado bajo riesgo ambiental, estarán excluidos de esta exigencia. El mismo reglamento establecerá el procedimiento para declarar áreas como libres de organismos genéticamente modificados.*

Artículo 11.- Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

- a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;*
- b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;*
- c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;*
- d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar.*
- e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y*
- f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.*

Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.

- actividades que se encuentran obligadas a ingresar al SEIA, y*
- actividades que no se encuentran obligadas a ingresar al SEIA.*

A continuación, podemos distinguir respecto de las *actividades que se encuentran obligadas a ingresar al SEIA* entre:

- actividades que estando obligadas no fueron ingresadas al SEIA, y*
- actividades que estando obligadas sí fueron ingresadas al SEIA.*

Finalmente, con respecto a esta última clasificación, es posible distinguir nuevamente entre:

-actividades que estando obligadas y habiéndose ingresado al SEIA, generan efectos significativamente adversos para el medio ambiente, que fueron pronosticados por la evaluación ambiental y que fueron autorizados;

-actividades que estando obligadas y habiéndose ingresado al SEIA, generan un daño ecológico puro pronosticado por la evaluación ambiental y que no fue autorizado; y

-actividades que estando obligadas y habiéndose ingresado al SEIA, generan un daño ecológico puro no pronosticado por la evaluación ambiental: dentro de las cuales podemos distinguir: daños que era previsibles y daños que eran imprevisibles.

Visto el cuadro precedente, en las páginas que siguen nos referiremos a la resolución de los problemas que, a nuestro juicio, presentan cada una de estas hipótesis.¹⁰²³

¹⁰²³ Para el esquema de análisis de este apartado hemos seguido uno similar al propuesto por CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de impacto ambiental...", cit., págs. 85 - 89.

4.1. Daños ambientales ocasionados por actividades que se encuentran obligadas a ingresar al SEIA

El artículo 10 de la LBGMA dispone que los proyectos y actividades que enumera y que sean susceptibles de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases, deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En tal sentido, existe, por parte de los titulares de dichos proyectos y actividades, una clara obligación legal de no ejecutarlos o modificarlos sin la obtención previa de una autorización administrativa, pronunciada luego de concluido un proceso de evaluación de los impactos ambientales que pueda ocasionar dicha actividad o proyecto.¹⁰²⁴

A continuación, y a partir de dicha disposición, forzoso es preguntarse qué ocurre con aquellas actividades y proyectos que, encontrándose obligadas a ser ingresadas al SEIA no lo hicieron, o bien que habiéndose ingresado han llevado a cabo acciones que ocasionaron *efectos ambientales significativamente adversos* o derechamente *daños ecológicos puros*.

4.1.1. Daños ambientales ocasionados por actividades que encontrándose obligadas a ser ingresadas al SEIA no lo hicieron

La primera hipótesis que se puede presentar dice relación con aquellas actividades o proyectos que encontrándose obligadas a someterse al SEIA no lo hicieron. En concreto, y en lo que respecta al régimen de responsabilidad por daño ambiental, la pregunta que se debe esclarecer es: el hecho de haber incumplido la obligación legal de ingresar una determinada actividad o proyecto al SEIA, ¿hace al titular responsable de cualquier daño ambiental que ocasione su actividad o proyecto?

¹⁰²⁴ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de impacto ambiental...", cit., págs. 85.

Pensamos que, a los efectos de la responsabilidad por daño ambiental, la única consecuencia jurídica que dicho incumplimiento presenta se verifica en que se configura la situación prevista en el inciso 1º del artículo 52 de la LBGMA, dado que estaríamos ante la infracción de una norma de protección ambiental establecida en la propia LBGMA (el artículo 8 en concreto).¹⁰²⁵

La aplicación de dicho instituto jurídico podría llevarse a cabo en materia de responsabilidad por daño ambiental, a partir de la prevención normativa del inciso 3º del artículo 51 de la LBGMA, que, como sabemos, permite recurrir a las normas de la responsabilidad civil extracontractual, por cuanto, como tuvimos ocasión de desarrollar, el verdadero rol de dicha remisión es precisamente el poder acudir a esas normas cuando éstas favorezcan la reparación del medio ambiente dañado.¹⁰²⁶

4.1.2. Daños ambientales ocasionados por actividades que encontrándose obligadas a ingresar al SEIA sí lo hicieron

4.1.2.1. Efectos significativos adversos para el medio ambiente pronosticados y autorizados en la Evaluación de Impacto Ambiental

Aquí nos encontramos frente a situaciones donde el proceso de evaluación ambiental detectó que la actividad o proyecto generaría lo que la LBGMA denomina *efectos significativamente adversos* para el medio ambiente, pero estimó que los mismos podían ser reparados, compensados o mitigados mediante mecanismos diversos a la *responsabilidad* que la propia LBGMA y su reglamento contemplan.

En este escenario, creemos que lo primero que se debe determinar es si en estas hipótesis estamos, o no, frente a verdaderos *daños ecológicos puros*, en tanto, según se dice, la LBGMA denomina a este tipo de sucesos lesivos como *efectos*

¹⁰²⁵ En el mismo sentido, CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de impacto ambiental y...", cit., pág. 85.

¹⁰²⁶ Vid. supra (capítulo cuarto; 2).

significativamente adversos (artículos 2 letra i); 11 letra b) y 11 bis letra e) y no como daños ambientales (artículo 2 letra e).

El tema en cuestión no es baladí, pues juzgamos que siendo el daño un fenómeno proscrito por el ordenamiento jurídico, éste no podría (o debería) ser *autorizado* por un órgano Administrativo bajo ninguna circunstancia¹⁰²⁷ y mucho menos tratándose de *daños ambientales*, los cuales por sus características no pueden, en innumerables ocasiones, ser tolerados, pues recordemos que, como hemos señalado en este trabajo, un recurso ambiental dañado es un elemento dañador en sí mismo.

De hecho, pensamos que esta es una de las circunstancias que hace necesario realizar una estricta diferenciación, al menos en lo que respecta a la LBGMA, entre los conceptos de *daño ambiental*, *impacto ambiental*¹⁰²⁸ y *contaminación*.¹⁰²⁹ Dado que estas dos últimas categorías sí son permitidas o toleradas por el ordenamiento jurídico ambiental, desde que tratándose de los *impactos ambientales*¹⁰³⁰ estos resultan en ocasiones inevitables para permitir un desarrollo sustentable, mientras que la *contaminación* no es posible nunca eliminarla del todo.^{1031,1032}

¹⁰²⁷ Cuestión diversa será que en ciertas ocasiones la responsabilidad de un individuo por el daño que ocasionó pueda ser excluida por concurrir una causal de justificación.

¹⁰²⁸ En los cuales, como advierte ASTORGA JORQUERA, “la alteración incluso puede ser positiva”. Cfr. ASTORGA JORQUERA, Eduardo, *Derecho ambiental chileno...*, 3ª edición, cit., pág. 48.

¹⁰²⁹ Definida en el artículo 2 letra k) de la LBGMA como:

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

c) Contaminación: "la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente".

¹⁰³⁰ Al respecto, como recuerda SILVA TORRES, “la Asociación Internacional de Evaluación de Impacto (IAIA) indica que el *impacto es la diferencia que se tiene entre cómo estará el ambiente con la incorporación de una acción o proyectos y como estaría sin ninguna acción o proyecto*, y menciona que en ocasiones el término “impacto” y el término “efecto” son usados como sinónimos”. Cfr. SILVA TORRES, Beatriz Adriana, *Evaluación Ambiental: Impacto y Daño. Un Análisis Jurídico Desde la Perspectiva Científica*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, [inédita], Universidad de Alicante, Alicante, 2012, pág. 58.

¹⁰³¹ En efecto, como consta de la historia fidedigna del establecimiento de las normas constitucionales, en la C.E.N.C., se señaló por parte de uno de los Comisionados que elaboraron dichas normas que:

Pero ocurre que, al parecer, en la hipótesis que venimos analizando estaríamos frente a situaciones donde la LBGMA autoriza, con el objeto de permitir el desarrollo de actividades o proyectos, determinados *daños ambientales* -y no *impactos ambientales*- ya sea por estimar que éstos pueden ser minimizados a límites tolerables o bien compensados con otras medidas que representan un valor ambiental similar o mayor.

Lo anterior se indica, dado que la denominación "*efectos significativamente adversos*" aparenta ser un *género* al cual, perfectamente, puede pertenecer la *especie* "*daño ambiental*". En efecto, siendo éste último definido por la LBGMA *como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes*, no cabe duda alguna que bajo dichas notas distintivas pueda también ser considerado o catalogado como un *efecto significativamente adverso inferido al medio ambiente*.¹⁰³³

"... la única observación que tiene consiste en que suprimiría la palabra «toda», porque la civilización lo ha hecho imposible, y dejaría, simplemente, la frase «libre de contaminación». Esta expresión la atiende 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". Cfr. ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, sesión 182ª, celebrada en miércoles 14 de enero de 1976 disponible en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf.

¹⁰³² Como se ha dicho, "la diferencia jurídica entre ambos conceptos radica no en la magnitud o intensidad de las transformaciones sobre el entorno, sino en el acto jurídico administrativo que las valida, o legitima esta intervención, expresada en la resolución de calificación ambiental favorable para un proyecto o actividad, o en los propios límites de las normas de emisión o calidad. La lógica de lo anterior se funda en la existencia -en el caso de los impactos- de procedimientos administrativos reglados, informados, públicos y participativos en los cuales se sustenta el acto de autoridad, pudiendo evidentemente resultar dicha alteración mucho más significativamente adversa, tratándose de impactos que de daños ambientales". Cfr. ASTORGA JORQUERA, Eduardo, *Derecho ambiental chileno...*, 3ª edición, cit., pág. 48. Parecidamente, SILVA TORRES, sostiene "es necesario considerar que existen muchas actividades cotidianas realizadas por los humanos que están afectando al ambiente, es decir están ocasionando impactos repetidos, sin que este de por medio la realización de un proyecto o una actividad de dimensiones considerables. Todas estas actividades están de alguna manera modificando al ambiente de manera continua". Cfr. SILVA TORRES, Beatriz Adriana, ob. cit., pág. 58.

¹⁰³³ Por cierto, y huelga decirlo, no todo *efecto significativamente adverso* será un *daño ambiental*, ya que habrá efectos adversos que pueden consistir en algo diverso a una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente.

En este escenario, es posible advertir una distinción entre *daño ambiental*, *impacto ambiental* y *contaminación*¹⁰³⁴. Pero no ocurre lo mismo entre las nociones de *daño ambiental* y *efectos significativamente adversos* de los que habla la ley al referirse a los EIA, donde nos cuesta visualizar elementos que permitan diferenciarlos y por el contrario, según decíamos, más bien pareciera tratarse de fenómenos vinculados en una relación de género/especie.¹⁰³⁵

Ahora bien, expresado el problema en los términos expuestos, creemos que existen dos interpretaciones posibles para resolver esta cuestión: (i) aquella en virtud de la cual se niega el carácter de daño ambiental a los denominados, por la LBGMA, *efectos significativos adversos*; y (ii) aquella que entiende que ambos términos son sinónimos y, en consecuencia, los señalados *efectos significativamente adversos* serían daños ambientales permitidos por el ordenamiento jurídico ambiental.

Nos corresponde entonces, exponer cuáles serían las soluciones a las que se puede arribar según se siga una u otra teoría.

- a) Interpretación según la cual se niega que los efectos significativamente adversos autorizados por la Evaluación Ambiental correspondan a daños ambientales

¹⁰³⁴ E incluso queda claro que para la LBGMA *impacto ambiental* y *efecto significativamente adverso* no son lo mismo, desde que el artículo 2 letra i), al referirse al concepto de *Estudio de impacto ambiental*, señala que éste deberá "*proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental «y» describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos [los del proyecto o actividad] significativamente adversos*" (énfasis agregado).

¹⁰³⁵ CORRAL TALCIANI espeta con elocuencia al respecto: "la regulación del SEIA parece querer evitar escrupulosamente la locución «daño al medio ambiente» cuando se trata de impactos ambientales que necesariamente deberá producir un determinado proyecto o actividad. Se utilizan expresiones diversas como «efectos significativamente adversos» (art. 2 letra i de la Ley de Bases; art. 6 del Reglamento); o «alteración significativa del medio ambiente» (art. 8 del Reglamento). Pero es evidente que estas alteraciones o efectos adversos caen *prima facie* en la noción de daño ambiental establecida en el art. 2 letra e de la Ley de Bases...". Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de Impacto Ambiental...", cit., pág. 87.

Vistas las cosas bajo este prisma, surgen dos consecuencias elementales que permiten resolver el problema en análisis:

(i) Los *efectos significativamente adversos* que fueron autorizados por la RCA que calificó ambientalmente favorablemente la actividad o proyecto no pueden dar origen a responsabilidad por daño ambiental alguno, en tanto los mismos no configuran un *daño ecológico puro* y deben ser corregidos, mitigados o compensados, a través de los mecanismos que la propia LBGMA contempla y que se refieren, fundamentalmente, a la implementación de las medidas que el propio titular propuso y que la autoridad administrativa pertinente aprobó; y

(ii) La autoridad administrativa no puede autorizar la generación de *daños ambientales* -entendiendo por tales aquellos que reúnan las características expresamente establecidas en la definición que de los mismos proporciona la LBGMA-. En tal sentido, si se verifican *daños ecológicos puros* -diversos a los *efectos significativamente adversos* que fueron evaluados ambientalmente- en el desarrollo de un proyecto o actividad que fue sometida al SEIA, éstos, necesariamente, serán *daños ambientales* no autorizados que deberán ser reparados conforme se expondrá más adelante.

Esta forma de analizar las cosas permite además evitar la contradicción que denuncia un autor, en torno a que la LBGMA o su reglamento no consideraron una compaginación entre los *daños* autorizados por la Autoridad pública y la responsabilidad medioambiental, en cuanto ésta última -por disponerlo así los artículos 3 y 51 de la LBGMA- ordena que todo aquel que causa culpable o dolosamente un daño al medio ambiente deba repararlo.¹⁰³⁶

En efecto, examinado el problema desde la perspectiva que exponemos, tal contradicción no se verifica por cuanto siguiendo la lógica ambiental que infunde la LBGMA, todo *daño ambiental* deberá ser reparado, mientras que aquellos efectos

¹⁰³⁶ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de evaluación de impacto ambiental y...", cit., pág. 88.

lesivos que no pueden ser calificados como tal por encontrarse previamente ponderados y autorizados por la autoridad administrativa -aunque reúnan algunas de las características del daño ecológico puro- podrán ser perfectamente compensados, mitigados o corregidos en conformidad al mecanismo pertinente establecido por la propia LBGMA y por el Reglamento del SEIA.

- b) Interpretación según la cual se afirma que los efectos significativamente adversos son daños ambientales autorizados por la Evaluación Ambiental respectiva

Sin perjuicio de lo dicho en precedencia, resulta inevitable reconocer que una interpretación como la anterior parece bastante forzosa y consiste más bien en un esfuerzo dogmático para hacer coherente la sistemática de la LBGMA que una propuesta real que solucione los problemas que presenta la materia en análisis.¹⁰³⁷

Por ello, aunque pensemos que es un severo yerro desde la perspectiva de la teoría del derecho¹⁰³⁸, conforme el tenor expreso de las normas de la LBGMA, nos parece que se debe concluir que este cuerpo normativo sí permite la producción de ciertos daños ambientales, los cuales denomina eufemísticamente *efectos significativos adversos*. Como afirma una autora, "se trata, en muchos casos, de daños ambientales (afectaciones significativas) pero que estarán justificadas por

¹⁰³⁷ En este sentido se manifiesta CORRAL TALCIANI al afirmar "me parece que atendida la definición amplia de daño ambiental que establece la Ley de Bases no existe duda posible para estimar que estos efectos son daños ambientales que no solo se han previsto, sino que además son explícitamente autorizados por el organismo estatal establecido para velar por la aplicación de la legislación ambiental". Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de impacto ambiental y...", cit., pág. 88.

¹⁰³⁸ Como lo ha reconocido nuestra Corte Suprema: "*Quinto: El daño es connaturalmente perjudicial, malicioso, perverso. Siempre «echa a perder» o «estropea»*" (Excma. Corte Suprema, causa rol N° 10.884 - 2011, sentencia de fecha 4-12-2012, caratulada "Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes"). En tal sentido, nos parece que el derecho no puede tolerar ninguna forma de daño bajo ninguna hipótesis.

nuestra legislación, ya que en sede administrativa se le exigirá mitigar, reparar o compensar".^{1039,1040}

En consecuencia, se trataría de daños ambientales cuya reparación se prevé *ex ante* mediante un mecanismo diverso a la responsabilidad -que de hecho la excluye- y que se traduce en una evaluación ambiental de los mismos y en la implementación de las medidas -de reparación, mitigación o compensación- pertinentes para hacerles frente. Todo ello, bajo la lógica de la *ecuación* denominada como *principio del desarrollo sostenible*, esto es, "como aquél que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las futuras para satisfacer las suyas."^{1041,1042}

¹⁰³⁹ Cfr. DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 69.

¹⁰⁴⁰ De hecho, un argumento, que la misma autora expone, parece ser sumamente elocuente y gráfico para sostener esta tesis. En efecto, advierte la articulista que la definición que proporciona el artículo 99 del Reglamento del SEIA, referida a las medidas de reparación, es idéntica a la que proporciona el artículo 2 letra s de la LBGMA.

Señala la norma del Reglamento:

Artículo 99.- Medidas de reparación ambiental.

Las medidas de reparación tienen por finalidad reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al impacto sobre dicho componente o elemento o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas.

¹⁰⁴¹ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho Ambiental...*, cit., pág. 179.

¹⁰⁴² En España, por ejemplo, una opinión similar es la que sostiene CONDE ANTEQUERA al afirmar "... la obligación de restaurar derivada de la realización de una actividad o industria se puede abordar desde dos perspectivas: 1.- Con carácter previo a la iniciación del funcionamiento de la actividad, como una de las determinaciones o previsiones que ha de reunir el Estudio de Impacto Ambiental de las actividades en cuestión que resulten potencialmente dañinas del medio ambiente. En este sentido, la restauración sería un simple proyecto, una mera previsión de las labores que sería necesario realizar para paliar los daños que previsiblemente va a conllevar la actividad y que sin embargo van a ser inevitables...; y 2.- Tras la puesta en funcionamiento de la actividad, la restauración sería una consecuencia objetiva del daño que efectivamente hubiera ocasionado dicha actividad, previsto o no y corregible. La obligación de restaurar en este caso tiene su fundamento en la atribución de responsabilidad al causante del daño, que se deduce, con carácter general, como hemos anunciado a lo largo de este trabajo, del artículo 45.3 de nuestra norma fundamental, del principio contaminador-pagador, del principio general del Derecho por el cual que quien causa un daño ha de repararlo, del principio «*ubi emolumentum ibi onus*», o de cualquiera de los principios y normas a que nos hemos referido". Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, ob. cit., pág. 267.

A continuación, y bajo esta interpretación, queda por resolver entonces qué ocurre con estos daños ambientales con respecto al régimen de responsabilidad regulado en la LBGMA.

Nos parece que, en esta hipótesis, haber obrado en virtud de una autorización administrativa especial, que ha sido enderezada a regular, controlar y reparar daños ambientales que luego se verificaron, permitiría aducir una *causal de justificación*.

En este sentido y no obstante no existir en la LBGMA expresamente establecida esta causal, es plausible sostener esta interpretación, en la medida que, como se ha señalado: "(i) la información proporcionada por la empresa a la autoridad haya sido correcta y completa de acuerdo con el conocimiento técnico y científico disponible (en tanto la iniciativa del proceso de autorización ambiental corresponde a la propia empresa sometida al proceso de evaluación, sobre ella recae el deber de diligencia en los informes y estudios ambientales que sirven de fundamento a la autorización); (ii) hayan sido consideradas las variables ambientalmente relevantes para el tipo de daño que luego se ha producido; y (iii) no se pueda imputar culpa a la empresa en el monitoreo y control de efectos ambientales".¹⁰⁴³

En estas situaciones, esto es, si se dieran los requisitos señalados, el deber de reparar quedaría radicado, conforme al mandato constitucional del artículo 19 N° 8 de la Carta magna, en la Administración pública.

¹⁰⁴³ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 802. En un sentido similar, CORRAL TALCIANI, para quien el problema debe ser resuelto mediante el recurso a la norma contenida en el artículo 10 N° 10 del Código Penal, por cuanto existiría aquí un problema de exclusión de la antijuridicidad. Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de impacto ambiental...", cit., pág. 89. Esta última opinión es también seguida por ASTORGA JORQUERA, Eduardo, *Derecho Ambiental Chileno...*, cit., pág. 352.

4.1.2.2. Daños ambientales pronosticados por la Evaluación Ambiental y expresamente prohibidos o no autorizados

Aquí estamos frente a situaciones donde la evaluación ambiental detectó que la actividad o proyecto ocasionaría ciertos daños ecológicos puros, los cuales prohibió, razón por la cual se obligó al titular a ejecutar una serie de medidas tendientes a evitarlos.

Nos parece que esta es la situación más sencilla que se puede presentar con respecto al tema en estudio, por cuanto, verificados daños que habían sido expresamente prohibidos en la evaluación ambiental, imponiéndose al titular de la actividad o proyecto que los ocasionó una serie de condiciones y medidas para evitarlos, éste deberá responder de los mismos procediendo a su reparación.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que para un correcto análisis de esta hipótesis se debe efectuar una distinción previa en torno a sí las medidas impuestas en la respectiva RCA se ejecutaron, o no, en conformidad a lo dispuesto en ella.¹⁰⁴⁴

Así, pensamos que en el evento de que las medidas no se hayan ejecutado conforme a lo pactado, es posible aplicar en contra del titular del proyecto o actividad la presunción del artículo 52 inciso 1º de la LBGMA, por cuanto se trata de la infracción a normas de protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la propia LBGMA. En concreto, se trataría de una infracción al artículo 24 inciso final.¹⁰⁴⁵ Asimismo, porque con ello el titular infringe el artículo 35 literal a) de la LOSMA¹⁰⁴⁶, la cual es *una norma de protección ambiental establecida en otra disposición legal*.

¹⁰⁴⁴ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de impacto ambiental y...", cit., pág. 88.

¹⁰⁴⁵ Dispone dicha norma: "El titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción u ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva".

¹⁰⁴⁶ Artículo 35 letra a) de la LOSMA

"Artículo 35: Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones:

Finalmente, si las medidas sí fueron adoptadas conforme a lo previsto por la RCA pero igualmente se verificó un daño ambiental, creemos que respecto del titular de la actividad o proyecto no se configura la presunción del artículo 52, pero éste igualmente podría ser considerado responsable de la reparación de dichos daños ambientales, en la medida que se acrediten todos los presupuestos de la responsabilidad por daño ambiental -entre los que se cuenta, desde luego, su culpa o dolo-.¹⁰⁴⁷

Lo anterior se piensa dado que, la autorización estatal debe considerarse principalmente como un medio de control o medida preventiva y no como garantía de irresponsabilidad¹⁰⁴⁸, o, al menos, ello no puede constituir una regla general.

En efecto, a nuestro juicio, "el cuidado empleado por el empresario no se encuentra consumado, toda vez que el mandato general de actuar conforme a la diligencia exigible, le imponía el deber de ejecutar y soportar las medidas necesarias para no producir el daño, aun por sobre las requeridas por la resolución de tutela ambiental, y que vienen determinadas por las circunstancias del lugar, tiempo, persona, previsibilidad, riesgo, trascendencia técnica, costo de evitación, entre otros criterios homologables, objeto siempre de una definición prudencial del sentenciador"¹⁰⁴⁹, máxime si se trata de daños que fueron previstos y expresamente

a) *El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental*".

¹⁰⁴⁷ Contra esta opinión, CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de impacto ambiental y...", cit., pág. 88. Para este autor, "si las medidas fueron adoptadas según lo planificado, en principio debiera descartarse la negligencia, y no será posible configurar la responsabilidad subjetiva que establece la Ley de Bases". Empero, el mismo autor reconoce -a continuación de lo expresado- que "no obstante, parece claro que el perjudicado podría acreditar que, a pesar de que se hayan ejecutado las medidas previstas, hubo culpa, puesto que ese tipo de medidas, atendidas las circunstancias concretas en las que se produjo el daño o accidente, no eran suficientes para evitarlos".

¹⁰⁴⁸ Cfr. JANA, Andrés, *et al.*, "La responsabilidad Civil en el Proyecto de Bases del Medio Ambiente", en *Revista Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, vol. 1, N° 2, (1992), pág. 188.

¹⁰⁴⁹ Cfr. HUNTER AMPUERO, Iván, *ob. cit.*, pág. 6.

prohibidos por la resolución que calificó ambientalmente favorable su actividad o proyecto.^{1050,1051}

Así también ha sido resuelto por nuestra Corte Suprema al señalarse que:

"Vigésimo octavo: Que en el caso de autos la demandada se ha excusado alegando que dio cumplimiento a sus obligaciones, sobre ello acompañó informes periciales y declararon sus testigos. Sin embargo de la prueba rendida en autos aparece con claridad que dicha observancia no es tal, atendido que no basta en la especie el cumplimiento formal de los planes de manejo presentados, sino que su obligación es llevar a cabo un adecuado desarrollo ambiental de su proyecto que permita evitar todo daño que su actividad causa al medio ambiente.

... En todo caso, según se ha expresado, el cumplimiento formal de las leyes, reglamentos y compromisos particulares no es suficiente para exculparse de los daños ocasionados, pues como lo exponen los autores en referencia [cita a Planiol y Ripert], «para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos» dado que se reputa que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa, a lo cual agregan «pero, la observancia de ellos no dispensa tampoco el deber de conformarse a la obligación general de previsión. El que se ha amoldado a los reglamentos

¹⁰⁵⁰ En un sentido similar, MORENO TRUJILLO al afirmar: "no basta con cumplir los Reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo -porque el daño, efectivamente, se ha producido- se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia". Cfr. MORENO TRUJILLO, Eulalia María, ob. cit., pág. 359.

¹⁰⁵¹ En la jurisprudencia española opera incluso una suerte de presunción, en virtud de la cual "la simple producción del daño permite que el juzgador considere probada la culpa, pues aquél evidencia que las medidas adoptadas por el demandado *fueron insuficientes para evitar los daños...* Es como si el daño fuese el hecho base que permitiese que se dedujese de él un hecho presunto, cual es la culpa del demandado. A pesar de que, estrictamente hablando, entre una cosa y la otra no necesariamente existe el nexo preciso y directo que exige la presunción". Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 410.

también será responsable si causa un perjuicio que pudo y debió prever (ídem, página 720)".¹⁰⁵²

Es más, en un antiguo fallo, nuestro máximo tribunal fue un paso más allá, al resolver que:

"El acto arbitrario e ilegal es la contaminación al medio ambiente del litoral que se trata, en que viven los recurrentes, así como el daño que se está causando a la naturaleza que afecta a un determinado parque nacional, es imputable a la recurrida que por su propia voluntad deposita relaves conteniendo contaminantes físicos y químicos, en un punto desde el cual por la naturaleza del terreno escurre por gravitación hasta el océano, sin que les sea lícito aducir que se encuentran autorizadas para ello, ya que tales autorizaciones son ilegales por contrariar normas de rango superior que en ningún caso le autorizan para contaminar las aguas que para su uso industrial se le confiere a título de merced".¹⁰⁵³

Asimismo, y sin perjuicio de la responsabilidad que pesará sobre él, creemos que se deberá analizar si las medidas impuestas por la Autoridad administrativa fueron realmente idóneas, pues en caso que no lo hayan sido, se debe evaluar la concurrencia de responsabilidad de la Administración pública por haber efectuado una deficiente evaluación ambiental.

Como se ha afirmado, "no debe olvidarse que la actividad, aunque privada, se somete a autorización, cuya justificación se encuentra en la necesidad de que la Administración controle su ejercicio, por entrañar un potencial dañoso para la sociedad. Desde esa perspectiva, tampoco cabe excluir por completo la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando los perjuicios resulten del deficiente ejercicio de sus competencias, al otorgar la autorización (*culpa in*

¹⁰⁵² Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/3422/2011.

¹⁰⁵³ Excma. Corte Suprema, causa rol 12753 - 2009, sentencia de fecha 28-08-1988, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/10542.

eligendo), o al inspeccionar y controlar el desarrollado de la actividad autorizada (*culpa in vigilando*)".¹⁰⁵⁴ Al contrario, "la protección del medio está precisamente en la base de una intensa intervención pública, que -en gran medida- se articula a través de autorizaciones".¹⁰⁵⁵

En lo que a nuestro parecer respecta, creemos que una situación como la señalada puede engendrar responsabilidad para la Administración pública, en tanto se configura una *culpa por omisión de su función de control o protección ambiental*.

1056

En efecto, éste es un caso de imputación a la Administración Pública de responsabilidad por los daños causados por particulares, con fundamento en haber autorizado la apertura de esos establecimientos y no vigilar el cumplimiento de la normativa ambiental, omitiendo así su deber de control y vigilancia. La administración tiene la potestad de control de las actividades, al otorgar las correspondientes licencias administrativas y la obligación de imponer las medidas correctoras necesarias y, en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas, suspender el funcionamiento de la actividad, revocar la licencia o imponer sanciones.¹⁰⁵⁷

De esta forma, podría sostenerse que, como afirma VÁZQUEZ DE PRADA, "implícitamente, el ente público concedente de la autorización se responsabiliza de todas las perturbaciones ambientales introducidas por dicha autorización".¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁴ LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La autorización administrativa*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 300.

¹⁰⁵⁵ Cfr. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "Responsabilidad de la Administración por daños ambientales", en *Noticias de las Unión Europea*, Nº 305, (2010), pág. 74.

¹⁰⁵⁶ Contra esta posibilidad, CORDERO LOBATO, Encarnación, "Derecho de daños y...", cit., págs. 525 y 526. Empero, la autora estima que ello es "salvo que se haya incumplido la competencia de vigilancia y control sobre la actividad sujeta a licencia". (Ibídem, pág. 525).

¹⁰⁵⁷ Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, ob. cit., pág. 370. De hecho, el autor sostiene una postura aún más tajante al afirmar: "la administración habrá de reparar el daño [ambiental], haya sido o no causado por una actuación antijurídica, por el simple hecho de haberlo causado mediante su actuación normal o anormal, ya que es un deber que le viene constitucional y legalmente impuesto". (Ibídem, pág. 357.)

¹⁰⁵⁸ Cfr. VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín, "Medio Ambiente y costes de contaminación", en *Documentación Administrativa*, Nº 178, (1978), págs. 151 y ss. En un sentido similar, JORDANO FRAGA,

Dado que este último tema será abordado en el acápite inmediatamente siguiente, nos remitiremos a lo que, *mutatis mutandi*, sobre el particular diremos a continuación cuando hablemos de los daños ambientales no previstos por la evaluación ambiental.

4.1.2.3. Daños ambientales que no fueron pronosticados en la Evaluación de Impacto Ambiental

Uno de los problemas más interesantes que se presentan en materia de daños ambientales ocasionados por actividades o proyectos sometidos al SEIA, dice relación con aquellas pérdidas, disminuciones, detrimentos o menoscabos significativos que sufre el medio ambiente o uno o más de sus componentes, a consecuencia de acciones realizadas en el marco de dichas actividades o proyectos y que no fueron pronosticados o proyectados durante todo el proceso de evaluación ambiental.

En este caso, estamos frente a situaciones donde se ha verificado un daño ambiental que no fue visualizado ni por la autoridad -que finalmente autorizó el mentado proyecto o actividad- ni por el titular de éstos -que fue quien proporcionó todos los antecedentes ante la Autoridad administrativa para ser evaluados-.

Luego, a efectos de determinar el responsable de la reparación de los daños ambientales no previstos ocasionados por una actividad o proyecto evaluado ambientalmente favorable por la Autoridad administrativa, se deberán resolver las siguientes inquietudes: ¿quién será el legitimado pasivo que deberá responder por

Jesús, "La responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente", en *Revista de Derecho Urbanístico*, Nº 119, (1990), págs. 99 y ss. En todo caso, este autor acota su opinión años más tarde, afirmando que sólo cabría imputar responsabilidad por *culpa in vigilandi* a la Administración en aquellas hipótesis en que haya sido la causa determinante de los daños, debiendo eximirse cuando se trate del incumplimiento de un deber de vigilancia que era imposible de cumplir. Vid. JORDANO FRAGA, Jesús, "Administración y responsabilidad por daños al medio ambiente: La construcción del régimen jurídico de los daños ambientales", en Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (director), *La protección jurisdiccional del medio ambiente*, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 283-284.

dichos daños encontrándose obligado a repararlos? ¿el titular del proyecto? ¿la autoridad administrativa que lo aprobó? o ¿ambos?

Un ejemplo nos permitirá graficar mejor el problema en comento:

Una empresa desea construir una línea de transmisión eléctrica de alto voltaje y unas subestaciones, las cuales deben ingresar al SEIA por disponerlo así el artículo 10 literal b) de la LBGMA.

En tal sentido, la compañía en cuestión presenta un Estudio de Impacto Ambiental, pues el lugar por donde pasará la línea eléctrica altera sitios con valor arqueológico (artículo 11 literal f de la LBGMA), que, supondremos, es el único efecto significativo adverso que ocasionará el proyecto según lo ha concebido e informado el titular.

De esta forma, luego de la evaluación de impacto ambiental de rigor, el titular obtiene una Resolución de Calificación Ambiental favorable¹⁰⁵⁹, que le impone, entre otras, ciertas medidas de mitigación y compensación de los efectos significativos adversos que ocasiona al patrimonio arqueológico.

Pero ocurre que en la práctica mientras se construye la línea se inflige un *daño ambiental* completamente diverso al *efecto ambiental significativamente adverso* que fue evaluado y autorizado (esto es, la afectación del patrimonio arqueológico), puesto que, inventaremos, se dañó un hábitat natural que término por extinguir una determinada especie de aves.

¹⁰⁵⁹ El artículo 24 en sus incisos 1º, 2º y 3º de la LBGMA señala:

Artículo 24.- "El proceso de evaluación concluirá con una resolución que califica ambientalmente el proyecto o actividad, la que deberá ser notificada a las autoridades administrativas con competencia para resolver la actividad o proyecto, sin perjuicio de la notificación de la parte interesada.

Si la resolución es favorable, certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación y restauración, no pudiendo ningún organismo del Estado negar las autorizaciones ambientales pertinentes.

Si, en cambio, la resolución es desfavorable, estas autoridades quedarán obligadas a denegar las correspondientes autorizaciones o permisos, en razón de su impacto ambiental, aunque se satisfagan los demás requisitos legales, en tanto no se les notifique de pronunciamiento contrario".

Pues bien, en este caso debemos resolver dos inquietudes (i) en primer lugar, ¿es posible hacer responsable al titular que sometió su proyecto a una evaluación ambiental, que concluyó con una calificación favorable, sin haber previsto los daños ambientales que finalmente ocasionó?, y, (ii) en segundo lugar, ¿es posible perseguir la responsabilidad de la Administración por haber incurrido en una deficiente evaluación ambiental al no haber previsto ese concreto daño?

Para resolver estos problemas creemos que es necesario realizar nuevamente una distinción según si los daños no pronosticados en la Evaluación Ambiental eran *previsibles* o *imprevisibles*

Analizaremos estas cuestiones en los párrafos que siguen.

- a) De la responsabilidad del titular del proyecto o actividad en aquellas hipótesis en que los daños ambientales no pronosticados sí eran previsibles

Con respecto a la responsabilidad del titular de un proyecto o actividad que ocasiona daños al medio ambiente y que no fueron proyectados en la evaluación ambiental a la cual se sometió, pensamos que en dichas hipótesis "estos daños no quedarán salvaguardados por la certificación estatal de cumplimiento de la legislación, ya que el titular del proyecto o actividad no ha integrado a la evaluación administrativa la información y descripción, correcta y completa de la actividad que pretendió desarrollar; aquí, la sola autorización del poder público no exime de responsabilidad al agente y es perfectamente posible seguir el camino de la imputación subjetiva de culpabilidad para hacer efectiva la responsabilidad civil ambiental, *id est*, que la víctima del daño ambiental pueda atribuirle culpa al empresario que causa daños no previstos en la resolución de calificación ambiental".¹⁰⁶⁰

¹⁰⁶⁰ Cfr. HUNTER AMPUERO, Iván, ob. cit., pág. 7.

Es decir, en los casos en que se produzcan daños no previstos en la evaluación ambiental, pero que debieron serlo (*daños previsibles*), el titular de la actividad o proyecto que los ocasionó debe responder del mismo.

En este estado de cosas, y sin perjuicio de no compartir determinados asertos del último autor que citamos -principalmente que indique que exista una *víctima del daño ambiental* y que se trate de una *responsabilidad civil ambiental*- nos parece que, efectivamente, el titular de la actividad o proyecto sí debe responder de los daños que no fueron previstos, pero que debieron preverse, sobre la base de al menos dos consideraciones.

En primer lugar, por la propia lógica del SEIA. En efecto, según se expuso algunas páginas atrás, la evaluación ambiental a la cual se someten ciertas actividades o proyectos se lleva a cabo mediante el procedimiento que se ha denominado *ventanilla única*, donde es el propio interesado quien acompaña a la Autoridad respectiva (Servicio de Evaluación Ambiental) todos los antecedentes necesarios para que dicho organismo pueda coordinar con los respectivos órganos sectoriales (Dirección General de Aguas, Servicio Agrícola y Ganadero, Consejo de Monumentos Nacionales, etc.) el pronunciamiento sobre la conformidad, o no, del proyecto con la normativa ambiental vigente en nuestro país.^{1061,1062}

¹⁰⁶¹ Dispone el artículo 8 de la LBGMA:

Artículo 8.- Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.

Inc. 2.- Todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los organismos del Estado, respecto de proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación, serán otorgados a través de dicho sistema, de acuerdo a las normas de este párrafo y su reglamento.

Inc. 3º.- Corresponderá al Servicio de Evaluación Ambiental, la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental, así como la coordinación de los organismos del Estado involucrados en el mismo, para los efectos de obtener los permisos o pronunciamientos a que se refiere el inciso anterior.

¹⁰⁶² Para una síntesis del procedimiento, Vid. ASTORGA JORQUERA, Eduardo, *Derecho ambiental...*, 3ª edición, cit., págs. 183-189.

En tal sentido, es el particular quien pone a disposición de la Autoridad toda la información necesaria para que ésta pueda evaluar su proyecto, siendo en consecuencia él, el principal responsable por la veracidad y completitud de la misma.

De allí que la falta de previsión de un eventual daño ambiental es un yerro que principia, fundamental y eminentemente, en el titular de la actividad o proyecto, pues es él quien, siendo el interesado en llevarlos a cabo, debe evaluar cada una de las situaciones de riesgo que presente su emprendimiento.

Así, por lo demás, lo impone la observancia de los principios preventivo y precautorio, según hemos visto en este trabajo, en virtud de los cuales si no existe una certeza suficientemente contundente de que la actividad no ocasionará daño, a la luz de los estudios científicos y el estado actual del arte, el individuo interesado en llevarla a cabo deberá abstenerse de hacerlo.

De esta forma, puede considerarse suficiente que el daño sea previsible en abstracto, sin que tenga que haber previsto las consecuencias precisas de su acción, sino un daño dentro de cierta categoría, como por ejemplo, la posibilidad de causar un daño ecológico puro a las aguas o al aire.¹⁰⁶³

Luego, aunque la distinción entre previsibilidad *in concreto* y *en abstracto* carezca de fundamento legal, puede que sea útil en el supuesto de daños ecológicos puros en que, a consecuencia del empleo de sustancias poco conocidas, los daños no siempre son previsibles. Ello no supondría una novedad radical. En el *Common law*, por ejemplo, sólo hace falta que sea previsible el tipo de daño en un sentido amplio, no en el mecanismo exacto mediante el cual se produjo ni su alcance. De hecho, cualquier daño podría verse como extraordinariamente improbable -y, por tanto, nunca habría responsabilidad por culpa- si se describiese con el grado suficiente de detalle.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁶³ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 415.

¹⁰⁶⁴ Ídem.

En segundo lugar, y en sintonía con lo expuesto en precedencia, porque es el titular de la actividad o proyecto, el experto que mejor conoce los alcances de su empresa y, por lo tanto, de los impactos y daños ambientales que la misma puede generar. Luego, en tal sentido y también en armonía con los postulados del principio precautorio, es él quien tiene la primera obligación de anteponerse a cualquier situación de riesgo que pueda devenir en un daño ambiental.¹⁰⁶⁵

En este sentido ha sido resuelto por nuestra Corte Suprema, en un fallo que ya hemos citado previamente, al indicar:

"Vigésimo octavo: En efecto, el elemento subjetivo de la culpa se satisface por el conocimiento de la acción que se desarrollará y los riesgos anormales a que se enfrentará la persona que la realice, cobrando importancia las especiales capacidades y conocimientos técnicos y fácticos del sujeto actuante, de modo que en este caso la culpa se ha apreciado de acuerdo a las circunstancias y condiciones objetivas de las partes, conforme a las cuales les era exigible una conducta determinada, en este evento el deber de previsión y diligencia que es posible esperar de ella, especialmente a las personas que actuaron por la demandada, puesto que para que exista responsabilidad, enseña Marcelo Planiol y Jorge Ripert, no es necesario que se haya previsto efectivamente el daño preciso que se produjo, sino que basta con que se haya debido prever que iba a resultar un perjuicio del acto o de la omisión (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo IV, Página 719)".^{1066,1067}

¹⁰⁶⁵ En esta línea de pensamiento, se ha dicho, juzgamos con acierto, que "por consiguiente, el estándar de lo que debe hacerse ha de establecerse en función de los riesgos que no deben imponerse a los demás, y no de los daños que no deben causárseles. Ello, porque podemos provocar daños que no controlamos y porque es más probable controlar la creación de riesgos que la de daños, dado que éstos están sujetos a más contingencias que escapan a nuestro control". Cfr. BANFI DEL RÍO, Cristián, ob. cit., pág. 48.

¹⁰⁶⁶ Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, disponible en: Legal Publishing N° identificador: CL/JUR/3422/2011.

¹⁰⁶⁷ Este mismo criterio ya había sido sostenido por la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, quien confirmando un fallo de primera instancia, hizo suyo el considerando 29º donde se resolvió:

"Vigesimonoveno.-... Que de esta forma, ha quedado establecido que la demandada obró con culpa, en los términos señalados en el considerando vigesimoséptimo, pues ha habido falta de

Pero es más, confluye también en estos casos el principal mandato del principio *contaminador pagador*, esto es, que el causante del daño ambiental sea eminentemente quien deba repararlo.^{1068,1069} Referente a este último punto, en virtud de los preceptos que impone este principio, es posible sostener que el titular de la actividad debe responder también por los daños no previstos pero que resultaban previsibles, por cuanto es él quien creó las condiciones para que se produzca el deterioro al medio ambiente.

En tal sentido, y en aplicación armónica de las dos fases del principio *contaminador pagador* que hemos estudiado, no resulta ajustado a derecho sostener que sea la sociedad la que cargue con los costos ambientales de una actividad empresarial desarrollada por un sujeto, quien, además, se beneficiará en forma predominante con los provechos económicos de ésta.

En efecto, el daño ecológico puro es un daño colectivo, razón por la cual puede engendrar costos al colectivo social. De esta manera, excluir la responsabilidad del titular de la actividad o proyecto en situaciones como la que venimos estudiando, podría malograr financiaciones públicas o dejar a la Administración en la necesidad que se efectúen otras para reparar el daño ambiental. En este sentido, los postulados del principio permiten justificar que sea el autor del daño quien asuma esos costos y no la sociedad indiscriminadamente considerada.

diligencia, en cuanto ha existido omisión de la diligencia o cuidados exigibles en la situación de hecho tratada, pues si hubiera existido ésta, podrían haberse evitado los daños no queridos que se causaron a los sitios de la bahía Ilque 1 y 2. En el mismo sentido, ha existido una falta de previsibilidad de las consecuencias de sus actos, pues la empresa se encontraba en condiciones de haber podido o debido prever el resultado dañoso que se le imputa. (Vid. Ittma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, causa rol N° 11.652 - 2003, sentencia de fecha 2-04-2004, caratulada "Fisco de Chile con Cía. Industrial Puerto Montt S.A.").

¹⁰⁶⁸ Vid. supra pág. (capítulo cuarto; 1.3).

¹⁰⁶⁹ En un sentido similar al nuestro, SALGADO SCHNEIDER, quien expone "también la habrá [culpa] si ni siquiera los previó [los daños] en la evaluación ambiental pues él, como titular, es quien conoce su proyecto, la tecnología que usará, los efectos que se han dado en otras latitudes, y quién está obligado a identificar los impactos que causará y hacerse cargo de ellos, en base al principio «quien contamina paga». Cfr. SALGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 70.

Por ello, en conformidad a todo lo dicho, se debe recordar que la faz restauradora del principio *contaminador pagador* ordena que todo daño ambiental hace surgir una consecuencia jurídica para el autor del daño ambiental, la cual se traduce en que éste será responsable de todos los costos que ésta genera -lo cual, al menos en abstracto, engloba los daños previsibles e imprevisibles-. El daño ecológico puro, acorde al principio, da origen a la obligación de soportar todas las consecuencias y, en particular, los costos de la reparación.

En síntesis, en estas hipótesis, la culpa se puede verificar si: (i) el titular de la actividad o proyecto no se comportó como debió haberlo hecho; (ii) hizo menos de lo que se encontraba obligado -por imponérselo el ordenamiento ambiental en su conjunto, normas y principios-; (iii) no actuó como un hombre prudente de acuerdo al estándar que el Derecho ambiental y los principios que lo informan le exigían; y/o (iv) fue incapaz de prever los daños ambientales que el estado de los conocimientos científicos y la mejor tecnología disponible permitían predecir.¹⁰⁷⁰

Al respecto, se debe recordar que para la construcción del estándar de diligencia para apreciar la culpa o el dolo del titular de la actividad o proyecto, el juez debe considerar los postulados de los principios preventivo y precautorio -según si los riesgos y peligros eran o no conocidos respectivamente¹⁰⁷¹-, y en tal sentido quienes realizan ciertas actividades que importan una consecuencia o un riesgo que -aunque sea potencialmente- puede ocasionar un daño ambiental, deben en virtud de estos principios tomar mayores medidas de prevención u observar una mayor diligencia si quieren eximirse de la responsabilidad por los daños ambientales que su actividad ocasiona. En tal sentido, pesan sobre estos individuos deberes de información y de previsión mucho más rigurosos.

¹⁰⁷⁰ HUNTER AMPUERO, Iván, ob. cit., pág. 7.

¹⁰⁷¹ Vid. supra (capítulo cuarto; 1.4.5.5. y 1.5.5.2, respectivamente).

- b) De la responsabilidad de la Administración por deficiencias en la Evaluación Ambiental: Hipótesis en que los daños ambientales no pronosticados que ocasionó el titular de la actividad o proyecto sí eran previsibles

- *Antecedentes generales*

Sin perjuicio de lo dicho en precedencia, nos parece que el problema de mayor calado jurídico no se presenta con la responsabilidad del titular de la actividad o proyecto, sino con la eventual responsabilidad en la que podría incurrir la Administración por haber llevado a cabo una defectuosa evaluación ambiental que tuvo como consecuencia no prever daños ambientales -que eran perfectamente previsibles-, lo cual devino en que, precisamente, se verificaron daños ecológicos puros no pronosticados por ella.

Ante de efectuar cualquier análisis, es importante advertir que en este apartado no se estudiará la responsabilidad que le pueda caber a la Administración pública por los daños que con su acción (u omisión) el titular de la RCA haya ocasionado a particulares con ocasión del daño ecológico puro que generó (*daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental*), pues éstos, según hemos dicho a lo largo de este trabajo, se regirán por el Derecho común y general -en este caso, por el estatuto particular de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.¹⁰⁷²

Por el contrario, el caso en examen se refiere a la posibilidad de perseguir la *responsabilidad por daño ambiental de la Administración pública*, y más concretamente aquella responsabilidad que le cabría por haber efectuado una mala o

¹⁰⁷² En concreto, por las disposiciones de los artículos 4 y 42 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 13 de diciembre del 2000, D. of de 17 de noviembre de 2001, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18. 575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado [en adelante LBGAE] en relación a lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 38 de la CPR. Asimismo, por el artículo 141 de la LOCM en los casos que corresponda.

deficiente evaluación ambiental y, en definitiva, haber contribuido en la causación de un daño ecológico puro. En tal sentido, estudiaremos la posibilidad de poder demandar directamente a la Administración del Estado la reparación de daños medioambientales ocasionados materialmente por el sujeto al cual ella autorizó mediante la correspondiente RCA.

Sobre el punto, hacemos también presente que no se analizarán en este apartado los problemas de *legitimación* que una hipótesis como la que se indica puedan ocasionar -específicamente si es posible, como se pregunta BERMÚDEZ SOTO¹⁰⁷³, la existencia de un litigio de reparación ambiental caratulado *Fisco con Fisco*¹⁰⁷⁴- por cuanto el mentado problema excede los límites de este trabajo, al referirse a cuestiones de Derecho adjetivo.

De tal suerte, lo que se buscará elucidar en estas páginas es si resulta posible perseguir la responsabilidad por daño ambiental de la Administración pública por la actuación del tercero autorizado, esto es, por los daños ambientales que ha ocasionado el titular de una actividad o proyecto que fue calificado ambientalmente favorable por ella.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷³ Vid. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de...*, 2ª edición, cit., págs.- 439 y ss.

¹⁰⁷⁴ Dado que el Estado es uno de los titulares de la acción de reparación ambiental -acaso el más importante-, la cual ejerce a través del Consejo de Defensa del Estado, en el evento que sea el propio Estado o la Administración pública la que generó el daño ecológico puro, se podría presentar la situación que el litigio deba trabarse entre el Consejo de Defensa del Estado como demandante y demandado.

¹⁰⁷⁵ En este sentido, MARTÍN REBOLLO inquiría en España hace varios lustros: "si la responsabilidad administrativa no puede funcionar como instrumento para que la Administración no abdique de los contenidos propios de su actividad. Es decir, la Administración ha intervenido antes de la producción del daño, autorizando la industria, vigilando el cumplimiento de sus condiciones técnicas, permitiendo el paso de barcos -por ejemplo, de petroleros en el caso gallego- por zonas pobladas y de riqueza piscícola, dando el visto bueno a ubicaciones peligrosas... Desde el punto de vista de los intereses de las víctimas -ante la destrucción del negocio del directamente responsable- y al margen de las prestaciones de la Seguridad Social, ¿no se podría pensar que hay un funcionamiento anormal del servicio público, como dice el artículo 40 de la LRJ? Se trata, pues, de que la Administración cumpla, vigile, actúe plenamente los contenidos legales, so pena de verse implicada también en cuanto a las responsabilidades e indemnizaciones se refiere cuando se ha producido el daño". Cfr. MARTÍN REBOLLO, Luis, "Medio Ambiente y responsabilidad de la Administración" en *Revista Española de*

- *Hipótesis específicas de responsabilidad de la Administración que se pretenden analizar*

En este estado de cosas, las hipótesis de responsabilidad de la Administración que nos interesa estudiar^{1076,1077} se refieren a aquellos casos en que

Derecho Administrativo, N° 11, (1988), págs. 651 y ss. En un sentido similar, CONDE ANTEQUERA, ob. cit., pág. 354.

¹⁰⁷⁶ Las diversas hipótesis que pueden dar lugar a demandar la responsabilidad de la Administración pública, pueden ser sintetizadas de la siguiente manera:

(i) Responsabilidad por una acción administrativa:

- Se lleve a cabo una actividad de prestación de servicios en forma directa tanto por funcionarios o cualquier empleado público;
- Por su actividad jurídica consistente en la dictación de normas y en el otorgamiento de autorizaciones. Estas hipótesis, como expresa un autor, se verifican cuando "la regulación que desarrolla conforme a su potestad normativa no es la adecuada. De otro lado, bien cuando autoriza una actividad que sobrepasa los niveles previstos en la normativa; o, desde otro punto de vista, cuando la Administración concede una licencia ilícita o sin que se haya verificado el cumplimiento de las oportunas medidas correctoras a una actividad y ello suponga una causación de un daño ambiental". (Cfr. CONDE ANTEQUERA, ob. cit., pág. 366). Precisamente esta última situación es una de las que nos interesa analizar en este acápite.
- Por los delitos o faltas que comentan las autoridades o funcionarios.
- Se lleve a cabo una actividad de prestación de servicios en forma indirecta, como ocurre en el caso en que la Administración actúe a través de empresas concesionarias, etc.

(ii) Una omisión de su función de control o protección ambiental:

- Cuando se ocasiona un daño ecológico puro por la omisión de un servicio público obligatorio;
- Cuando se ocasiona un daño ambiental por omisión de un deber normativo que se requería. En concreto: "cuando la autoridad no haga uso de su potestad reglamentaria para producir esa normativa protectora que tiene obligación de dictar". (Cfr. CONDE ANTEQUERA, ob. cit. pág. 369). Esta cuestión es interesante, puesto que con dicha omisión la Administración podría ser responsable luego, y además, "por la falta de previsión exigible ya que posteriormente se va a autorizar actividades que no van a sobrepasar los límites previstos por esa normativa pero que no por ello dejan de ser contaminantes, ya que el que existan tales límites normativas no significa que éstos sean suficientes para garantizar la protección ambiental". (Ídem).
- Cuando la Administración no ejerza la tutela judicial para obtener la reparación ambiental cuando proceda. Recordemos que uno de los legitimados activos de la acción ambiental es precisamente el Estado, por medio del Consejo de Defensa del Estado, y siendo un deber constitucional de éste tutelar la preservación de la naturaleza, en aquellas hipótesis en que dicho órgano no ejerza la acción ambiental respectiva, es perfectamente posible configurar la responsabilidad de la Administración. Máxime si se trata de bienes cuya titularidad es del Estado.

se ocasionó un daño ecológico puro que no fue pronosticado en la evaluación ambiental, pero que era perfectamente previsible, y donde dicha falta de previsión se ha debido a que la Administración pública (tanto el SEA como la Comisión a que se refiere el inciso 1º del artículo 86 de la LBGMA¹⁰⁷⁸ [en adelante la Comisión]):

(i) efectuó mal o negligentemente la evaluación ambiental en cuya virtud se calificó ambientalmente favorable la actividad o proyecto que ocasionó un determinado daño ecológico puro; o

(ii) el caso más grave, no llevó a cabo la evaluación pertinente, calificando ambientalmente favorable el proyecto, que produjo un determinado daño ambiental, sin haberlo examinado.¹⁰⁷⁹

-
- Cuando que se causen daños por actividades prohibidas o que sobrepasen lo dispuesto en la autorización administrativa, en el caso que la Administración competente -en el caso chileno la SMA- haya omitido su deber de vigilancia. Lo que en estos casos se omite es el deber de control y vigilancia de la administración.
 - Cuando se produzcan daños por actividades autorizadas que ajustan su comportamiento a lo previsto en su RCA, pero que igualmente ocasionan daños. "En este caso, la responsabilidad, que sería exigible a la Administración encargada de la regulación específica de la actividad, se fundamentaría en el hecho de no haber prevenido suficientemente la causación del daño mediante una regulación adecuada". (Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, ob. cit., pág. 372).

¹⁰⁷⁷ A la luz de lo expuesto en precedencia, se debe considerar, como explica GALERA RODRIGO, que pueden presentarse situaciones de concurrencia de responsabilidad de varias Administraciones. Así, en el caso chileno, por ejemplo, podría verificarse una responsabilidad de la SMA por no haber efectuado correcta y diligentemente su labor de fiscalización y vigilancia, pero también del SEA y de la Comisión a la que alude el artículo 86 de la LBGMA, por no haber efectuado una correcta evaluación ambiental y haber aprobado una actividad o proyecto que no reunía los requisitos necesarios. Cfr. GALERA RODRIGO, Susana, *La responsabilidad de las administraciones públicas en la prevención de daños ambientales*, Ediciones Montecorvo, Madrid, 2001, págs. 151 y ss.

¹⁰⁷⁸ El inciso 1º del artículo 86 en comento dispone:

"Artículo 86.- Los proyectos serán calificados por una Comisión presidida por el Intendente e integrada por los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación, y el Director Regional del Servicio, quien actuará como secretario".

¹⁰⁷⁹ Sobre el particular, es interesante destacar que, en España, por ejemplo, la responsabilidad patrimonial de la Administración es, teóricamente, objetiva (según lo dispone el artículo 139 de la Ley 30/1992), pero la doctrina, sin embargo, busca títulos de imputación en el ejercicio de sus funciones de control en la culpa (*in vigilandi, in eligendo*, etc.). Sobre este punto, Vid. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción

LAGUNA DE PAZ, sintetiza estas dos hipótesis al afirmar que la responsabilidad Administrativa puede derivarse "ante graves negligencias en el otorgamiento de la autorización, habilitando para el ejercicio de la actividad a quien no reúne las más elementales condiciones para ello".¹⁰⁸⁰

En este escenario, y respecto de ambas situaciones, pensamos que resulta plenamente viable exigir la responsabilidad de la Administración pública¹⁰⁸¹, la cual se verifica en que concurre respecto de ella una especial forma *culpa in ommitendo*¹⁰⁸² - en el fondo, se otorgó una autorización ambiental (acción), sin haber efectuado la evaluación ambiental pertinente o habiéndola efectuado en forma deficiente

competente", en Luis Martín Rebollo (director), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 40; GARRIDO FALLA, Fernando, "Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 94, (1997), págs. 178-179.

¹⁰⁸⁰ Cfr. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La autorización...*, cit., pág. 320. El autor agrega además otras dos hipótesis en las que surgirá responsabilidad para la administración, a saber: "2.- Cuando el daño resulte de aspectos de la actividad que hayan sido predeterminados por la norma o por la Administración, en la propia autorización. 3.- Cuando el deficiente ejercicio de sus potestades de vigilancia y control hayan permitido la concreción de un resultado dañoso, que -en otro caso- no se hubiera producido".

¹⁰⁸¹ Contra nuestra opinión, PIERRY ARRAU, para quien sólo se puede ejercer la acción de reparación o acción ambiental en contra del Estado, en aquellas situaciones que se "refieren a la actividad material dañina realizada por el Estado o sus órganos, sin que exista un antecedente jurídico directo. Así, por ejemplo, Codelco puede contaminar con sus chimeneas, Enap puede causar un daño con un vertimiento de petróleo, los hospitales de los Servicios de salud pueden quemar sus desechos, etc...". Ello, dado que en las otras hipótesis, sostiene que: "el particular primero tendría que obtener la anulación del acto administrativo ilegal para poder obtener la condena del Estado, lo que es imposible a través de la acción de reparación ambiental. Como ustedes saben, existe la «presunción de legalidad del acto administrativo»; la acción de reparación ambiental exige la existencia de dolo o culpa, y obviamente no puede haber dolo o culpa tratándose de un acto jurídico-administrativo que tiene su base en una presunción de legalidad del acto administrativo" (sic). Cfr. PIERRY ARRAU, Pedro, "Responsabilidad del Estado por Daño Ambiental", en Ximena Silva Abranetto (directora), *Cumplimiento de la Legislación Ambiental y Reparación de Daños al Medio Ambiente*, Consejo de Defensa del Estado (editor), Santiago, s.d, págs. 77 y 79.

¹⁰⁸² Se trata de situaciones donde "puede exigirse responsabilidad a la Administración cuando no impide la causación de un daño por ignorar su deber impuesto legalmente de vigilancia o de control de ciertas actividades o actuaciones (culpa «in vigilando»), o al no prestar el servicio de protección del medio ambiente que tiene atribuido (culpa «in ommitendo»). Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, *El deber de restauración...*, cit., pág. 359. Sobre las nociones de culpa *in vigilando* e *in ommitendo* de la Administración, Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, "Responsabilidad Administrativa por culpa in vigilando o in committing" en VV.AA, *Gobierno y Administración en la Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, págs. 893-907.

(omisión)-. Como expresa REBOLLO PUIG, la responsabilidad de la Administración se sustenta en "el incumplimiento de un deber de evitar que ese concreto agente causara daños o actuara de forma que pudiera causarlos, más una falta de diligencia para prevenirlos y evitarlos".¹⁰⁸³

Por el contrario, cuando ese deber no es omitido, como expresa LAGUNA DE PAZ, "la Administración no tiene por qué hacerse cargo de todos los daños que el sujeto autorizado -que es un particular, que lleva a cabo una actividad privada- origine a terceros [en este caso al medio ambiente], sino sólo de aquellos que, mediando una causación adecuada, pueda imputarse a un funcionamiento anormal (culposo) de los servicios públicos. El presupuesto, por tanto, ha de ser un deficiente ejercicio de las competencias administrativas, con incidencia en la producción del resultado. Una solución distinta, desvirtuaría el sentido de esta institución (y tampoco tendría posibilidades financieras reales)".¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸³ Cfr. REBOLLO PUIG, Martín, "Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por el hecho de otro. Comentarios a la STS de 9 de mayo de 1989", en *Poder Judicial*, Nº 20, (1990), pág. 50. Es también la opinión de ENTRENA CUESTA, quien afirma que "la Administración responde porque, al incumplir su deber de garante, da lugar a una lesión «que podría haberse evitado» o al menos paliado de haberse realizado la actividad pertinente". Cfr. ENTRENA CUESTA, Rafael, "Responsabilidad e inactividad de la Administración", en J. Luis Martínez López-Muñiz y Antonio Calonge Velázquez (coordinadores), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 370. En un sentido aún más enérgico, GÓMEZ PUENTE, sostiene que no es posible negar que la Administración asume una posición de garante cuando realiza funciones de policía y que si, por falta de ejercicio de los poderes de inspección y control propios de esta función, se ocasiona un daño, el deber de reparar también le alcanzará, sin perjuicio de la eventual vía de regreso contra los demás sujetos responsables. Cfr. GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la administración*, 4ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 1107-1136.

¹⁰⁸⁴ Cfr. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La autorización...*, cit., pág. 315. Sobre este tema, Vid. también, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Los anteojos del civilista: hacía una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", en *Documentación Administrativa*, Nº 237-238, (1994), págs. 247 y 249.

- Circunstancia fáctica que justifica la responsabilidad de la Administración

Para una y otra hipótesis, la circunstancia fáctica sobre la cual se fundamentaría la responsabilidad de la Autoridad administrativa, dice relación con que ésta no verificó el cumplimiento de todos y cada uno de los antecedentes que permitían asegurar que la actividad o proyecto cumplía con la normativa ambiental vigente, y debido a esto no advirtió ni previó que el desarrollo del emprendimiento empresarial necesariamente ocasionaría daños ecológicos puros. En concreto, "vulnera la obligación que pesa sobre ella de autorizar solamente aquellas actividades que reúnan las garantías necesarias".¹⁰⁸⁵

- Factores de imputación subjetivos

En cuanto al factor subjetivo que permitiría imputar dicha responsabilidad a la administración, se deberá distinguir según se trate de uno u otro caso.

Para la primera hipótesis, esto es el comportamiento negligente en la evaluación ambiental, sin lugar a dudas el elemento subjetivo de imputación será la culpa en la que incurre la Administración en tanto se comporta negligentemente en el cumplimiento de sus deberes de fiscalización y análisis de los antecedentes proporcionados por el titular de la actividad o proyecto que ocasionó el daño ambiental respectivo.

Al respecto, se debe recordar que sin perjuicio de ser el titular quien acompaña todos los documentos necesarios para la evaluación ambiental, la Autoridad pública (tanto el SEA, como los organismos sectoriales consultados en la evaluación ambiental y la propia Comisión a la que alude el artículo 86 de la LBGMA) son órganos expertos que, precisamente, cuentan con la pericia necesaria para percibir si dichos antecedentes son incompletos o no han considerado efectos

¹⁰⁸⁵ Cfr. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La autorización...*, cit., pág. 307.

significativamente adversos que constituirían daños ambientales al momento de ejecutarse la actividad o proyecto.

En tal sentido, una vez que se informa a la Autoridad administrativa, por parte del titular, de todas las particularidades de la actividad o proyecto, incluida su línea de base¹⁰⁸⁶, habida consideración del carácter de técnicos-expertos de los órganos que serán consultados, no resultaría plausible admitir una exoneración de su responsabilidad por no haber recibido toda la información o haberla recibida en forma parcial tratándose de daños ambientales previsibles.

En efecto, precisamente por su condición de técnicos, dichos órganos públicos se encontraban en situación de conocer perfectamente qué antecedentes no proveídos por el titular resultaban rigurosamente necesarios para poder autorizar la actividad o el proyecto respectivo, así como los daños ambientales previsiblemente verificables que no habían sido considerados en el respectivo Estudio de Impacto Ambiental.¹⁰⁸⁷

Con respecto a la segunda hipótesis que planteábamos, el factor de imputación subjetivo será derechamente el *dolo* con que obra la Administración. Desde luego, el no haber analizado los antecedentes ni efectuado la correspondiente evaluación ambiental que por mandato legal se encontraba obligada, implica que la autorización que se proporcionó al titular de la actividad o proyecto que ocasionó el daño ambiental sea un comportamiento manifiestamente doloso, entendido éste

¹⁰⁸⁶ El artículo 2º letra l) de la LBGMA define este concepto cómo:

"Artículo 2º.- Para todos los efectos legales, se entenderá por:

l) Línea de Base: la descripción detallada del área de influencia de un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución".

¹⁰⁸⁷ En el fondo, verbigracia, el Consejo de Monumentos Nacionales debe ser capaz de conocer y advertir cabal y rigurosamente si un titular de una actividad o proyecto ha omitido información referente a un eventual daño ecológico puro que su emprendimiento ocasionará, por ejemplo, en el patrimonio histórico de un lugar, por cuanto él es el órgano que posee la mayor y más calificada pericia en el rubro.

como la aceptación voluntaria del ilícito con conciencia de la antijuridicidad de la acción.¹⁰⁸⁸

- Fundamentos jurídicos de la responsabilidad de la Administración

Asimismo, para ambos casos, se debe mencionar que el fundamento de Derecho positivo en virtud del cual se puede atribuir a la Administración pública responsabilidad y la consecuente obligación de reparación de los daños ambientales ocasionados por el tercero autorizado por ella, descansa, principal y eminentemente, en el mandato constitucional que pesa sobre el Estado (art. 19 N° 8 de la CPR), en tanto la Carta Fundamental hace cargar sobre él *el deber de tutelar la preservación de la naturaleza*.¹⁰⁸⁹

En efecto, estimamos que si en virtud de este mandato constitucional el Estado deberá reparar el medio ambiente dañado incluso en todas aquellas hipótesis en que no sea posible determinar al sujeto responsable¹⁰⁹⁰, tanto más deberá hacerlo

¹⁰⁸⁸ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., págs. 159-160. El autor profundiza en esta concepción del dolo afirmando: "solo en forma excepcional lo querido es el perjuicio ajeno, con exclusión de otro interés. Más generalmente, la intención se reduce a aceptar el daño como una consecuencia colateral de la acción. Pero también se extiende a la simple *mala fe* (que incluye la actuación temeraria contraria a la decencia y las buenas costumbres) y al *fraude* (esto es, el engaño por acción u omisión, abusando de la autoridad o de la experiencia o proporcionando a sabiendas información falsa).

¹⁰⁸⁹ Sobre el medio ambiente como objeto de un derecho y un deber o valor colectivo constitucionalizado, en derecho comparado, Vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho ambiental...*, cit., págs. 489-557.

¹⁰⁹⁰ Sobre el particular, en Derecho comparado se ha dicho que "el fundamento de la atribución del poder directo de reparación *in natura* al ente público coincide con el que informa el reconocimiento de la legitimación del Estado para perseguir judicial -legitimación activa- o extrajudicialmente -haciendo uso de su potestad de auto tutela- la efectiva reparación ambiental...". Cfr. GOMIS CATALÁ, Lucía, ob. cit., pág. 258. En tal sentido, "la restauración ambiental, por un lado, es una medida derivada de la existencia de responsabilidad y, por lo tanto, exigible como obligación impuesta sobre el causante del daño y, por otro lado, es una política administrativa y una función pública, constituyéndose en un deber de la Administración pública. No es una obligación exigible únicamente a aquéllos que han causado un daño sino que, por imperativo constitucional, los poderes públicos han de garantizarla". Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, ob. cit., pág. 100.

en aquellas situaciones donde su intervención ha sido un elemento causal determinante en la verificación del daño ambiental.¹⁰⁹¹

En síntesis y a la luz de lo expuesto, estimamos que "en la mayoría de las ocasiones, el daño ambiental surge por una actuación administrativa culposa o negligente, omisiva de su deber de actuar en defensa del medio ambiente e infractora por tanto del deber de protección que le viene impuesto [constitucional y] legalmente, y divergente del fin de persecución del interés general, concretado en este caso en el mantenimiento de las cualidades ambientales (hablaríamos en estos supuestos de funcionamiento anormal)".^{1092,1093}

En todo caso, pensamos que la Administración sólo deberá hacerse cargo de los daños de los que sea también responsable el sujeto autorizado por ella. De tal suerte, que si concurre una causal de exoneración en favor del titular de la actividad o proyecto que ocasionó el daño ambiental -como, verbigracia, la *ausencia de culpa*- dicha circunstancia -la no responsabilidad del tercero autorizado- operará, a su turno, como eximente de la responsabilidad de la Administración.¹⁰⁹⁴ Lo que no obstaría, en

¹⁰⁹¹ En un sentido similar, en España, se ha afirmado: "como decíamos, la obligación de la Administración de reparar el daño ambiental restaurando el medio dañado o de exigir a aquél que ha causado ese daño el cumplimiento de estas obligaciones, es una función que le viene constitucional y legalmente atribuida... De este modo resulta obligada a realizar dicha restauración ambiental, en muchas ocasiones aunque no haya sido la causante del daño, por lo que con más razón ha de proceder a realizar dicha reparación cuando el daño ambiental haya sido causado a consecuencia de un actuación u omisión administrativa". Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, ob. cit., pág. 358.

¹⁰⁹² Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, ob. cit., pág. 358.

¹⁰⁹³ PARADA VÁZQUEZ, explica que el "funcionamiento anormal" es una circunstancia análoga a la "falta de servicio" -noción perfectamente asimilada por nuestro Derecho-, en cuanto ésta consiste en un "mal funcionamiento del servicio público", en un "no funcionamiento" o en un "funcionamiento tardío". Cfr. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92 de 26 de noviembre)*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 428.

¹⁰⁹⁴ En España, parecidamente, LAGUNA DE PAZ al expresar "Como regla, la Administración sólo puede hacerse cargo de los daños de los que sea subjetivamente responsable el sujeto autorizado. A este respecto, debe tenerse en cuenta que los vínculos que éste establece con terceros son de naturaleza enteramente privada, por lo que resultan aplicables los criterios que definen la responsabilidad *interprivatos* (arts. 1902 y ss. CC). Salvo en situaciones de creación de riesgo, el titular de la autorización sólo responderá de los perjuicios que cause con su conducta negligente. De ahí que la culpa *in operando* del titular de la autorización sea condición necesaria -aunque no suficiente- para el

todo caso, a qué sea el Estado quien igualmente acometa las labores de reparación, ya no en calidad de responsable, sino en cumplimiento del deber constitucional que le impone el artículo 19 N° 8 de la CPR, tantas veces citado.

Empero, y en todo caso, no parece probable que se verifique una situación como la aludida, puesto que siendo *previsibles* los daños ambientales ocasionados por el tercero autorizado, y no habiendo sido, inexcusablemente, previstos por él, dicha circunstancia denota, cuando menos, la negligencia en su obrar en casi todos los supuestos imaginables.

Ahora bien, pensamos con LAGUNA DE PAZ que "como excepción podría reconocerse la responsabilidad exclusiva de la Administración -sin culpa del sujeto autorizado- cuando el otorgamiento de la autorización hubiera trasladado a su titular una falsa apariencia de legalidad y de corrección (técnica) de su actuación, que éste no hubiera podido desmontar aplicando la diligencia exigible al caso".¹⁰⁹⁵

En otro estado de cosas, se debe considerar también que si se produce un daño al medio ambiente por parte de la Administración a consecuencia de su actuar, siendo su protección de interés público, precisamente por vulnerar el *principio de actuación administrativa conforme al interés público*, se origina una "desviación de poder", que da origen a responsabilidad, sin perjuicio de que podrá ser causa de

reconocimiento de la responsabilidad administrativa". Cfr. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La autorización...*, cit., pág. 311. Ahora bien, el autor se refiere al problema desde la perspectiva que siendo en España la responsabilidad patrimonial de la Administración objetiva, podría pensarse que ésta deberá también responder por los daños que objetivamente se imputen al tercero autorizado, situación que él niega. Para nuestro caso, el análisis nos parece certero no por estimar que el régimen objetivo de responsabilidad de la Administración no alcanza al particular y que, en consecuencia, se requiere de su culpa para hacerlo responsable de los daños que ocasiona, sino porque se reconoce que ésta última exigencia -la culpabilidad del titular- es una condición necesaria de la responsabilidad administrativa.

¹⁰⁹⁵ Cfr. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado", en *Revista de Administración Pública*, N° 155, (2001), pág. 41.

anulación del acto administrativo en cuestión¹⁰⁹⁶, en este caso, de la RCA que calificó ambientalmente favorable el proyecto.

Este último antecedente, además, permite demostrar nuevamente esa particular naturaleza que posee la responsabilidad por daño ambiental, y que nos ha llevado a postular su carácter autónomo o mixto, esa naturaleza híbrida compuesta de notas de Derecho público y privado que lo sitúa como un *tertium genus* entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad pública.

- *La relación de causalidad en esta precisa hipótesis de responsabilidad de la Administración*

En otra esfera de reflexiones, y con respecto a cualquier aprensión que se pudiera tener en relación a la existencia del vínculo causal que debe ligar a la actuación de la Administración con el concreto daño ambiental ocasionado por el tercero autorizado, es importante hacer notar que el nexo causal se presenta y viene determinado por la ausencia de diligencia debida de la Administración por autorizar una actividad sobre la base de unas condiciones que no fueron suficientes, al no haber previsto los daños ecológicos puros que finalmente se verificaron.^{1097,1098} En tal sentido, si la *imprevisibilidad*, según veremos en el acápite siguiente, sirve como

¹⁰⁹⁶ Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, ob. cit., pág. 359.

¹⁰⁹⁷ *Ibíd*em, pág. 362.

¹⁰⁹⁸ Existe una sentencia del Tribunal Supremo Español que expresa muy bien esta cuestión. Afirman en dicha oportunidad los sentenciadores:

"... Fue éste [el Ayuntamiento] el que otorgó la licencia, amparando con ello la actividad realizada, sin exigir que la demolición se ajustase a pautas para la reducción de los efectos nocivos para terceros de la actividad de derribo. Con ello, determinó que este se hiciese en una forma menos gravosa o costosa para el contratista y más molesta y perjudicial para otros ciudadanos. El otorgamiento de la licencia en la forma correcta, esto es, contemplando los requisitos del proyecto de demolición, y la consecuente actuación posterior a raíz de denuncias recibidas, hubieran evitado los efectos perjudiciales. Por todo ello, éstos son imputables al indebido ejercicio por la Administración de su actividad de control". (Vid. STS de 30 - 4 - 1996 (RJ 1996, 3644)).

eximente de responsabilidad de la Administración y del titular, la *previsibilidad* sirve como factor de imputación.¹⁰⁹⁹

En efecto, no se debe olvidar que "en el mundo del Derecho, la causación no puede abordarse sólo con arreglo a criterios materiales, sino fundamentalmente valorativos. No interesa el variado y desigual cúmulo de causas sin las cuales el resultado físicamente no se hubiera producido, sino sólo aquéllas que jurídicamente pueden considerarse relevantes. Se trata de encontrar una «causalidad jurídica», o lo que es lo mismo, una *imputación objetiva*, que permita referir jurídicamente el resultado dañoso a la conducta de un sujeto determinado".¹¹⁰⁰

Sin embargo, es necesario afirmar que el erario público no puede asumir todos los perjuicios que pueda originar el sujeto autorizado, sino sólo aquellos que -de acuerdo con la normativa sectorial aplicable- expresen una conexión razonable entre el daño y la ausente o negligente evaluación ambiental llevada a cabo por la Administración.¹¹⁰¹ "El resultado ha de ser previsible y evitable en el curso normal de los acontecimientos, de manera que -a la vista de las circunstancias concurrentes- la conducta de la Administración pueda considerarse idónea para su producción".¹¹⁰²

- Régimen según el cual se debe perseguir la responsabilidad de la Administración por los daños ambientales que ocasione

Otro tema que debe ser abordado en este apartado dice relación con esclarecer si la responsabilidad ambiental de la Administración pública se debe

¹⁰⁹⁹ Cfr. CONDE ANTEQUERA, Jesús, ob. cit., pág. 362.

¹¹⁰⁰ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, vol. II, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 488.

¹¹⁰¹ Cfr. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, ob. cit., pág. 319. En un sentido similar, Vid. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Los anteojos del Civilista...", cit., págs. 239-254.

¹¹⁰² Cfr. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La autorización...*, cit., 319 - 320.

perseguir en conformidad a la LBGMA o bien mediante las normas propias que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.¹¹⁰³

La problemática que al respecto se presenta ha sido analizada rigurosamente en nuestro país por BERMÚDEZ SOTO, de manera tal que para la exposición del *status quaestionis* del problema nos remitiremos, fundamentalmente, a sus estudios sobre el particular.¹¹⁰⁴

En tal sentido, "el análisis de esta materia tiene como base, por una parte, el marco normativo que el legislador ha fijado para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado administrador y por otra, el conjunto de disposiciones de la LBGMA referidas a la responsabilidad por daño ambiental".¹¹⁰⁵ En concreto, se debe dilucidar si la responsabilidad de la Administración que hemos estudiado en estas páginas deberá ser perseguida conforme a las normas que componen su propio estatuto jurídico de responsabilidad o bien conforme a las normas de la LBGMA que establecen el régimen general u ordinario de responsabilidad por daño ambiental en nuestro ordenamiento jurídico.

El análisis de esta cuestión no es baladí. En efecto, según se ha estudiado en este trabajo, el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA es de carácter subjetivo, esto es, para la determinación de la responsabilidad y la resultante obligación de reparación del daño ambiental, es necesario que concurra respecto del sujeto pasivo, junto con la acción, la relación de causalidad y el daño, su culpa o dolo. Mientras que tratándose de la responsabilidad de la Administración pública, el régimen de responsabilidad aplicable es *por falta de*

¹¹⁰³ Que como señalábamos algunas páginas más atrás, se configura por las disposiciones de los artículos 4 y 42 de la LBGAE, en relación a lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 38 de la CPR, así como, por el artículo 141 de la LOCM en los casos que corresponda.

¹¹⁰⁴ Vid. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "La responsabilidad extracontractual de la Administración...", cit., págs. 253 - 264; y *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., págs. 434 - 444.

¹¹⁰⁵ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., págs. 434.

servicio^{1106,1107}, esto es, un estatuto híbrido -semejante a la responsabilidad objetiva o estricta- en el que en ciertas condiciones se responderá bajo la sola relación causal entre el hecho de la Administración y el daño.¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁶ Bajo este estatuto "no se exige un juicio de reproche personal respecto del agente del daño, sino supone una valoración objetiva de la conducta de la Administración". Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 485. Este autor, con citas a profusa jurisprudencia de nuestros tribunales superiores que así han conceptualizado el régimen de responsabilidad por *falta de servicio*, señala que "la diferencia esencial entre la *falta de servicio* y la *culpa* radica en la naturaleza de la función que genera los deberes de cuidado. En ambos casos se requiere comparar la conducta real con la debida. Pero, mientras en el derecho privado es el orden basado en la igualdad jurídica de las partes, la función pública supone el deber de servir; así como la potestad de afectar intereses de los administrados. De ello se siguen las diferencias correlativas entre la construcción de la culpa y de la falta de servicio como condiciones de la responsabilidad extracontractual" (Ibídem, pág. 487). En España, y circunscritos a la discusión sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, en tanto si ella debe ser sólo por el funcionamiento "anormal" o también por el "normal", PANTALEÓN afirma que la indemnización sólo debe proceder con respecto a los *accidentes*, cuando estos deriven del funcionamiento *anormal* del servicio (*fautes del service*) y, en el caso de que deriven del funcionamiento normal, cuando así lo prevean las leyes especiales. Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Los anteojos del civilista...", cit., pág. 251. Sobre el particular, Vid. también, SANZ RUBIALES, Iñigo, "Criterios del Consejo de Europa y ordenamiento español: Algunos problemas", en J. Luis Martínez López-Muñiz y Antonio Calonge Velázquez (coordinadores), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 59-76.

¹¹⁰⁷ Para un sector de la doctrina la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva, sustentando su tesis en las normas de la CPR. Sobre el particular, Vid. SOTO KLOSS, Eduardo, "Responsabilidad Administrativa Municipal", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 78, 1ª parte, (1981) págs. 39 y ss.; y FIAMMA OLIVARES, Gustavo, "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16 N°2, (1989), págs. 429 - 440 (en especial la página 435).

¹¹⁰⁸ Para una bibliografía básica sobre la materia y su evolución en el Derecho chileno, Vid. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 481-534; PIERRY ARRAU, Pedro, "¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la Jurisprudencia", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 11, (2004); LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente", en *Revista de Derecho y Gaceta de los Tribunales*, tomo 94, 1ª parte, (1997), pág.31 y ss.; SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996; SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995; PIERRY ARRAU, Pedro, "Algunos Aspectos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 92, 1ª parte, (1995), pág.17 y ss.; FIAMMA OLIVARES, Gustavo, "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, N° 2, (1989), págs. 429-440; SOTO KLOSS, Eduardo, "Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho chileno", en *Revista de Derecho y jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 81, 1ª parte, (1984), págs. 87-96; SOTO KLOSS, Eduardo, "Responsabilidad Administrativa Municipal", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 78, 1ª parte, (1981) págs. 39 y ss.

Bajo este supuesto, como se advierte, resulta fundamental esclarecer bajo qué estatuto debe responder la Administración por los daños ambientales ocasionados por el tercero autorizado en las hipótesis que venimos estudiando en este acápite.

En este sentido, BERMÚDEZ SOTO afirma que el problema debe ser abordado considerando la *supuesta autarquía del Derecho administrativo*, esto es, reconociendo que se trata de un Derecho estatutario, referido a la normativa jurídica válida específicamente para regular a la Administración, lo cual implica que, en Chile, se encuentra sustraído en ciertos aspectos del Derecho común.¹¹⁰⁹

En esta línea de análisis, el autor citado agrega que entre los elementos del concepto de Derecho administrativo se cuentan: (i) que se trata de un Derecho público; (ii) que se trata del Derecho de la Administración pública; (iii) que la relación jurídica administrativa requiere la presencia de una Administración pública; y (iv) que se trata de un Derecho en equilibrio.¹¹¹⁰

Luego, y a partir del análisis dichas características o elementos del Derecho administrativo, se plantea la inquietud sobre cuál es el régimen que se debe utilizar para perseguir la responsabilidad por los daños ambientales ocasionados por la Administración, arribando a la conclusión de que:

"el problema del ordenamiento jurídico aplicable frente a los casos de daños ambientales ocasionados por órganos de la Administración del Estado no está resuelto. Aquí se han planteado las dos probables soluciones [responder conforme a su estatuto o conforme a la LBGMA], sin embargo, ninguna de ellas es absoluta. La elaboración dogmática de un Derecho administrativo

¹¹⁰⁹ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., pág. 436. En este punto, es interesante notar que, en otros ordenamientos jurídicos, como el español, por ejemplo, el Derecho administrativo es el "derecho común" de la Administración pública por lo que se *auto integra*. No es *especial* respecto del Derecho civil y si se remite a él, debe hacerlo en forma expresa. Sobre el particular, por todos, Vid. GARCÍA ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo...*, tomo I, cit., págs. 64-71.

¹¹¹⁰ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., págs. 437-438.

moderno tiende a la aplicación autónoma de las normas jurídico-administrativas, cuando ellas existen. Lo que conduciría a que, frente a los daños que ocasiona la Administración, de cualquier naturaleza que estos sean, se deberá perseguir la responsabilidad según las normas que regulan la responsabilidad extracontractual por falta de servicio del Estado administrador. Por su parte, la LBGMA ha establecido un sistema de responsabilidad específico, que atiende a las especiales características que plantea la protección ambiental y no al sujeto que causa el daño ambiental. Así, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, el medio ambiente, aparece como mucho más adecuado optar por esta segunda opción. La elección por cualquiera de las dos soluciones plantea inconvenientes, e incluso más, es probable que la solución definitiva sólo venga dada por el legislador".¹¹¹¹

En conformidad al análisis expuesto, por nuestra medida, pensamos que la responsabilidad de la Administración por los daños ambientales ocasionados por el tercero autorizado por ella mediante la correspondiente RCA, debe ser perseguida a través del régimen general u ordinario establecido en la LBGMA -salvo, desde luego, que existan disposiciones especiales aplicables (artículo 51 inciso 2º)-.

Ello se piensa, toda vez, que dicho cuerpo normativo dispone expresamente que "*todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley*" (artículo 51 inciso 1º). Consecuentemente, y en aplicación del *principio de especialidad*, la disposición de la LBGMA debe ser rigurosamente respetada en cuanto al imperativo de que *todo* sujeto -incluida la

¹¹¹¹ *Ibíd*em, págs. 443-444. Sin perjuicio de esta conclusión *abierto*, en otro de sus trabajos el autor postula la que, a nuestro juicio, parece ser la solución correcta según diremos a continuación, al afirmar que "si lo que se pretende es la reparación del medio ambiente dañado, y sólo eso, la vía sería la de la responsabilidad ambiental. Por el contrario, si lo que se pretende es la reparación del patrimonio dañado, la vía será la ordinaria de responsabilidad de la Administración". Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "La responsabilidad extracontractual de la administración...", cit., pág. 264. En todo caso, es necesario advertir que el autor concluye en dicho trabajo que no procedería el ejercicio de la acción ambiental.

Administración pública- que ocasiona un daño al medio ambiente debe repararlo en conformidad a ella.¹¹¹²

Asimismo, arribamos a una idéntica conclusión analizando el problema a la luz de la hipótesis principal que ha guiado nuestro trabajo, por cuanto éste ha develado que la naturaleza jurídica del régimen establecido en la LBGMA es de carácter mixto, esto es, y como hemos dicho tantas veces, un *régimen mestizo* compuesto por elementos de Derecho público y Derecho privado.

Bajo esta esfera de análisis, no se presenta el problema de aplicar las normas de responsabilidad del Derecho civil a las actuaciones de la Administración. Por el contrario, se aplican normas que, ciertamente, constituyen un régimen autónomo e independiente del Derecho privado, y que sustraen a los sujetos pasivos -en este caso a la Administración pública- de la aplicación del Derecho común y general, respetando la autarquía del Derecho administrativo de la que habla el profesor BERMÚDEZ SOTO.¹¹¹³

Existen otros dos argumentos más para inclinarse por esta solución, puestos de manifiesto por la doctrina. Así, uno de ellos es el argumento teleológico, en cuanto el legislador creó un sistema especial de responsabilidad por daño ecológico puro con unas connotaciones particulares, atendido el bien jurídico protegido: el medio ambiente; y el otro, dice relación con la circunstancia de que, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad por falta de servicio de la Administración del Estado, donde la pretensión ejercida es normalmente una indemnización de perjuicios que sufre una persona, en la responsabilidad por daño ambiental se persigue como

¹¹¹² En este sentido, es importante distinguir entre quien produce *materialmente* un daño ambiental y quien es responsable de él por existir un factor de imputación normativo. En este último caso, aunque un sujeto no ocasione *materialmente* un daño ecológico puro, por diversos factores, se encuentra obligado a repararlo.

¹¹¹³ Para el autor que venimos citando, las características que definen esta rama del Derecho refieren a que: (i) se trata de un Derecho público; (ii) se trata del Derecho común de la Administración Pública; (iii) la relación jurídico-administrativa requiere de una Administración pública; (iv) se trata de un Derecho de equilibrio. Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho administrativo general...*, cit., págs. 39-38.

objeto único la reparación del medio ambiente dañado, es decir, posee una afectación estrictamente ambiental.¹¹¹⁴

- *Concurrencia de responsabilidad entre el tercero autorizado y la Autoridad administrativa*

Existe todavía una última cuestión que debe ser analizada y que se vincula al hecho que, tratándose de casos donde existirá una concurrencia de responsabilidad entre el tercero autorizado y la Administración pública, se deberá determinar cómo y en qué medida se "*repartirá*" la responsabilidad entre ambos.

Creemos que en estos casos, es posible aplicar la regla de responsabilidad solidaria contenida en el artículo 2317 del Código Civil^{1115,1116}, pues como se señaló en su oportunidad, el rol y verdadero alcance de la remisión que el artículo 51 inciso 3º efectúa a las normas del Código Civil, es precisamente permitir el recurso a esas normas cuando las mismas favorezcan la labor de reparación de los daños ambientales, y en ningún caso cuando le pongan trabas o la perjudiquen.

En efecto, se trata de un caso de coparticipación en un mismo hecho sin concertación de voluntad o de propósitos donde simultáneamente concurren dos hechos negligentes en la comisión del daño.¹¹¹⁷ En tal sentido, huelga decir que tratándose de casos en que sí exista esa concertación de voluntades -como si se

¹¹¹⁴ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos de Derecho...*, 2ª edición, cit., pág. 439.

¹¹¹⁵ Dispone el artículo 2317 del Código Civil

"Artículo 2317. Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

¹¹¹⁶ Es importante recordar que, a juicio de CORRAL TALCIANI, "dudas podría plantear la posible inaplicabilidad de la responsabilidad compartida o solidaria de los Arts. 2316, inc. 2º, y 2317". Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño ambiental y responsabilidad...", cit., págs. 151 - 152. Es decir, para dicho autor no está tan claro si la regla es aplicable o inaplicable.

¹¹¹⁷ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 422.

otorgara la RCA sin efectuar la evaluación ambiental respectiva u omitiendo antecedentes relevantes a sabiendas de la Administración-, tanto mayor es la posibilidad de aplicar la *regla de solidaridad*.¹¹¹⁸

En tal sentido, el legitimado activo de la *acción ambiental* podrá decidir si dirigirse directamente contra la Administración, el titular o contra ambos indistintamente para exigir la reparación completa del daño ambiental, no siendo de su injerencia las *relaciones internas* que deban resolver Administración y administrado en relación a determinar quién debe soportar realmente y conforme a Derecho los costos de la reparación del daño ecológico puro en cuestión -es decir, no le atañe el problema de la *contribución a las deudas*-.

- c) Hipótesis en que los daños ambientales no pronosticados eran imprevisibles:
De la ausencia de responsabilidad del titular y de la administración

Finalmente, nos queda por analizar el último tópico referente al problema que venimos examinando y que se refiere a las hipótesis donde el daño ecológico puro no fue pronosticado en la Evaluación Ambiental, debido a que el mismo era imprevisible.

En estos casos, nos parece que no debería haber duda alguna en torno a que nos encontramos frente a una causal eximente de responsabilidad, tanto del titular de

¹¹¹⁸ Dado que para que surja la responsabilidad solidaria es necesario que el daño provenga de "un mismo hecho", podría plantearse que una deficiente evaluación ambiental y la respectiva autorización administrativa indebida no necesariamente serán "el mismo hecho" que ocasionó el daño ecológico puro no previsto, y que en tal sentido no cabría la solidaridad legal de que venimos hablando. Empero, incluso bajo ese análisis igualmente surgirían, las que la doctrina francesa denomina, *obligaciones in solidum*, esto es, aquellas "caracterizadas porque comparten sólo los rasgos esenciales de las obligaciones propiamente solidarias" y en consecuencia "se puede reclamar a cada deudor el total de la obligación; una vez pagada la deuda, los demás responsables pueden oponer la excepción de pago; y el que paga tiene respecto de los demás acciones personales restitutorias". Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 423.

la actividad o proyecto, cuanto de la Autoridad administrativa que lo autorizó¹¹¹⁹, sin perjuicio que ésta última igualmente deba llevar a cabo la reparación, ya no por haber sido condenada a ello, sino en cumplimiento del mandato constitucional que le impone el artículo 19 N° 8 de la CPR.

En efecto, sin perjuicio de los mandatos que imponen los principios generales de Derecho ambiental que hemos estudiado en este trabajo, especialmente los principios *preventivo*, *precautorio* y *quien contamina paga*, nos parece que imputar responsabilidad a un sujeto en aquellas situaciones en que resultaba imposible prever el daño, implicaría generar una atmósfera de incertidumbre jurídica contraria a derecho que atentaría contra otro de los principios que informan el Derecho ambiental, esto es, el del *desarrollo sustentable*.

Lo anterior se indica, por cuanto la imputación de responsabilidad en verdaderos escenarios de albur, es una consideración que, naturalmente, inhibiría el desarrollo de proyectos, en tanto los titulares de éstos, al verse expuestos a ser compelidos a pechar con resultados lesivos que no pudieron visualizarse, optarían por abandonar dichas empresas.

De hecho, el propio SEIA reconoce la posibilidad de que ocurran hipótesis en que durante la ejecución del proyecto las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento hayan cambiado sustantivamente en relación a lo proyectado, y para tal evento, establece un procedimiento para adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.^{1120,1121}

¹¹¹⁹ En un sentido similar SALGADO SCHNEIDER al afirmar "si el daño era imprevisible para todos, podría pensarse en eximirlo de responsabilidad, pero no cuando era previsible para aquellos que manejan o deben manejar información técnica actualizada y completa al respecto". Cfr. SALGADO SCHNEIDER, Verónica, ob. cit., pág. 70.

¹¹²⁰ El inciso 1° del artículo 25 quinquies de la LBGMA dispone:

"Artículo 25 quinquies.- La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado

Bajo este contexto, nos parece que la determinación de cuándo un daño ambiental era o no previsible, es una cuestión que deberá ser resuelta casuísticamente por los sentenciadores, quienes deberán considerar criterios tales como: (i) la calidad y cantidad de información proporcionada en la evaluación ambiental; (ii) las exigencias impuestas por la Administración y el cumplimiento de éstas por parte del titular durante la Evaluación Ambiental; (iii) el nivel de análisis efectuado por la Administración de los antecedentes proporcionados por el titular; (iv) la justificación y motivación de la decisión de calificación ambiental favorable del proyecto, expresada en la RCA respectiva; (v) la consideración efectuada, por parte de la Autoridad evaluadora, de los informes técnicos de los órganos sectoriales expertos consultados; los conocimientos de la técnica en un determinado momento; etc.¹¹²²

Frente a tales criterios, será también labor de los jueces -en el caso chileno de los Ministros del Tribunal Ambiental- responder a las siguientes interrogantes: "¿cuál

sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones".

¹¹²¹ En el Derecho español se regula expresamente una hipótesis de exclusión de responsabilidad de la Administración similar. En efecto, el artículo 141.1 LRJPAC dispone:

"Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

Es importante destacar que la doctrina aclara que "se trata de una concreción de lo que no es lesión. Por tanto, frente a lo que a veces se ha defendido (que la norma concreta un supuesto de fuerza mayor), hay que entender que el precepto se mueve en el plano de juridicidad, esto es, que excluye normativamente el supuesto de los llamados daños del progreso del concepto de lesión resarcible. Si, pues, deben soportarse dichos daños (sin perjuicio de las prestaciones asistenciales) es porque la propia Ley determina que no son daños antijurídicos o, dicho de otra manera, que no constituyen una lesión". Cfr. LEYES ADMINISTRATIVAS, 20ª edición, Madrid, Enero 2015, versión electrónica (proview) proveída por Thomson-Reuters.

Para JORDANO FRAGA, la limitación que indudablemente conlleva el artículo 141.1 puede entenderse que se encuentra más allá de lo constitucionalmente permitido. Vid. JORDANO FRAGA, Jesús, "La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas", en *Revista de Administración Pública*, Nº 149, (1999), págs. 324 y 333.

¹¹²² Que, en España, por ejemplo, constituyen una causal de exculpación a la luz de lo dispuesto en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992.

es el nivel de conocimientos objetivos que exoneran?, ¿apelan al nivel más alto del conocimiento científico o tiene que ver con la media de lo que objetivamente hay en el país o en la dependencia de que se trate?, ¿inciden las facilidades de acceso al conocimiento científico que facilitan las nuevas tecnologías?".¹¹²³

Para concluir, es importante señalar que tratándose de daños ambientales *graves e irreversibles*, pensamos que los imperativos del principio precautorio excluirían la posibilidad de que el titular de la actividad o proyecto fuere eximido de la obligación de reparar los daños ambientales imprevisibles que ocasionó, incluso cuando haya existido incertidumbre científica, por cuanto el acaecimiento de un evento como ese hace presumir la necesidad de abstención en la que se encontraba el sujeto que ocasionó el daño.

Asimismo, permitirían excluir la posibilidad de eximir a la Administración. En efecto, debe pensarse que la Autoridad administrativa es quien posee la potestad de negar la autorización, y consecuentemente determinar si es posible la ejecución de una actividad o proyecto, lo cual hará con el objeto de proteger la indemnidad ambiental. En tal sentido deberá siempre anteponerse a la causación de un daño ambiental de esta tipología, siendo más exigente y rigurosa en el otorgamiento de Resoluciones de Calificación Ambiental favorables a aquellas actividades que se saben riesgosas.

Por tal motivo, debe recordarse que los daños ambientales se producen, en la gran mayoría de los casos, por proyectos que realizan actividades *riesgosas* y en tal sentido "quien desarrolle una actividad peligrosa, generando un riesgo para los bienes jurídicos ajenos, y obteniendo con ello un beneficio, debería soportar un régimen de responsabilidad, cuando menos, más exigente que el que afecta a las restantes actividades. Este *plus* de responsabilidad... no sólo incumbiría al particular,

¹¹²³ Cfr. LEYES ADMINISTRATIVAS, 20ª edición, Madrid, Enero 2015, versión electrónica (previamente proveída por Thomson-Reuters)

sino también a la Administración, que habría de intensificar sus deberes de selección, vigilancia y control de la actividad autorizada".¹¹²⁴

En síntesis, y resumiendo en una línea los asertos expuestos anteriormente, "la imprevisibilidad e inevitabilidad del daño juegan como factores eximentes de responsabilidad"¹¹²⁵, y sólo podría cuestionarse dicha condición en aquellas hipótesis de daños ambientales irreversibles.¹¹²⁶

4.2. Daños ocasionados por actividades o proyectos que no se encuentran obligadas a ingresar al SEIA

Esta situación se presenta con aquellas actividades o proyectos, llevados a cabo por empresas o personas jurídicas, que no se encuentran tipificados en el artículo 10 de la LBGMA y que tampoco, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la misma, han decidido voluntariamente someterse a dicha evaluación.

En este sentido, respecto este tipo de actividades y proyectos puede caber la inquietud, dado que se trata de actividades que eventualmente pueden ocasionar daños ecológicos puros, sobre cómo deben ser tratados esos eventuales daños ambientales que pueden ocasionar.

¹¹²⁴ Cfr. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La autorización...*, cit., pág. 317. Para el autor, en todo caso, el denominado *plus* de responsabilidad "habría de venir establecido normativamente".

¹¹²⁵ *Ibidem*, pág. 320.

¹¹²⁶ En todo caso debe considerarse la opinión de un autor quien señala que: "como se ha visto, la responsabilidad por culpa exige que el daño sea previsible, pero parece existir una tendencia a imponer al demandado la carga de investigar sobre los riesgos asociados a su conducta. Ello estaría de acuerdo con el principio de precaución, que requiere que el Juez sea más severo en relación con lo que el responsable debió haber previsto en el momento de producirse el daño. En principio, cuanto más peligroso sea la actividad, más elevado debe ser el canon de diligencia exigible. El deber es riguroso, pues incluso hoy resulta prácticamente imposible prever qué reacciones químicas producirán las emisiones de cada industria con otras. Especialmente si se tiene en cuenta la complejidad de los procesos físicos que tienen que ver con los daños ecológicos puros, puede ser más fácil prever el daño *in abstracto* que *in concreto*". Cfr. RUDA GONZÁLEZ, Albert, ob. cit., pág. 415.

Sobre el particular, creemos que respecto de ellos no existe ninguna consideración especial -por tratarse de actividades económicas o desarrollos empresariales- y se aplican las reglas generales de responsabilidad por daño ambiental contempladas en la LBGMA y, en tal sentido, en el evento que ocasionen un daño ecológico puro se aplicará el régimen ordinario de responsabilidad consagrado en dicho cuerpo normativo, salvo, desde luego, que exista una norma especial que regule la reparación de los daños ambientales específicos que hubieran ocasionado (artículo 51 inciso 2º).

De esta manera, se deberán acreditar a su respecto todos los presupuestos de la responsabilidad por daño ambiental (acción; daño; causalidad; culpabilidad; capacidad), sin que en principio pueda aplicarse *per se* la presunción del artículo 52 por no contar con informes o autorizaciones específicas (salvo que se incurriera en una de las infracciones allí tipificadas).

En todo caso, pensamos que por imponerlo así el principio precautorio, la circunstancia de que determinadas actividades o proyectos no estén obligados a someterse al SEIA, no los exime de la obligación de llevar a cabo todos los estudios técnicos que sean necesarios para desarrollar sus labores y que en caso que ello no acaezca es perfectamente posible, sobre la base del contenido de dicho principio, imputar la responsabilidad respectiva configurándose la culpa o dolo del autor del daño por no haber realizado los mentados estudios o carecer de ellos.¹¹²⁷

¹¹²⁷ En contra, CORRAL TALCIANI, Hernán, "El sistema de Evaluación de Impacto Ambiental...", cit., pág. 86.

CONCLUSIONES

Primera: La preocupación por el medio ambiente es una de las cuestiones que mayor inquietud ha presentado en las sociedades modernas. En este escenario, han sido los países de Europa y Norteamérica, quienes más han avanzado en sus políticas y regulaciones.

Para hacernos cargo de esta nueva realidad mundial, estimamos que es necesario revisar nuestra propia realidad, con el objeto de perfeccionar la regulación ambiental actualmente vigente en Chile. Para tales efectos, pensamos que un estudio acerca de la naturaleza jurídica, los límites y la extensión del régimen de responsabilidad por daño ambiental consagrado en el ordenamiento nacional, constituye un aporte a nuestro ordenamiento jurídico, desde que la reparación de los daños ambientales se erige uno de los pilares fundamentales del sistema.

Segunda: La noción responsabilidad es un concepto complejo, que presenta una serie de variantes tanto en su uso vulgar como en el técnico-jurídico. En este sentido, antes de estudiar la naturaleza jurídica del régimen de responsabilidad por daño ambiental ordinario establecido en la LBGMA -con el objeto de ubicarlo sistemáticamente y comprobar sus particularidades-, es necesario primero sentar unas bases muy claras con respecto a qué se debe entender por responsabilidad tanto en el Derecho privado como en el Derecho público, para luego juzgar si la responsabilidad analizada en la LBGMA se articula en uno de estos sectores o si se trata de un régimen peculiar que da cuenta de una naturaleza jurídica diferente y de ser así en qué grado.

Tercera: Siguiendo como criterio clasificatorio la distinción entre Derecho público y Derecho privado, es posible advertir que existen dos grandes géneros de responsabilidad: la responsabilidad sancionadora y la responsabilidad patrimonial. La primera de ellas, reconoce como subespecies a la responsabilidad penal y la

infraccional administrativa; y la segunda puede ser clasificada en contractual y extracontractual.

Mientras la responsabilidad sancionadora para concretar sus fines preventivos buscará reprimir y castigar conductas, mediante la intervención de la Autoridad pública como persecutora o persecutora y resolutora, la responsabilidad patrimonial buscará la reparación de los daños inferidos a una víctima, mediante el restablecimiento de la justicia conmutativa, concretando así su finalidad compensatoria.

Cuarta: El régimen de responsabilidad por daño ambiental se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico chileno en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA). Dicha regulación establece un régimen que podemos denominar *ordinario*, por cuanto la misma ley contempla una prelación normativa según la cual las regulaciones de la reparación de los daños ambientales establecidas en leyes especiales (régimenes específicos de responsabilidad), prevalecen sobre la propia Ley de Bases.

En este sentido, nuestro estudio ha develado que en el ordenamiento jurídico nacional no existen leyes especiales que regulen la reparación del daño ambiental, sino que se refieren a la indemnización de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ecológico puro. Por ello, la aplicación del régimen ordinario debería verificarse en la totalidad de los casos.

Quinta: La LBGMA contempla sólo una acción destinada exclusivamente a la reparación de los daños ambientales. En tal sentido, nos parece que la doctrina y la jurisprudencia nacional que estima que dicho cuerpo normativo otorgaría dos acciones, agregando a la de reparación, la acción indemnizatoria, no ha considerado que esta última no es una acción que conceda u otorgue la LBGMA, sino que emana directamente del Código Civil.

Consecuentemente, las menciones que efectúa la LBGMA a la indemnización de perjuicios sólo han sido enderezadas a especificar que el ejercicio de ambas no es incompatible.

Sin perjuicio de ello, la propia LBGMA contempla dos previsiones normativas relativas a la reparación de los daños civiles: permite aplicar una presunción de culpa y, a nuestro juicio también, de relación de causalidad cuando con ocasión de infringir uno de los instrumentos de protección ambiental que establece el inciso primero del artículo 51 se inflige un daño al medio ambiente; y establece un plazo de prescripción especial de cinco años desde la manifestación del daño ambiental.

Sexta: En nuestro país, la persecución de la reparación del medio ambiente dañado no se encuentra entregada a la Autoridad pública, sino que fue concedida al Consejo de Defensa del Estado, las Municipalidades y las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que hayan sufrido el daño ambiental, quienes deberán ejercerla ante un órgano jurisdiccional (Tribunal Ambiental).

Así, el *locus standi* se confiere a dos órganos públicos pero que no actuarán ejerciendo potestades administrativas. En tal sentido, el régimen no es de Derecho administrativo, pero en él se advierte la influencia jurídico-pública.

Asimismo, se debe mencionar que la legitimación concedida a las personas naturales o jurídicas, se juzga como un error de técnica legislativa, por cuanto éstas no sufren ni pueden sufrir el daño ambiental (sino un daño civil por rebote). Éste, desde luego, lo sufre el medio ambiente, no las personas individualmente consideradas.

Séptima: El objeto tutelado por el régimen de responsabilidad medioambiental es, como resulta evidente, el medio ambiente. Al respecto, se debe señalar que la LBGMA define expresamente qué debe ser entendido por tal, de manera que tanto para su delimitación positiva (¿qué es?) como negativa (¿qué no es?) deberá atenderse exclusivamente a dicha definición.

Para la LBGMA el medio ambiente posee una naturaleza amplia, omnicomprendiva, por cuanto abarca no sólo elementos físicos, químicos y biológicos, sino también elementos culturales e incluso sus interacciones siempre que rijan y condicione la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones. Es, en consecuencia, un término amplio que involucra todo lo que rodea a los seres vivos. En el hecho, lo que ésta definiendo la ley es la biosfera que comprende todo aquello que se encuentra dentro de los límites físicos de la existencia de la vida en el planeta y que abarca la litosfera, de una cierta profundidad en la tierra, la hidrosfera, desde el fondo oceánico, hasta la atmósfera.

Octava: Lo anterior reviste importancia, por cuanto la propia LBGMA señala que sus definiciones serán para todos los efectos legales. Al respecto, a nuestro juicio, la interpretación correcta de dicha prescripción es que al indicar que sus definiciones son *para todos los efectos legales*, la LBGMA dispone que para todos los efectos legales derivados de la aplicación de esa ley, sólo se utilizan estas definiciones y por ende se excluyen todas aquellas definiciones que otras ciencias puedan emplear con respecto a los mismos conceptos que regula la LBGMA. Luego, su aplicación no es vinculante a las otras disciplinas jurídicas que podrán utilizar con preferencia sus propias definiciones.

Novena: Consecuente con lo expuesto en la conclusión anterior, la definición de medio ambiente no es vinculante a los efectos de la garantía constitucional relativa al *derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación* (consagrada en el artículo 19 N° 8 de la CPR). Lo anterior se piensa, por cuanto la noción de medio ambiente que utiliza dicho cuerpo legal es más restrictiva al circunscribirse estrictamente a la defensa del medio ambiente como medio de protección de la vida humana.

En efecto, en la LBGMA, la protección está dada *para* el medio ambiente, es decir, se otorgan herramientas para el resguardo del sistema global que condicione la existencia y el desarrollo de la vida en *sus múltiples manifestaciones*. Mientras que en el artículo 19 N° 8 no se consagra el derecho a un medio ambiente incontaminado

per se, sino el derecho de las personas a vivir en él. Ello pone de relieve que el derecho garantizado por la CPR tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son los hombres y mujeres («todas las personas» dice el artículo 19 en su encabezamiento).

Décima: El análisis de los regímenes de responsabilidad y de las normas que consagran el régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA y, especialmente, el examen de su objeto de estudio, demuestran que el Derecho civil presenta una serie de falencias que lo hacen, por sí solo, un instrumento inadecuado o insuficiente para la prevención y reparación de los daños ambientales y que, en consecuencia, el régimen de responsabilidad por daño ambiental consagrado en la LBGMA -que precisamente busca esos fines- no corresponde a un régimen exclusivo de responsabilidad civil extracontractual, sino que posee una naturaleza especial y autónoma, constituyendo un *tertium genus*, situado entre el de Derecho privado y el de Derecho público. Lo anterior se manifiesta y queda demostrado al interpretar las normas de responsabilidad por daño ambiental contempladas en la LBGMA a la luz de los principios ambientales.

Décimo primera: En efecto, las normas de la LBGMA deben ser interpretadas e integradas a la luz de los principios que informan el Derecho ambiental, particularmente, el principio *de corrección del daño ambiental preferentemente en su fuente; quien contamina paga; preventivo;* y precautorio. Ello, por cuanto en lo que respecta al Derecho ambiental, los principios poseen una función determinante, habida consideración de la plasticidad con que son construidas sus normas en los diversos sistemas jurídicos, dada la necesidad de adaptación que estas presentan en atención al objeto sobre el cual recaen: el medio ambiente.

Décimo segunda: La interpretación de las normas de la LBGMA a la luz de los principios del Derecho ambiental, demuestra también que la responsabilidad por daño ecológico puro -y en consecuencia la reparación del deterioro al medio

ambiente- quedó a medio caminar en el sistema de Derecho ambiental chileno - incluso luego de las reformas implementadas a partir del año 2010-.

En efecto, dado que si bien no podría afirmarse que este régimen posea una naturaleza exclusivamente civil, tampoco puede sostenerse que forme parte del Derecho administrativo, en tanto no existe una Autoridad administrativa ambiental que tenga potestades, ni siquiera legitimación activa, para exigir la reparación al medioambiente (con excepción de las facultades de aprobar programas de cumplimiento y planes de reparación que posee la SMA).

Décimo tercera: En lo que respecta al principio de *corrección de los daños ambientales preferentemente en su fuente*, sus principales aportes al régimen de responsabilidad por daño ambiental son: (i) la imposición de obligaciones propias de la reparación del daño antes de conocer a ciencia cierta quién es el responsable o se acredite la relación de causalidad -medidas para atacar la fuente del daño-; (ii) proporciona orientaciones a los jueces que conocen las acciones de reparación ambiental (fundamentalmente que la reparación deba ser *in situ e in natura*); y (iii) en su virtud, los sentenciadores se encuentran obligados no solo a ordenar la reparación del ambiente dañado sino también a eliminar las causas o fuentes del mismo.

Décimo cuarta: En lo que respecta al principio *quien contamina paga*, los aportes más destacados al régimen de responsabilidad por daño ambiental son: (i) en su faz preventiva, el principio funciona como herramienta de prevención ya que sirve de fundamento legal para la imposición de los costos que deben soportar los sujetos que realizan actividades contaminantes que producen daños ambientales que se pretenden reducir o eliminar o bien actividades que tienen consumos de recursos naturales que se pretenden reducir para su optimización; y (ii) en su faz restauradora, el principio dispone que todo daño ambiental hace surgir una consecuencia jurídica dirigida a hacer responsable a su productor de su reparación y, por consiguiente, de todos los costos que ésta supone. El daño ambiental, conforme al principio, da lugar a la obligación de soportar todas las consecuencias y, en particular, los costos de la

reparación. Es, en consecuencia, fundamento de la responsabilidad por daño ambiental, la cual a su turno es un mecanismo eficaz de prevención del daño ecológico puro.

Décimo quinta: En lo que respecta al *principio preventivo*, las principales herramientas que facilita al régimen de responsabilidad por daño ambiental son: (i) proporciona criterios en el otorgamiento de medidas cautelares; (ii) entrega herramientas para la valoración de la prueba; (iii) provee parámetros a los sentenciadores en virtud de los cuales deben construir el estándar de diligencia que debe observar un individuo para determinar si actuó con culpa o dolo; y (iv) a partir de sus postulados y utilizando el criterio de evaluación de riesgos, podría permitir, jurisprudencialmente, crear un catalogo de actividades riesgosas invirtiendo con ello, cuando menos en la práctica, la carga de la prueba.

Décimo sexta: En lo que respecta al *principio precautorio*, los aportes más relevantes que se advierten son: (i) proporciona criterios que justifican el otorgamiento de medidas cautelares o bien que permiten que el régimen de responsabilidad se ponga en marcha aun cuando el daño ambiental no se haya producido; (ii) permite flexibilizar los criterios para la acreditación de la relación de causalidad; y (iii) constituye un elemento integrador del estándar general de conducta que debe construir el juez para determinar la culpabilidad del agente dañador.

Décimo séptima: A propósito de la integración de las normas de la LBGMA, se debe señalar que el verdadero rol de la remisión que dicho cuerpo legal formula al título XXXV del Libro 4 del Código Civil, es que es posible recurrir a los mecanismos que proporciona el régimen de responsabilidad civil, pero sólo en aquellas hipótesis donde este auxilio permita tutelar de mejor forma el bien jurídico medio ambiente, descartándose en todos aquellos casos en que la regulación civil se oponga a la LBGMA, a los fines y funciones del Derecho ambiental, o perjudique la prevención o reparación de los daños ambientales.

Décimo octava: En consecuencia, la tesis sostenida, según la cual la LBGMA establece un régimen de responsabilidad por daño ambiental especial y autónomo con elementos de Derecho público y privado, permite proponer que la acreditación, valoración y fijación de la presencia de *las condiciones necesarias o presupuestos* de la responsabilidad por daño ambiental -daño; causalidad; y culpabilidad- deba ser abordada, en primer término, sobre la base de las normas y principios jurídicos propios del Derecho ambiental, en tanto disciplina dotada de un marco legal autónomo que intenta alcanzar niveles de contaminación razonables, y sólo en forma subsidiaria con arreglo a las normas y principios del Derecho civil, solamente en cuanto con ello se favorezca la integridad del medio ambiente dañado.

Décimo novena: De esta forma, los principios del Derecho ambiental inciden en el daño, como presupuesto del régimen de responsabilidad por daño ecológico puro, eminentemente en los siguientes aspectos: (i) permiten interpretar las normas de la LBGMA delimitando positiva y negativamente el concepto de daño ambiental. Así, y en virtud de ello, se puede efectuar una clara distinción entre daños ambientales (o ecológicos puros) y daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental (o daños tradicionales), sosteniendo que la LBGMA sólo se ocupa de la reparación de los primeros excluyendo de su regulación a los daños civiles; y (ii) proporcionan elementos para concretizar en la práctica cuándo un daño ambiental será *significativo*;

Vigésima: En lo que respecta a la reparación de los daños, permiten aseverar que:

(i) los daños ecológicos puros deben ser reparados siempre *in natura* y en aquellos casos en que ello no sea posible, mediante el mecanismo de la *compensación ambiental*, descartándose la posibilidad de que conceda una indemnización sustitutoria. En efecto, tratándose de un régimen donde no existe una víctima, resulta inútil perseguir una indemnización que, por lo demás, no podría ser destinada exclusivamente a la reparación del medio ambiente por aplicación de los principios de la universalidad presupuestaria y de la no afectación. Sumado a ello,

creemos que la posibilidad de obtener una indemnización sustitutoria se encuentra descartada por aplicación de las normas contenidas en los artículos 33 y 44 LTA.

(ii) en relación a la indemnización de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental, la conclusión más relevante dice relación con que la víctima tendrá dos opciones para perseguirla: (a) reclamar por la vía civil ordinaria sin que deba esperar que se dicte una sentencia condenatoria que declare la existencia del daño ambiental, en cuyo caso no podrá utilizar las dos previsiones normativas que establece la LBGMA (prescripción y presunción de culpa), ni tampoco utilizar el procedimiento más expedito y demás ventajas que otorga la LTA; o (b) esperar a que se dicte sentencia condenatoria en sede ambiental y con dicha sentencia concurrir a la justicia ordinaria civil a demandar la indemnización de los perjuicios que sufrió, utilizando en su favor las ventajas que proporciona tanto la LBGMA como la LTA.

Vigésimo primera: En cuanto a la incidencia que tienen sobre la relación de causalidad los principios de Derecho ambiental analizados en este trabajo, se debe mencionar que éstos permiten superar los problemas que presenta el *desconocimiento del entorno* y la *existencia de una causalidad compleja*; así como, la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual.

En tal sentido los principios permiten, a efectos de tener por acreditada la relación de causalidad, transitar desde la *certeza* a la *probabilidad*, utilizando criterios como la *causalidad probabilística*; *causalidad estocástica*; *por cuota de emisión*; *por cuota de mercado*; etc.

También demuestran, a nuestro juicio, que la *presunción de responsabilidad* que contempla el artículo 51 de dicho cuerpo normativo, alcanza al vínculo causal y en tal sentido, en caso de infracciones de los instrumentos de protección ambiental que la norma contempla, la relación de causalidad será presumida legalmente.

De igual forma, otorgan parámetros precisos para la construcción de presunciones judiciales, como lo son, v.gr., que en virtud del principio precautorio, la ausencia de pruebas científicas de la existencia de una relación causa-efecto, de una relación cuantificable de dosis/respuesta o de una evaluación cuantitativa de la probabilidad de aparición de efectos adversos tras la exposición no debe utilizarse para justificar la inacción.

Vigésimo segunda: En lo que respecta al presupuesto de la culpa o dolo, principalmente los principios preventivo y precautorio tendrán una importante incidencia. En efecto, según se indicó algunas conclusiones más arriba, ambos principios se configuran como una herramienta que proporcionará diversos criterios a los jueces al momento en que deban construir el estándar de diligencia con el cual compararán la actuación del agente que ocasionó el daño ambiental.

Asimismo, permiten afirmar que la presunción de culpabilidad que se regula en el artículo 51 de la LBGMA sólo operará si el daño ambiental se produce con ocasión de la infracción de uno de los instrumentos de protección ambiental que señala la norma.

Cuando la LBGMA afirma que *la infracción de normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias*, hace surgir la presunción de culpa, termina por *objetivizar* la responsabilidad regulada en dicho cuerpo normativo, por cuanto todas las normas del Derecho ambiental -salvo las orgánicas tal vez- tienen esas finalidades y, en consecuencia, la infracción de cualquiera de ellas daría origen a la presunción.

Uno de los temas más relevantes que pueden ser concluidos sobre el particular, es que se estima que la infracción a una Resolución de Calificación Ambiental daría origen a la presunción de culpa regulada en la LBGMA.

Finalmente, la interpretación de las normas de la LBGMA a la luz del principios del Derecho ambiental, permite concluir que la Autoridad pública es responsable, solidariamente con el causante del daño, en aquellas hipótesis en que este es un tercero que obra mediante una autorización administrativa, particularmente, cuando estemos frentes a hipótesis de daños ambientales que no fueron previstos pero que sí eran previsibles (responsabilidad por la actuación del tercero autorizado).

Dicha responsabilidad deberá perseguirse contra la Administración a través del régimen establecido en la LBGMA y no sobre la base del estatuto propio que rige la responsabilidad patrimonial del Estado, precisamente por no tratarse de una hipótesis de responsabilidad patrimonial y por aplicación del principio de especialidad.

BIBLIOGRAFÍA

ACHURRA GONZÁLEZ, Francisco José, *La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental*, Ediciones Congreso, Santiago, 1999.

ACKRILL, John Lloyd, *Aristotle the Philosopher*, Oxford University Press, Oxford, 1981.

AEDO BARRENA, Cristian, *Responsabilidad extracontractual*, Librotecnia, Santiago, 2006.

- *Culpa aquiliana: una conjunción de aspectos históricos, filosóficos y dogmáticos*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, [inédita], Universidad de Deusto, 2010.

AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *Lecciones tardías de alertas tempranas: el principio de cautela, 1896-2000*, Copenhague, 2002.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "La Corte Suprema y la Aplicación del Derecho Internacional. Un proceso esperanzador", en *Estudios Constitucionales*, año 7, N°1, (2009).

ALARCÓN GARCÍA, Gloria, "El *soft law* y nuestro sistema de fuentes", disponible en: <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/10423/1/El%20soft%20law%20y%20nuestro%20Sistema%20de%20fuente%20%20Homenaje%20RodriguezBereijo%20%20pre-print%2017%2002%202010.pdf>.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "El espíritu General de la Legislación como elemento de Interpretación ante la Ciencia Jurídica y la Jurisprudencia Nacional" en Enrique Alcalde Rodríguez y Hugo Fábregas Vega (coordinadores), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez*, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2009.

- "Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad, en la infracción administrativa", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 24, Julio, (2011).
- *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2013.

ALEMANN, A., "Le principe de précaution en droit communautaire. Stratégie de gestion du risque ou risque d' atteinte au Marché intérieur?", en *Revue de droit de l' Union européenne*, N° 4, (2001).

ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Manual Derecho Ambiental*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2001.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De las Obligaciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1941.

- *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, reimp. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

ALONSO GARCÍA, Enrique, "El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea: El Marco Institucional de la Política Comunitaria de Medio Ambiente. Aplicación de la Legislación Ambiental Comunitaria", en VV.AA., *Cuadernos de Estudios Europeos*, Fundación Universidad Empresa & Civitas, Madrid, 1993.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, "El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación", en *Revista de Derecho Privado*, II, (2002).

ANDORNO, Luis O., "La responsabilidad por daño al medio ambiente", en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, N° 6006, IV-877, (1996).

ANDORNO, Roberto, "El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la Era Tecnológica", en *La ley*, (2002), ejemplar correspondiente al 18 de julio.

ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo DE, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, 3ª edición, Madrid, 1993.

- *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995.
- "Sobre las palabras «responder», «responsable» y «responsabilidad», en *Estudios de Deusto. Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 50, N°1, (2002).
- *Daños Punitivos*, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2012.

ANTOLISEI, Francesco, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Dott, Padova, 1934.

ARAYA JASMA, Fernando, *La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil*, Lexis-Nexis, Santiago, 2003.

ARCILA SALAZAR, Beatriz, "El principio de precaución y su aplicación judicial" en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, vol. 39, N° 111, (2009).

ASHFORD, N.A., "Implementing a Precautionary Approach in Decisions Affecting Health, Safety, and the Environment: Risk, Technology Alternatives, and Tradeoff-Analysis", en Freytag E, *et. al.* (editores), *The role of Precaution in Chemicals Policy*, Diplomatische Akademie, Viena, 2002.

ASTORGA JORQUERA, Eduardo, *Derecho Ambiental Chileno. Parte general*, 3ª Edición, Abeledo Perrot - Thomson Reuters, Santiago, 2012.

ATIENZA, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 85, (1995).

ATIYAH, P.S., *Accidents, compensation and the Law*, 3rd edition, Littlehampton Book Services Ltd., Londres, 1980.

BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

BANFI DEL RÍO, Cristian, "De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental", en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, Nº 2, (2004).

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "La causa del daño en la jurisprudencia reciente", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, Nº2, (2003).

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontractual: panorama de derecho comparado", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, Nº 2, (2004).

BARROS BOURIE, Enrique, "Responsabilidad Civil en Materia de Medio Ambiente", en VV.AA., *Derecho del Medio Ambiente, Congreso Internacional, Fundación de Derecho Universidad de Chile*, Editorial Jurídica Conosur, (1998).

- "Lo Público y lo Privado en el Derecho", en *Estudios Públicos*, Nº 81, (2001).
- *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- "Análisis histórico y comparado de la presunción de responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil", en Alejandro Guzmán Brito (editor), *El Código Civil (1855-2005)*, LexisNexis, Santiago, 2007.

BAUTISTA ROMERO, José Juan, "El sistema de responsabilidad por daños al medio ambiente", disponible en: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/18/04_el_sistema_de_responsabilidad.html.

BECK, Ulrich, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*, trad. Martín Steinmetz, El Roure, Barcelona, 1998.

BEGÓN, Michael, *et al.*, *Ecología. Individuos, poblaciones y comunidades*, trad. Miquel Riba y Raymond Salvador, 3ª edición, Omega, Barcelona, 1999.

BELL, Stuart y MC GILLIVRAY, Donald, *Environmental Law*, 7th edition, Oxford University Press, Oxford, 2008.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

BENADAVA, Santiago, "Las relaciones entre el Derecho internacional y Derecho interno ante los tribunales chileno", en VV.AA., *Nuevos enfoques del Derecho internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

BERGKAMP, HUNTON & WILLIAMS, "The Commission's White Paper on Environmental Liability: a weak case for an EC strict liability regime", en *European Environmental Law Review*, Nº 9, (2000).

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "Roles del Consejo de Defensa del Estado en la protección del medio ambiente: Acción ambiental y recurso de protección en materia ambiental", en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XX, (1999).

- "El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXI, (2000).
- "La responsabilidad extracontractual de la administración del Estado por falta de servicio y por el daño ambiental", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXIII, (2002).
- *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 1ª edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2007.
- "Fundamentos y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XL, (2013).

- *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2ª Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2014.
- *Derecho administrativo general*, 3ª edición, LegalPublishing - Thomson Reuters, Santiago, 2014.

BERTELSEN REPETTO, Raúl, "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, N° 1, (1998).

BERTOLINI, Luigi, "Il danno ambientale e la tutela dell' ambiente tra diritto pubblico e privato", en Antonella Ferranti y Alessandro Pascolini (a cura di), *La qualità della vita e l'ambiente*, Giuffrè Editore, Milano, 1989.

BESALÚ PARKINSON, Aurora, *Responsabilidad por daño ambiental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001.

- *Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2014.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Verlag Von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1916.

BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alán y REDGWELL, Catherine, *International Law and the Environment*, Oxford University Press, New York Oxford, 2009.

BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1992.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, "Derecho ambiental y orden público", en *Revista Española de Derecho administrativo*, N°13, (1977).

BODANSKY, Daniel y BRUNNÉE, Jutta, "The Role of National Courts in the Field of International Environmental Law", en Michael Anderson y Paolo Galizzi Paolo (editores), *International Environmental Law in National Courts*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2002.

BOEHMER-CHRISTIANSEN, S., "The Precautionary Principle in Germany - enabling Government", en Timothy O' Riordan & J. Cameron (editores), *Interpreting Precautionary Principle*, Cameron and May, London, 1994.

BOETTIGER PHILIPPS, Camila, "Embalse Pitama: Jurisprudencia de daño ambiental", en *Actualidad Jurídica*, N° 24, (2011).

- "Daño Ambiental: Las lecciones del caso «Embalse Pitama»", en VV.AA., *Sentencias Destacadas*, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2012.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente adecuado. ¿Qué protege? ¿A quiénes protege?", en *Gaceta Jurídica*, N° 232, (1999).

- *Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2004.

BRAÑES, Raúl, *Informe sobre el Desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Oficina Regional para América Latina y el Caribe, México D.F., 2001.

BROCKWAY GÓMEZ, Hellen, *Responsabilidad Ambiental: ¿es posible construir en Chile un Sistema de Responsabilidad Objetiva, sobre la base del principio contaminador-pagador?*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas [inédita], Universidad de Chile, Santiago, 2010.

BULLINGER, Martín, "La discrecionalidad de la Administración pública. Evolución, funciones, control judicial", en *La Ley*, IV, (1987).

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*, Aranzadi, Navarra, 1996.

CAFFERATTA, Néstor, *Introducción al Derecho Ambiental*, Instituto Nacional de Ecología (INE-SEMARNAT), México D.F., 2004.

CALVO COSTA, Carlos, *Derecho de las obligaciones. Derecho de daños*, tomo II, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

CAMPO, Salustiano DEL *et al.*, *Diccionario de Ciencias Sociales*, tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976.

CAMPS, Carlos Enrique, "Particularidades del proceso civil por daño ambiental", en *Jurisprudencia Ambiental*, vol. IV, N° 6120, (1998).

CANE, Peter, *Atiyah's Accidents, Compensation and the law*, 6th edition, Butterworths, Londres, 1999.

- "Indemnización por daños medioambientales", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, Fascículo III, (2000).
- "Using Tort Law to Enforce Environmental Regulations?", en *Washburn Law Journal*, N° 41, (2002).

CANNATA, Carlos Augusto, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Librería Editrice Torre Catania, Catania, 1996.

CAÑIZARES LASO, Ana y RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, "La nueva regulación alemana en materia de responsabilidad por daños causados al medio ambiente", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVII, Fascículo I, (1994).

CARRANZA, Jorge, "Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental", en *JA*, vol. IV, N° 701, (1989).

CARVALHO LEAL, Virginia DE, "El daño ambiental y los problemas de determinación de causalidad y carga de la prueba en el régimen jurídico tradicional de reparación en España", en *Videre, Dourados, MS*, año 2, N° 3, (2010).

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 7^a edición, tomo IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952.

CASTILLO SÁNCHEZ, Marcelo, *Régimen jurídico de Protección del Medio Ambiente*, Ediciones Bloc, Santiago, 1994.

CASTRO, Federico DE, *Derecho Civil español y foral. Parte General*, 3^a edición, tomo I, IEP, Madrid, 1955.

- *Derecho civil de España*, Civitas - Thomson Reuters, vol. 2, Navarra, 2008.

CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, 2^a edición, Ediciones UC, Santiago, 2012.

CEPAL, "Tipología de Instrumentos Internacionales", disponible en: http://www.cepal.org/rio20/noticias/noticias/1/50791/2013861_PR10_Tipologia_instrumentos.pdf.

CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

CIRIANO VELA, Cesar David, *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, tomo I, 2ª edición, Imprenta El Imparcial, Santiago, 1942.

- *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.

COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle. In defence of a pragmatist approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

- *Risks and Wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución*, Anexo II, COM (2000), Bruselas, 2000.

COMPORTI, Marco, "Responsabilità civile per danni da inquinamenti", en N. Lipari (a cura di), *Tecniche Giuridiche e Sviluppo della persona*, Roma, 1974.

CONAMA, *Manual de Evaluación de Impacto Ambiental*, Conama, Santiago, 1994.

CONDE ANTEQUERA, Jesús, *El deber jurídico de restauración ambiental*, Editorial Comares, Granada, 2004.

COOTER, Robert D., "Punitive damage, social norms and economic analysis", en *Law & Contemporary Problems*, vol. 60, Nº 3, (1997).

CORCELLE, G., "La perspective communautaire du principe de précaution", en *Revue du Marché commun et de l' Union européenne*, Nº 450, (2001).

CORDERO LOBATO, Encarna, "Derecho de daños y medio ambiente", en Luis Ortega Álvarez (director), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

- "Derecho de daños y medio ambiente", en Luis Ortega Álvarez (director), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, 4ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2005.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Derecho administrativo sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno*, Legal Publishing - Thomson Reuters, Santiago, 2014.

COROMINAS, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3ª Edición, Editorial Gredos, Madrid, 1987.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "Daño Ambiental y Responsabilidad Civil", en *Revista Chilena de Derecho*, Nº 26, (1996).

- "El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. I, Nº 1, (1999).
- "La relación de causalidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente", en Tatiana Vargas Pinto (editor), *La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes), Nº 15, Santiago, 2008, disponible en: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/causalidad-ambiental.pdf>.
- *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, 2ª Edición, Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2013.

COSSIO, Alfonso DE, "La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español", en *Anuario de Derecho Civil*, facsímil III, (1966).

COZAR ESCALANTE, José Manuel DE, "Principio de Precaución y Medio Ambiente" en *Revista Española de Salud Pública*, vol. 79, Nº 2, (2005).

CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press Inc., New York / Oxford, 2011.

CUBILLOS PRIETO, Gonzalo, "La extensión de la garantía constitucional referida al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", en Enrique Navarro (editor), *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2001.

CUESTA AGUADO, Paz M. DE LA, *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

D'ORS, Álvaro, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas, Madrid, 1999.

DAVIN, Jean, *Teoría General del Derecho*, trad. Javier Osset, Editorial Reus, Madrid, 2011.

DE CUPIS, Adriano, *El daño*, trad. Antonio Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975.
- *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª edición, A. Giuffrè, Milano, 1979.

DE SAEDELER, Nicolas, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de precaution*, Bruylant, Bruxelles, 1999.
- *Environmental Principles: From Political Slogan to Legal Rules*, Oxford University Press, New York / Oxford, 2002.

DELGADO SCHEINDER, Verónica, "La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras", en *Revista de Derecho Universidad de Valdivia*, vol. XXV, N° 1, (2012).

DI GIOVANNI, Francesco, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1982.

DIAS, Reginald Walter Michael y MARKESINIS, Basil, *Tort Law*, 2nd edition, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1989.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª edición, Tecnos, Madrid, 2009.

DÍEZ DUARTE, Raúl, *De la Prueba del Contrato. Estructura Civil y Procesal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1997.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La responsabilidad civil hoy*, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 32, N° 4, (1979).

- *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- "Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual", en *AFDUAM*, N° 4, (2000).
- "La culpa en la responsabilidad civil extracontractual", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, N° 3, (2001).
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*", Tomo V, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2011.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente", en *La ley. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 5, (1996).

- "¿Es oportuno elaborar una Ley de Responsabilidad Civil Medioambiental?", en *Diario la Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-34, Nº 1, (1998).
- "Responsabilidad Civil Ambiental", en VV.AA., *La Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa*, Ecoiuris, Madrid, 2003.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 10ª edición, vol. II, Madrid, 2012.

DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1997.

DINAMARCA GÁRATE, Jaime, *Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente*, Cámara de la Producción y del Comercio A.G, Concepción, 1996.

DOMÉNECH, Gabriel, "*Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La causalité dans la responsabilité en droit comparé français et chilien*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, [iné dita], Universidad de Toulouse, Toulouse, 1968.

- "Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al Derecho chileno", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Nº 209, (2001).

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando, "El estudio de impacto ambiental en la realidad nacional: logros y defectos", en Gonzalo Aguilar Cavallo (coordinador), *Evaluación Ambiental, Participación y Protección del Medio Ambiente*, Librotecnia, Santiago, 2013.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, en Zlata Drnas de Clément (director), *El principio de precaución ambiental. La práctica Argentina*, Lerner Editorial S.R.L., Córdoba, 2008.

DUBUISSON, Bernard, "Assurance et garantie des risques engendrés par les sols contaminés", en CEDE/SDUE (editores), *Sols contaminés, sols à décontaminer*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996.

DUPUY, Pierre-Marie, "Soft Law and the International Law of the Environment", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, (1991).

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente", en José Esteve Pardo (coordinador), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, 1ª edición, Diputación de Barcelona - Civitas, Madrid, 1996.

- "Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente", en José Esteve Pardo (coordinador), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, 2ª edición, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2006.

EMBID IRUJO, Antonio, *Precaución y derecho*, Iustel, Madrid, 2010.

ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Heinrich, *Derecho de las obligaciones*, trad. B. Pérez González y J. Alguer, tomo II, vol. I, 11ª edición, Bosch, Barcelona, 1948.

ENTRENA CUESTA, Rafael, "Responsabilidad e inactividad de la Administración", en J. Luis Martínez López-Muñiz y Antonio Calonge Velázquez (coordinadores), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Temis, Bogotá, 1977.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, 5ª edición, vol. 3, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

ESTEVE PARDO, José, "La operatividad del principio de precaución en materia ambiental", en Dimitry Berberoff Ayuda (director), *El principio de precaución y su proyección en el Derecho Administrativo Español*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

- *El desconcierto del Leviatán*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- *Derecho del medio ambiente*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2014.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

EVANS, Malcolm D., *Internacional Law*, 2nd edition, Oxford University Press, Londres, 2006.

EXNER, Adolfo, *De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y en el actual*, trad. Emilio Miñana y Villagrasa, Librería General de Victorino Suárez, Madrid, 1905.

FALBO, Aníbal, "El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales", en *Doctrina de JA*, vol. IV, N° 976, (1995).

FÁVERO VALDÉS, Gabriel DEL, "Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente", en *Revista de Estudios Públicos*, N° 54, (1994).

FEINBERG, Joel, *Doing and Deserving*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1970.

- "Responsability for the Future", en *Philosophy Research Archives*, N° 14, (1988-89).

FEMENÍAS SALAS, Jorge, "Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil", en *Revista Derecho y Humanidades. Universidad de Chile*, N° 17, (2011).

FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

- *Manual de Derecho Ambiental Chileno*, 3^a edición, LegalPublishing - Thomson Reuters, Santiago, 2013.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 3^a edición, Civitas, Madrid, 1999.

FERREIRA DE CARVALHO, Edson, "La contribución del Derecho Humano Internacional a la Protección Ambiental: Integrar para mejor cuidar la Tierra y la humanidad", disponible en: <http://www.auilr.org/pdf/24/24-1-7.pdf>.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo, "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, N°2, (1989).

FIGUEROA B., Eugenio *et al.*, "La responsabilidad civil ambiental, daño al medio ambiente y su valor: Una aproximación legal y económica", en *Revista de Derecho Ambiental. Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile*, N° 2, (2006).

FLEMING, John G., *An introduction to the Law of Torts*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 1998.

- *The Law of Torts*, 9th edition, Law Book Company, Sidney, 1998.

FONTAINE TALAVERA, Arturo, "Responsabilidad Personal, Daño y Medio Ambiente", en *Revista de Estudios Públicos*, N° 54, (1994).

FROSINI, Benito, *Le prove statistiche nel proceso civile en el proceso penale*, Giuffrè editore, Milano, 2002.

GALERA RODRIGO, Susana, *La responsabilidad de las administraciones públicas en la prevención de daños ambientales*, Ediciones Montecorvo, Madrid, 2001.

GARCÍA AMEZ, Javier, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2015.

- "La Ley de Responsabilidad Ambiental: Una visión crítica y balance de su aplicación", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, N° 30, (2015).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo", en *Revista de Administración Pública*, N° 40, 1963.

- *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4^a edición, Civitas, Madrid, 1998.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 15^a edición, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2011.

- *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 13^a edición, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2013.

GARCÍA PINO, Gonzalo, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia medioambiente", en Gonzalo Aguilar Cavallo (coordinador), *Evaluación Ambiental, Participación y Protección del Medio Ambiente*, Librotecnia, Santiago, 2013.

GARCÍA URETA, Agustín, *Derecho europeo de la biodiversidad*, Iustel, Madrid, 2010.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008.

GARRIDO FALLA, Fernando, "Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 94, (1997).

GERSEN, Jacob y POSNER, Eric, "Soft Law", en *Stanford Law Review*, vol. 61, N° 3, (2008).

GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984.

GOLDENBERG, Isidoro H. y CAFFERATTA A., Néstor, *Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la administración*, 4ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Introducción. Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado", en Manuel Gómez Tomillo (director), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado. Daños punitivos, Comiso y Responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 3ª Edición, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2013.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "Relaciones entre leyes: Competencia, jerarquía y función constitucional", en *Revista de Administración Pública*, N° 113, (1987).

GOMIS CATALÁ, Lucía, *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Aranzadi, Navarra, 1998.

- "Sobre el Anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental", en *Revista Derecho y Medio Ambiente*, vol. I, N° 0, (1999).
- "La Ley de Responsabilidad medioambiental en el marco del derecho de la Unión Europea", en Blanca Lozano Cutanda (coordinadora), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medio Ambiental. Ley 26/2007, de 23 de octubre*, Thomson Civitas, Navarra, 2008.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *La reparación de los daños causados a la administración*, Cedecs Editorial S.L, Barcelona, 1998.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001.

- *Las reglas del Código civil de Chile sobre Interpretación de las Leyes*, Lexis-Nexis, Santiago, 2007.
- "La idea de «principio» mentada en la expresión «principios generales del derecho»", en Fernando Reinoso Barbero (coordinador), *Principios Generales del Derecho. Antecedentes Históricos y Horizonte Actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014.

GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile*, 2ª Edición, Abeledo Perrot - Legal Publishing, Santiago, 2010.

- *Derecho Ambiental Chileno. Principios, Instituciones, Instrumentos de Gestión*, Planeta Sostenible, Santiago, 2012.

HANSCHERL, Dick, "Progress and the Precautary Principle in Administrative Law - Country Report on Germany", en Eibe Riedel y Rüdiger Wolfrum (editores), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Springer, Berlín-Heidelberg/Nueva York, 2006.

HARDIN, Garrett *et al.*, *Derecho ambiental y justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2012.

HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 1968.

HART, H.L.A. y HONORÉ, Tony, *Causation in the law*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1985.

HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, tomo III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

HERRERA IZAGUIRRE, Juan Antonio, "El principio precautorio en la era de los OGM: Incertidumbre y conflicto internacional", en *Medio Ambiente & Derecho*, disponible en: [http://huespedes.cica.es\(gidamus/1213/EL%20PRINCIPIO%20PRECAUTORIO.htm](http://huespedes.cica.es(gidamus/1213/EL%20PRINCIPIO%20PRECAUTORIO.htm)

HIGHTON, Elena, "Reparación y prevención del daño al medio ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?", en VV.AA., *Derecho de Daños*, Cap. XXVIII, La Roca, Buenos Aires, 1993.

HOBBS, Thomas, *Selections. Edición de F.J.E. Woodbridge*, Scribner Sons, New York, 1930.

HONORÉ, Tony, "Responsability and luck: The Moral Basic of Strict Liability", en *Law Quarterly Review*, Nº 104, (1988).

- "Condiciones necesarias y suficientes en la responsabilidad extracontractual", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, Nº 3, (2013).

HOUCK, Oliver, "Tres Reflexiones sobre el Derecho Ambiental en Estados Unidos", disponible en: <http://huspedes.cica.es/gimadus/10/TRESREFLEXIONES.htm>

HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.

HUNTER AMPUERO, Iván, "La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S071809502005000200001&script=sci_artt_ext

INFANTE RUIZ, Francisco, *La responsabilidad por daños. Nexos de causalidad y causas hipotéticas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

JAKOBS, Günter, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, trad. Manuel Cancino Meliá, S.L Civitas Editores, Madrid, 1996.

JANA, Andrés, *et al.*, "La responsabilidad Civil en el Proyecto de Bases del Medio Ambiente", en *Revista Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, vol. 1, Nº 2, (1992).

JAQUENOD DE ZSÖGON, Silvia, *"El Derecho ambiental y sus principios rectores"*, Dykinson S.L, Madrid, 1991.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª edición, Losada, Buenos Aires, 1965.

- "La relación de causalidad y la responsabilidad criminal", en *Revista Jurídica La ley*, vol. 16, Nº 823, (2010).

JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, "Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: Perspectiva universal y perspectiva regional europea", en *Política y Sociedad*, vol. 40, Nº 3, (2003).

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, "Responsabilidad Administrativa por culpa in vigilando o in commitendo", en VV.AA., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

JORDÁ CAPITÁN, Eva R., *El Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*, Aranzadi, Navarra, 2001.

- "La dicotomía daños ambientales-daños a la persona en el sistema español de responsabilidad ambiental. Su repercusión", en *Revista de Derecho Privado*, Nº 6, (2013).

JORDANO FRAGA, Jesús, "La responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente", en *Revista de Derecho Urbanístico*, Nº 119, (1990).

- *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995.
- "La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas", en *Revista de Administración Pública*, Nº 149, (1999).
- "Administración y responsabilidad por daños al medio ambiente: La construcción del régimen jurídico de los daños ambientales", en Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (director), *La protección jurisdiccional del medio ambiente*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XII, Ediciones Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

JOSSERAND, Louis, *Les transports en service intérieur et en service international*, 2e edición, Rosseau, París, 1926.

KEHR, Juan César y PEÑALOZA, Andrés, "Modelando los fenómenos. «Causa» como categoría dogmática jurídica (o noción normativa) en la regulación civil de la responsabilidad extracontractual", en Prensas.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.

- "*Teoría pura del Derecho*", trad. Roberto Vernego, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad civil por el daño ambiental", *Separatas de Anales del Cincuentenario*, año académico 1990, Córdoba, 1991.

- "¿Conviene la introducción de los llamados «daños punitivos» en el Derecho argentino?", en *Disertación pronunciada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública de 26 de agosto de 1993*.

KISS, Alexander Charles, *Los principios generales del derecho del medio ambiente*, trad. Alberto Herrero de la Fuente, Cuadernos de la Cátedra F. B. Scott, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1975.

- "Survey of Current Developments in International Environmental Law", en *Morges, IUCN Environmental Policy and Law Paper*, Nº 10, (1976).

KISS, Alexander Charles y SHELTON, Dinah, *Manual of European Environmental*, 2nd edition, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

KOURILSKY, Philippe y GENEVIÈVE, Viney, "*Le principe de précaution*", Odile Jacob, París, 2002.

KRÄMER, Ludwing, "Environmental Liability at Community level", en Ludwin Krämer (editor), *Focus on European Environmental Law*, 2nd edition, London, Sweet & Maxwell, (1997).

- "*Derecho Ambiental y tratado de la Comunidad Europea*", Marcial Pons, Madrid, 1999.
- "The Genesis of EC Environmental Principles", en R. Macrory (editor), *Principles of European Environmental Law*, Europa Law Publishing, 2004.
- *Derecho Ambiental Comunitario*, Ministerio del Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2009.

KRAMER, Matthew H., *et al.*, *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, trad. Claudina Orunesco y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2012.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Derecho de Obligaciones. Parte General, Delito y Cuasi delito*, vol. 1, Dykinson, Madrid, 2011.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, vol. II, Dykinson, Madrid, 1999.

LAGO CANDEIRA, Alejandro, "Principios Generales de Derecho Ambiental", en Blanca Lozano Cutanda y Enrique Alonzo García (directores), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, 2006.

- "El marco internacional de la protección al medio ambiente", en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Tratado de Derecho Ambiental*, Ediciones CEF, Madrid, 2014.

LAGOS, Enrique, "Algunas tendencias del Derecho Internacional a principios del S.XXI", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, (2005).

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado", en *Revista de Administración Pública*, Nº 155, (2001).

- *La autorización administrativa*, Thomson Civitas, Navarra, 2006.
- "Responsabilidad de la Administración por daños ambientales", en *Noticias de las Unión Europea*, Nº 305, (2010).

LANDSBERG, Gerd y LÜLLING, Wilhelm, *Umwelthaftungsrecht. Kommentar*, Köln, Bundesanzeiger, 1991.

LARENZ, Karl, *Hegel Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Scienta Verlag, Leipzig, 1927.

- *Derecho de obligaciones*, versión española y notas de J. Santos Briz, tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- *Lehrbuch des Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 14th edition, Beck, München, 1987.

- *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Manuel Rodríguez Molinero, Editorial Ariel Derecho, 2º Edición, Barcelona, 2001.

LARRAÑAGA MONJARAZ, Pablo DE, *El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporánea*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, [inédita], Universidad de Alicante, Alicante, 1996.

LARROUMET, Christian, *Responsabilidad civil contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

LARSON, Marie-Louise, *The Law of Environmental Damage. Liability and Reparation*, Kluwer Law International, Stockholm, 1999.

LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Por un derecho penal sólo penal: Derecho penal, derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador", en VV.AA., *Homenaje al Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Navarra, 2005.

LÉGER, Ph., *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Dalloz, París y Ed. Beuylant, Bruselas, 2000.

LEITE MORATO, José Rubens, "Dano Ambiental: Compensacao Ecológica e Dano Moral ou Extrapatrimonial", en VV.AA., *Actas das I Jornadas luso-brasileiras de direito do ambiente*, Lisboa, Instituto do Ambiente, (2002).

LILLO GOFFRERI, Diego Alonso y PÉREZ ARAVENA, Nelson Rodrigo, *Tratados Internacionales Ambientales: Un análisis de eficacia en el Derecho interno*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales [inédita], Universidad de Chile, Santiago, 2012.

LLAMAS POMBO, Eugenio, "Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba", en J.A. Moreno (director), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.

- *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- "¿Responsabilidad medioambiental sin responsabilidad civil?", en *Diario La Ley*, Sección Editorial, Ref. D-471, Nº 57, (2008).
- "Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños", en Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), *La responsabilidad civil y su*

problemática actual, Dykinson, Madrid, 2007.

LOPERENA ROTA, Demetrio, *Los Principios del Derecho Ambiental*, IVAP-Civitas, Madrid, 1998.

- "Administración pública y restauración ambiental", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 634, (2004).

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier, *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2010.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente", en *Revista de Derecho y Gaceta de los Tribunales*, tomo 94, 1ª parte, (1997).

LOZANO CUTANDA, Blanca, "Responsabilidad por daños al medio ambiente", en Blanca Lozano Cutanda y Enrique Alonso García (editores), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, 2006.

- "Capítulo XI. Infracciones y Sanciones (arts. 35 a 40)", en Blanca Lozano Cutanda (coordinadora), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental. Ley 26/2007, de 23 de octubre*, Thomson Civitas, Navarra, 2008.
- "*Derecho Ambiental Administrativo*", 11ª Edición, Dykinson, Madrid, 2010.
- "La Responsabilidad por Daños Ambientales", en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Tratado de Derecho Ambiental*, Ediciones CEF, Madrid, 2014.

MACCORMICK, Neil, *H.L.A. Hart*, trad. Juan Manuel Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010.

MACERA, Bernard-Frank, *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

MAES, Franc, "Los Principios de Derecho Ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el Derecho Internacional Marítimo. Un cambio para los legisladores nacionales", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, (2007).

MAGIDE HERRERO, Mariano, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000.

MANN, Kenneth, "Punitive Civil Sanctions: The middleground Between Criminal and Civil Law", en *The Yale Law Journal*, N° 101, (1992).

MANNA, Adelmo, "Il risarcimento del danno fra Diritto civile e diritto penale", en *Indice Penales*, (1991).

MARCHISIO, Sergio, "El desarrollo sostenible en el Derecho comunitario europeo del Medio ambiente", en José Manuel Peláez Marón (director), *Cuestiones actuales del Derecho Comunitario Europeo III*, Editores Universidad de Córdoba, Córdoba, 1995.

MARKESINIS, Basil y DEAKIN, Simon, *Tort Law*, 3rd edition, Oxford University Press, Oxford/New York, 1994.

MARTIN, Gilles, "Le dommage écologique en Droit interne, communautaire et comparé", en Gilles Martin (director), *Actes du Colloque de la S.F.D.E.*, Editorial Economica, París, 1992.

- "Précaution et évolution du droit", en *Dalloz*, sec. chronicle, (1995).

MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV, Edisofer, Madrid, 2003.

- "Valoración de los daños ambientales", en *Revista de Derecho Ambiental. Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho. Universidad de Chile*, N° 1, (2003).
- *Manual de Derecho Ambiental*, 3^a edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

MARTÍN REBOLLO, Luis, "Medio Ambiente y responsabilidad de la Administración", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 11, (1988).

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986.

- *Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho. Discurso leído el 23 de octubre de 2009, en el acto de su recepción como Académico de Número*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid, 2009.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre *et al.*, "Análisis dogmático del derecho penal ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del derecho internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile", en *Ius et Praxis*, vol. 9, N° 2, (2002), disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122003000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=es#nota36.

MAZEAUD, Henri *et al.*, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, tomo II, 6e édition, Montchrestien, París, 1970.

MAZUELOS, Ángeles, "Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", en *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°8, (2004).

MAZZEAU, Denis, "Responsabilité civile et précaution", en *Responsabilité Civile et Assurances*, N° 19, (2001).

MCGARITY, O. y MOSEDALE, Th., "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law", en *Journal of Environmental Law*, vol. 9, N° 2, (1997).

MELI, Marisa, "Il principio chi inquina paga e il costo delle bonifiche", en VV.AA., *Principi Europei e Illecito Ambientale*, G. Giappicheli Editore, Torino, 2013.

MIGUEL PERALES, Carlos DE, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994.

- *Derecho Español del Medio Ambiente*, 3ª Edición, Civitas - Thomson Reuter, Navarra, 2009.

MOLINARI VALDÉS, Aldo, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva*, Lexis-Nexis, Santiago, 2004.

MORALES SAN MARTÍN, Francisco José, *La responsabilidad por daños ambientales en el marco de la nueva institucionalidad*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, [inédita], Pontificia Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2012.

MORAND DEVILLER, Jacqueline, "Los grandes principios del Derecho del Ambiente y del Derecho del Urbanismo", disponible en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13350>.

MORELLO, Augusto, *La prueba. Tendencias modernas*, Platense/Abeledo- Perrot, La Plata/Buenos Aires, 1991.

- "La valoración de la prueba y otras cuestiones de la tutela procesal del ambiente", en *Doctrina de JA*, vol. III, N° 380, (1999).

MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel, *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Platense, La Plata, 1986.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

MORENO TRUJILLO, Eulalia María, *La protección jurídico-privada del medio ambiente responsabilidad por su deterioro*, Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho, [inédita], Universidad de Granada, Granada, 1990.

MOURE, Ana María, "El principio de precaución en el derecho internacional", *Revista Internacional de Éticas Aplicadas (Dilemata)*, N° 11, (2013), disponible en: <http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/issue/view/12/showToc>.

MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal (1894-1983)*, Montecorvo, Madrid, 1985.

MULLERAT, Bernat, "Algunas Reflexiones sobre el nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, N° 3, (2005).

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Ediciones Servicio de Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 1983.

MUÑOZ VALENZUELA, Macarena, "El Principio quien contamina paga a la luz de la legislación medioambiental chilena", disponible en: www.cde.cl/wps/wcm/connect/df96c1004fbf46ce4e7365/10.pdf?MOD=AJPERES.

- "Sistemas de Reparación por Daño Ambiental desde la Perspectiva del Principio quien contamina paga", en VV.AA., *Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho, Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile, Legal Publishing, (2008).

NAVARRO CARDOSO, Fernando, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, S.A. Colex. Editorial Constitucion y Leyes, Madrid, 2001.

NELSON NERY, Junior y ANDRADE NERY, Rosa María DE, "Responsabilidade civil, meio ambiente e acao colectiva ambiental" en Antônio Hermann V. Benjamin (coordinador), *Dano Ambiental. Prevencao, reparacao e repressao*, Sao paulo, 1993.

NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2012.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2013.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno", en *Ius et Praxis*, vol. 2, Nº 2, (1997).

- "Justicia Ambiental y Justicia Constitucional" en *Revista de Derecho Ambiental*, FIMA, Nº 2, (2010).

NUNES ATHIAS, Jorge A., "Responsabilidade civil e meio ambiente. Breve panorama do Direito Brasileiro", en Antônio Hermann V. Benjamin (coordinador), *Dano Ambiental. Prevencao, reparacao e repressao*, Sao paulo, 1993.

ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, 2ª edición, Omeba, Buenos Aires, 1960.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, "Concepto del Medio Ambiente", en Luis Ortega Álvarez y Consuelo Alonso García (directores), *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PACCHIONI, Giovanni, *Diritto Civile Italiano. Parte seconda. Dei delitti e quasi delitti*, vol. IV., Padua, 1940.

PALMA DEL TESO, Ángeles DE, "La culpabilidad", en *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, Nº extraordinario, (2001).

PALMER, Vernon, "Trois principes de la responsabilité sans faute", en *RIDC*, vol. 39, Nº 4, (1987).

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Del concepto de daño hacia una teoría general del derecho de daños*, Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho, [inérita], Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1981.

- "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en VV.AA., Asociación de Profesores de Derecho Civil. Centenario del Código Civil, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- "Comentario del artículo 1902", en Cándido Paz-Ares Rodríguez *et al.* (directores), *Comentario al Código Civil*, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- "Los anteojos del civilista: hacía una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", en *Documentación Administrativa*, Nºs 237-238, (1994).
- "Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas", en *Documentación Jurídica*, Nº 81, (1995).
- "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente", en Luis Martín Rebollo (director), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, S.L. Civitas Ediciones, Madrid, 1996.
- "Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)", en Fernando Pantaleón Prieto (director), *La Responsabilidad en el derecho*, AFDUAM, Nº4, Madrid, 2000.

PAPAYANNIS, Diego, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92 de 26 de noviembre)*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1993

- *Derecho administrativo*, tomo III, 11ª edición, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2007.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993.

- "La intensidad del control judicial de la Administración Pública: el juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad", en *Revista de Derecho Administrativo* (Buenos Aires), N°s. 15/16, (1994).

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

PERNAS GARCÍA, Juan José, "La exigencia de comprobación del nexo causal y la determinación de medidas de reparación en el marco del régimen de responsabilidad de la Directiva 2004/35. Comentario a dos sentencias recientes del TJCE", en *Actualidad Jurídica Ambiental*, N°4, (2010).

PIAGGIO, Aníbal, "Azar y certeza en el Derecho de Daños", en *El Derecho*, vol. 152, (1993).

PIERRY ARRAU, Pedro, "Algunos Aspectos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 92, 1ª parte, (1995).

- "Responsabilidad del Estado por Daño Ambiental", en Ximena Silva Abranetto (directora), *Cumplimiento de la Legislación Ambiental y Reparación de Daños al Medio Ambiente*, Consejo de Defensa del Estado (editor), Santiago, s.d.
- "¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la Jurisprudencia", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 11, (2004), disponible en: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/fa98d9c3-6088-45d5-88794fcef7f7e939/3.pdf?MOD=AJPERES>

PINO, Octavio y PIZARRO, Eduardo, *Responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2001.

PIZARRO WILSON, Carlos, "La responsabilidad por daño ambiental en perspectiva civil", en Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson (coordinadores), *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Ediciones Fundación Fernando Fueyo, (2008).

PIZARRO, Ramón Daniel, "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO I/1982", en VV.AA., *Estudios en homenaje al Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1989.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, "Los Principios Generales del Derecho del Trabajo", en *Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires*, N° 3, (1979).

PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 7e édition, París, 1917.

PLAZA MARTÍN, Carmen, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

- "Comunidad Europea: Objetivos, Principios y Condiciones de la Acción Ambiental Comunitaria", en Blanca Lozano Cutanda y Enrique Alonzo García (directores), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, 2006.
- "Medio Ambiente en la Unión Europea", en Luis Ortega Álvarez y Consuelo Alonso García (directores), *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA), "*Training Manual on International Environmental Law*", disponible en: <http://www.iucnael.org/online-resources/unep-training-manual.html>.

POKLEPOVIC MEERSOHN, Iván, "Evaluación económica del daño ambiental: Experiencia del Consejo de Defensa del Estado", en Ximena Silva Abranetto (directora), *Cumplimiento de la Legislación Ambiental y Reparación de Daños al Medio Ambiente*, Consejo de Defensa del Estado (editor), Santiago, s.d

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio *et al.*, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

POSTIGLIONE, Amedeo, *Il diritto all'ambiente*, Jovene Editore, Napoli, 1982.

PREVOT, José Manuel, "El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, (2010).

PRIEUR, Michel, *Droit de l'environnement*, 2e édition, Précis Dalloz, París, 1991.

PRIGOGINE, Ilya, "El futuro no está determinado", en *La Nación* [Buenos Aires], 22 de abril de 2000.

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, "Principi europei e rogole di responsabilità ambientales in Spagna", en VV.AA., *Principi Europei e Illecito Ambientale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013.

RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de Política jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

REBOLLO PUIG, Manuel, "Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por el hecho de otro. Comentarios a la STS de 9 de mayo de 1989", en *Poder Judicial*, N° 20, (1990).

- "El contenido de las sanciones", en *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, N° extraordinario, (2001).

REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, "El régimen de infracciones y sanciones", en Germán José Fernández Farreres (director), *Comentario a la Ley General de subvenciones*, Thomson - Civitas, Navarra, 2005.

REGLERO CAMPOS, Fernando L., "El nexos causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas", en L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Busto Lago (coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, tomo I, 5ª edición, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2014.

- "Los sistemas de responsabilidad civil", en L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Busto Lago (coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, tomo I, 5ª edición, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2014.

REHBINDER, Eckard, "Evaluation et réparation du dommage écologique", en Gilles Martín (director), *Le dommage écologique en Droit interne, communautaire et comparé. Actes du Colloque de la S.F.D.E., 21 et 22 mars 1991*, Editorial Economica, París, 1992.

RIVAS, David M., "Insuficiencias y fallos del principio contaminador - pagador", en VV.AA., *Seminario sobre instrumentos jurídicos y económicos para la protección del medio ambiente*, Comisión de las Comunidades Europeas / Principado de Asturias, 1991.

ROADY, Stephen E., "Retroactive Liability for Environmental Harm in The United States: Lesson from Superfund Experience", en VV.AA., *Derecho del Medio Ambiente, Congreso Internacional. Fundación de Derecho Universidad de Chile*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1998.

RODGERS jr., William, *Environmental Law*, 2nd edition, West, St. Paul, 1994.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *De la responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Manual sobre la responsabilidad en el Derecho español*, Edisofer S.L., Madrid, 2010.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Civitas, Madrid, 1977.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Instrumentos jurídicos preventivos y represivos en la protección del Medio Ambiente", en *Documentación Administrativa*, Nº 190, (1981).

- "Alternativas de protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales". en *Cuadernos de Política Criminal*, Instituto de Criminología, Nº 19, (1983).

ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, tomo I, trad. y notas Diego-Manuel Luzón Peña (director) et al., 2ª edición, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2008.

RUBIO GARCÍA-MINA, Jesús, *La responsabilidad civil del empresario. Discurso de recepción de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1971.

RUDA GONZÁLES, Albert, *El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro al Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

RUIZ-JARABO, Dámaso, "El desarrollo comunitario del principio de precaución", en Dimitry Berberoff Ayuda (director), *El principio de precaución y su proyección en el Derecho Administrativo Español*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén, "La legitimación activa del Estado de Chile en materia de indemnización de perjuicios derivados de daños ambientales en predios de propiedad privada", en *Revista de Derecho del CDE*, N° 25, (2011).

SABELLI, Héctor, "Excepciones a la pesificación, emergencia y principios jurídicos", en *JA*, vol. I, (2003).

SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

SALGADO SCHENIDER, Verónica, "La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras" en *Revista de Derecho Valdivia*, vol. XXV, N°1, Julio (2012).

SALVADOR CODERCH, Pablo, "Punitive Damage", en Fernando Pantaleón Prieto (director), *La Responsabilidad en el derecho*, AFDUAM, N°4, Madrid, 2000.

SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SALVADOR CODERCH, Pablo, GAROUPA, Nuno y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, "El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva", en *InDret*, disponible en: http://www.indret.com/pdf/309_es.pdf.

SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, "Causalidad y responsabilidad", 3ª edición, en *InDret*, disponible en: http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf.

SALVADOR CODERCH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, "Negligencia, causalidad y responsabilidad objetiva de las administraciones públicas", en *InDret*, disponible en: http://www.indret.com/pdf/076_es.pdf

- "Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia", en *InDret*, disponible en: http://www.indret.com/pdf/085_es.pdf

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1995.

- *Derecho Administrativo. Parte General*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José, “«La restitutio in pristinum» como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente”, en *Medio ambiente y Derecho. Revista Electrónica de la Universidad de Sevilla*, (2002), disponible en: http://personal.us.es/patroclo/publicaciones_pdf/la_restituio_in_pristinum.pdf.

SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen, *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Boch S.A., Barcelona, 1994.

SANDS, Philippe, *Principles of international environmental law: Frameworks, standards and implementation*, vol. I, Manchester University Press, Manchester / New York, 1995.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "*Principios de Derecho Administrativo General*", tomo II, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2009.

SANZ ENCINAR, Abraham, "El Concepto de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho", en Fernando Pantaleón Prieto (director), *La Responsabilidad en el derecho*, AFDUAM, Nº4, Madrid, 2000.

SANZ RUBIALES, Iñigo, *El contencioso interadministrativo (Litigios entre Administraciones Públicas Territoriales)*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

- *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- "Criterios del Consejo de Europa y ordenamiento español: Algunos problemas", en J. Luis Martínez López-Muñiz y Antonio Calonge Velázquez (coordinadores), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- "Aspectos Jurídicos de la Remediación Ambiental: El modelo Europeo", en Prensa.
- "La exigencia administrativa de responsabilidad por daños al medio ambiente", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Nº 23, (2012).

SARMIENTO, Daniel, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

SCHIPANI, SANDRO, "Apuntes sobre el origen del término responsabilidad", en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, año II, Nº VI, (2000).

SCHNIER, David J., "Genetically Modified Organisms & the Cartagena Protocol", en *Fordham Environmental Law Journal*, (2001).

SCHROEDER, C., "Three forms of Responsibility: on the relationship between Tort Law and Welfare State", en *The Cambridge Law Journal*, Nº 60, (2001).

SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Nuevo diccionario etimológico Latín - Español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

SILVA ABRANETTO, Ximena, "La acción judicial para la reparación del daño ambiental y su ejercicio por el Consejo de Defensa del Estado", en Ximena Silva Abranetto (directora), *Cumplimiento de la Legislación Ambiental y Reparación de Daños al Medio Ambiente*, Consejo de Defensa del Estado (editor), Santiago, s.d

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª edición, tomo VII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

SILVA TORRES, Beatriz Adriana, *Evaluación Ambiental: Impacto y Daño. Un Análisis Jurídico Desde la Perspectiva Científica*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, [inérita], Universidad de Alicante, Alicante, 2012.

SIMÓN YARZA, Fernando, *Medio Ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

SLOSS, David, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement*, Cambridge University Press, New York, 2009.

SNYDER, Francis, "Soft law and institutional practice in the European Community", en *European University Institute Working Paper Law*, Nº93/5, (2003).

SORIANO GARCÍA, José Eugenio y BRUFAO CURIEL, Pedro, *Claves de Derecho Ambiental*, tomo III, Iustel, Madrid, 2013.

SOTO KLOSS, Eduardo, "Responsabilidad Administrativa Municipal", en *Revista de derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 78, 1ª parte, (1981).

- *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

- "Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho chileno", en *Revista de Derecho y jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 81, 1ª parte, (1984).
- *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

MILL, John Stuart, *Sistema de lógica inductiva y deductiva*, trad. Eduardo Ovejero y Maury, Daniel Jorro Editor (imprensa de Juan Pelayo), Madrid, 1917.

STUTZIN, Godofredo, "Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza", en *Revista Ambiente y Desarrollo*, vol 1, Nº 1, (1984).

SUNSTEIN, Cass, *Law of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

- *Leyes de Miedo. Más allá del principio de precaución*, Katz Editores, Buenos Aires/Madrid, 2009.

SYKES, Stephen, "Setting precedents for EU environmental liability? The polluter pays principle and the UK Cambridge case", en *European Environment*, vol. 4, (1994).

TAMMES, A.J.P, *International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Ed. Martinus Nijhoff, La Haya, 1983.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Contra una presunción general de culpa por el hecho propio", en Hernán Corral Talciani *et al.* (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil IV: Responsabilidad extracontractual*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011.

TOLEDO TAPIA, Fernando, *Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Historia fidedigna y concordancias internas*, Comisión Nacional del Medio Ambiente, Santiago, 2000.

TORO, Mauricio Iván DEL, "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, (2006).

TORRETTI, Roberto, *Inventar para entender*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012.

TRAND, Palma J., "The inapplicability of Traditional Tort Analysis to Environmental Risks: The Example of Toxic Waste Pollution Victim Compensation", en *Stanford Law Review*, N° 35, (1983).

TUNC, André, *La responsabilité civile*, Economica, París, 1981

URREJOLA SANTAMARÍA, Sergio, "El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, (2001).

URRUTIA SILVA, Osvaldo, "Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales Ambientales y Derecho internacional del medio ambiente", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XL, (2013).

URZÚA REYES, María Fernanda, *Derecho administrativo sancionador ambiental. (Superintendencia del Medio Ambiente y sanciones administrativas. Análisis crítico a la luz de la Constitución Política de la República)*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, [inédita], Universidad de Chile, Santiago, 2014.

US BASED ENVIRONMENT RESEARCH FOUNDATION, "Answering Critiques o Precaution", en *Rachel's Environment and Health News*, disponible en: <http://www.rachel.org/?q=en/node/6464>.

VALENCIA MARTÍN, Germán, "Contenido y alcance de la autorización ambiental integrada", en VV.AA., *Estudios sobre la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

- "La responsabilidad medioambiental", en *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 25, (2010).

VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *Medio Ambiente en Chile*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1985.

- "La responsabilidad civil por daño ambiental", en VV.AA., *Derecho del Medio Ambiente, Congreso Internacional. Fundación de Derecho Universidad de Chile*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1998.
- *El derecho ambiental. Presente y pasado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, "La protección ambiental en el ámbito constitucional", en *Revista Actualidad Jurídica*, Nº 27, (2013).

VARGA PASTOR, Aitana DE LA y SANZ RUBIALES, Iñigo, "Título V " en Fernando García-Moreno Rodríguez (director), *Comentarios sistemáticos a la ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2014.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, "Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental", en *Revista de Derecho Público*, Nº 80, (2014).

VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín, *Medio Ambiente y costes de contaminación*, en *Documentación Administrativa*, Nº 178, (1978).

VERDUGO MARINKOVIC, Mario *et al.*, *Derecho Constitucional*, tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

VERGARA BLANCO, Alejandro, "Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 11, Nº2, (2004).

- *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo. El mito del Código Civil como «Derecho Común»*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010.

VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Las acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de responsabilidad aplicable" en Carlos Pizarro Wilson (director), *Cuadernos de Análisis Jurídicos N°4. Colección Derecho Privado. Régimenes especiales de Responsabilidad*, Ediciones Universitarias Diego Portales, Santiago, 2007.

VIGO, Alejandro, "Los principios generales de derecho" en *JA*, vol. III, (1986).

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Ediciones UC, Santiago, 2006.

WAHL, Rainer, *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán*, trad. José Carlos Mardomingo, Marcial Pons, Madrid, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Editorial Crítica, Barcelona 2008.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea), en Alberto Bueres y Aida Kemelmajer (directores), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

- *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco, "Constitución y Ley Interpretativa. Algunas notas sobre una paradoja y peligros relativos a este tipo de ley", en *Ius et praxis*, N° 2, (2009).

JURISPRUDENCIA NACIONAL

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

A.- DISPONIBLES EN LA REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA

1. Excma. Corte Suprema, sentencia de 29-7-1931, en: RDJ, t.28, segunda parte, sección primera.
2. Excma. Corte Suprema, sentencia de 6-11-1972, en: RDJ, t.59, sección cuarta.
3. Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 4-10-1974, disponible en: RDJ, tomo 71, segunda parte, sección tercera.
4. Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 07-08-1984, en: RDJ, tomo 81, segunda parte, sección quinta.

B.- DISPONIBLES EN EL SITIO WEB DEL PODER JUDICIAL DE CHILE SEGÚN NÚMERO DE ROL

5. Excma. Corte Suprema, causa rol 19.824 - 1985, sentencia de fecha 21-08-1985, caratulada "Palza Corvacho, Humberto con Director de Riego de la I Región y Otros".

6. Excma. Corte Suprema, causa rol 11.495 - 1998, sentencia de fecha 4-06-1998, caratulada "Luis Pozo y otros con Empresa de Ferrocarriles Antofagasta a Bolivia".
7. Excma. Corte Suprema, causa rol 2.703 – 2003, sentencia de fecha 20-04-2004, caratulada "*Luis Alberto Galindo Pérez con Juan Marcos Pérez Vega y otro*".
8. Excma. Corte Suprema, causa rol 3.174 - 2005, sentencia de fecha 30-05-2007, caratulada "Molina Manzo, Lombardo y otros con CPA Promel Ltda. y Cia. y otro".
9. Excma. Corte Suprema, causa rol 5.027 - 2008, sentencia de fecha 31-18-2012, caratulada "Claudio Fernández Farfán y otros con Servicio de Salud de Árica".
10. Excma. Corte Suprema, causa rol 6.397-2008, sentencia de fecha 8-01-2009, caratulada "Palmar Correntoso con COREMA de la Región de los Lagos".
11. Excma. Corte Suprema, causa rol N° 5.826 - 2009, sentencia de fecha 28-10-2011, caratulada "Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad".
12. Excma. Corte Suprema, causa rol 7.287 - 2009, sentencia de fecha 30-11-2009, caratulada "Linconao Huircapan, Francisca con Sociedad Palermo Ltda.".
13. Excma. Corte Suprema, causa rol 2.262-2011, sentencia de fecha 16-06-2011, caratulada "Municipalidad de Putre con COREMA de Arica y Parinacota".
14. Excma. Corte Suprema, causa rol 10.220 - 2011, sentencia de fecha 4-04-2012, caratulada "Antonio Horvath Kiss y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén".
15. Excma. Corte Suprema, causa rol N°10.884 - 2011, sentencia de fecha 4-12-2012, caratulada "Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes".
16. Excma. Corte Suprema, causa rol 1.969 - 2012, sentencia de fecha 28-06-2012, caratulada "Manuel Luciano Rocco Hidalgo y otros con Directora

Regional (s) Servicio Evaluacion Ambiental e Intendente (s) III Región Atacama".

17. Excma. Corte Suprema, causa rol 2.138 - 2012, sentencia de fecha 27-07-2012, caratulada "René Rodríguez Torres y otros con Reconsa S.A.".
18. Excma. Corte Suprema, causa rol 2.463 - 2012, sentencia de fecha 11-05-2012, caratulada "Corporación Fiscalía Del Medio Ambiente con Servicio Evaluación Ambiental Región De Aysén".
19. Excma. Corte Suprema, causa rol 7.071 - 2012, de fecha 26-11-2012, caratulada "Presidenta Agrupación de Manipuladoras de Alimentos las Palomitas Blancas, Carlos Enrique Belmar Fernández y Pedro Medina Reyes y otros con Comisión de Evaluación Ambiental del Bio-Bio".
20. Excma. Corte Suprema, causa rol 5.130 - 2013, sentencia de fecha 26-06-2013, caratulada "Sociedad Chilena del Derecho de Autor con Soc. Hotelera y Servicios Gastronómicos Oasis Ltda.".
21. Excma. Corte Suprema, causa rol 7.467 - 2013, sentencia de fecha 24-06-2014, caratulada "Aníbal Montalva Rodríguez y otros con Aguas Andinas".
22. Excma. Corte Suprema, causa rol 14.209 - 2013, sentencia de fecha 2-06-2014, caratulada "Estado de Chile con Empresa Minimal Enterprises Company".
23. Excma. Corte Suprema, causa rol 15.996 - 2013, sentencia de fecha 01-09-2014, caratulada "Fisco de Chile con Molibdenos y Metales S.A. otra".
24. Excma. Corte Suprema, causa rol 11.857 - 2014, sentencia de fecha 30-10-2014, caratulada "Claudio Fernández Farfán y otros con Servicio de Salud de Árica".
25. Excma. Corte Suprema, causa rol 17.148 - 2014, sentencia de fecha 06-10-2014, caratulada "Calfiñir Llancaqueo María con Aguas Araucanía S.A".
26. Excma. Corte Suprema, causa rol 21.327 - 2014, sentencia de fecha 20-11-2014, caratulada "Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena".

C.- DISPONIBLES EN LA BASE DE DATOS DE LEGAL PUBLISHING ON LINE CHILE (con suscripción)

27. Excma. Corte Suprema, causa rol 259 - 1999, sentencia de fecha 25 de febrero de 1999, N° identificador Legal Publishing: CL/ JUR/15724.
28. Excma. Corte Suprema, causa rol 3.748 - 1999, sentencia de fecha 18-01-2001, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/3281/2001; 17954.
29. Excma. Corte Suprema, causa rol 3.135 - 2001, sentencia de fecha 17-09-2001, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/4419/2001; 22413.
30. Excma. Corte Suprema, causa rol 1.083 - 2003, sentencia de fecha 17-08-2004, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/4943/2004; 30698.
31. Excma. Corte Suprema, causa rol 1.302 - 2003, sentencia de fecha 8-05-2003, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/4277/2003; 26734.
32. Excma. Corte Suprema, causa rol 1.911 - 2004, sentencia de fecha 30-08-2006, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/35145.
33. Excma. Corte Suprema, causa rol 3.807 - 2006, sentencia de fecha 24-01-2008, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/1442/2008.
34. Excma. Corte Suprema, causa rol 2.107 - 2008, sentencia de fecha 29-07-2010, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/4473/2010.
35. Excma. Corte Suprema, causa rol 396 - 2009, sentencia de fecha 20-04-2011, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/3422/2011.
36. Excma. Corte Suprema, causa rol 2.663 - 2009, sentencia de fecha 31-08-2012, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/1952/2012; 62600.
37. Excma. Corte Suprema, causa rol 5.826 - 2009, sentencia de fecha 28-10-2011, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/8490/2011.
38. Excma. Corte Suprema, causa rol 12.530 - 2013, sentencia de fecha 15-04-2014, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/1323/2014; 68214.

D.- *DISPONIBLES EN LA BASE DE DATOS DE MICROIURIS CHILE* (con suscripción)

39.Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 10 abril 2007, N° identificador Microjuris: MJJ9504.

40.Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 17 julio 2007, N° identificador Microjuris: MJJ11010.

41.Excma. Corte Suprema, causa rol 6.679 - 2009, sentencia de fecha 11-01-2012, Microjuris N° identificador: MJJ30727.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. STC 46 - 1987.

2. STC 158 - 1992.

3. STC 185 - 1994.

4. STC 244 - 1996.

5. STC 309 - 2000.

6. STC 325 - 2001.

7. STC 478 - 2006.

8. STC 480 - 2006.

9. STC 577 - 2006.

10. STC 804 - 2007

11. STC 986 - 2007.

12. STC 2.236 - 2012.

13. STC 2.264 - 2012.

14. STC 2.386 - 2012.

15. STC 2.492 - 2013.

ILUSTRÍSIMAS CORTES DE APELACIONES

A.- DISPONIBLES EN LA REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA

1. Itma. Corte Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 26 mayo 1951, en: RDJ, t. 48, segunda parte, sección cuarta.
2. Itma. Corte Apelaciones Santiago, sentencia de fecha 20 abril 1964, en: RDJ, t. 61, segunda parte, sección segunda.

B.- DISPONIBLES EN EL SITIO WEB DEL PODER JUDICIAL DE CHILE SEGÚN NÚMERO DE ROL

3. Itma. Corte de Apelaciones de Copiapó, causa rol 3.455-1992, caratulada "Homero Callejas Molina y otros con Compañía Minera del Pacífico S.A.".
4. Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, causa rol 11.652 - 2003, sentencia de fecha 17-01-2007, caratulada "Fisco de Chile con Cía. Industrial Pto. Montt S.A.".
5. Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, causa rol 638 - 2006, sentencia de fecha 17-01-2007, caratulada "Fisco de Chile con Cía. Industrial Puerto Montt S.A.".
6. Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 135-2010, sentencia de fecha 5-11-2010, caratulada Consejo de Defensa del Estado con Bosques Arauco S.A.".
7. Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 1.879-2011

(acumuladas 54 y 56 - 2012), sentencia de fecha 27-08-2012, caratulada "Presidenta Agrupación de Manipuladoras de Alimentos las Palomitas Blancas, Carlos Enrique Belmar Fernández y Pedro Medina Reyes y otros con Comisión de Evaluación Ambiental del Bio-Bio".

C.- DISPONIBLES EN LA BASE DE DATOS DE LEGAL PUBLISHING ON LINE CHILE (con suscripción)

8. Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 9.052 - 2001, sentencia de fecha 20-04-2007, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/640/2007; J4561/2007.
9. Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 340 - 2007, sentencia de fecha 03-03-2008, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/5368/2008; 38366.
10. Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 273 - 2011, sentencia de fecha 10-04-2012, N° identificador Legal Publishing: CL/JUR/1995/2012.

TRIBUNALES AMBIENTALES

1. Iltmo. Segundo Tribunal Ambiental, causa rol D - N° 2-2013, sentencia de fecha 27-06-2013, caratulada "Rúben Pérez y otros con Compañía Minera Nevada SpA".
2. Iltmo. Segundo Tribunal Ambiental, causa rol D - N° 3-2013, sentencia de fecha 27-06-2013, caratulada "Toro Vega Álvaro con Ministerio del Medio Ambiente".
3. Iltmo. Segundo Tribunal Ambiental, causa rol D - N° 6-2013, sentencia de fecha 9-08-2014, caratulada "Estado de Chile con Servicios Generales Larenas Ltda."
4. Iltmo. Segundo Tribunal Ambiental, causa rol D - N° 9-2014, sentencia de fecha 3-02-2014, caratulada "Agrícola Huertos Catemu S.A. y otros con Compañía Minera Catemu Ltda. y otros".

5. Iltmo. Segundo Tribunal Ambiental, causa rol D - N° 13-2014, sentencia de fecha 6-05-2014, caratulada "Ilustre Municipalidad de Quintero con Enap Refinerías S.A. y otro".
6. Iltmo. Tercer Tribunal Ambiental, causa rol D - N° 5-2015, sentencia de fecha 12-09-2015, caratulada "Jaque Blu, Juan Carlos y otro con Inmobiliaria Quilamapu Limitada y otro".

JUZGADOS DE LETRAS EN LO CIVIL

Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt (2º), causa rol N° 2674 - 2000, sentencia de fecha 23-12-2002, caratulada "Fisco de Chile con Servitex S.A.".

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

A.- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. TJUE, C-132/03.
2. TJUE, C-133/93; C-300/93 y C-362/93.
3. TJUE, C-157/96.
4. TJUE, C-175/98 y C-177/98.
5. TJUE, C-188/07.
6. TJUE, C-219/07.
7. TJUE, C-236/01.
8. TJUE, T-13/1999.

ÍNDICE

SUMARIO.....	6
ABREVIATURAS	8
INTRODUCCIÓN	10

PARTE PRIMERA

REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD Y RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y SISTEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD..... 15

A. El concepto jurídico de responsabilidad como cuestión preliminar 15

1. Justificación de su análisis en la presente investigación 15
2. La voz responsabilidad: Cuestiones terminológicas 16
3. La responsabilidad jurídica: sus diversos significados en el Derecho..... 18

B. La *summa divisio* Derecho público/privado como criterio clasificatorio de los regímenes de responsabilidad jurídica: Breves nociones sobre responsabilidad sancionadora y responsabilidad civil 23

1. Responsabilidad sancionadora 26
 - 1.1. Responsabilidad penal 31
 - 1.2. Responsabilidad infraccional o administrativa sancionadora..... 34
2. Responsabilidad civil o responsabilidad patrimonial 35
 - 2.1. Responsabilidad civil contractual..... 37
 - 2.2. Responsabilidad civil extracontractual..... 40
 - 2.3. Fines y funciones de la responsabilidad civil extracontractual..... 41

2.3.1. Su carácter individualista: La protección de la persona (la víctima) ...	42
2.3.2. Tesis ensayada por la doctrina sobre las "otras" funciones que cumpliría la responsabilidad civil	44
2.3.3. Sobre la pretendida función preventiva de la responsabilidad civil	50

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN LA LBGMA.....	54
--	-----------

A. La responsabilidad por daño ambiental en el ordenamiento jurídico chileno: La dispersión de su regulación.....	54
--	-----------

1. Regímenes específicos de responsabilidad por daño ambiental establecidos en Leyes especiales.....	55
2. Régimen ordinario de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA. Estado de la cuestión y justificación de su análisis: Su concepción tradicional como un régimen de responsabilidad civil extracontractual.....	59
2.1. La inquietud sobre la naturaleza jurídica del régimen. Su concepción como un régimen de responsabilidad civil extracontractual. Aclaraciones terminológicas.....	62
2.2. Necesidad de un análisis profundo sobre la naturaleza jurídica, la extensión y los límites del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA	64

B. Objeto tutelado por el régimen de responsabilidad establecido en la LBGMA: el medio ambiente o uno o más de sus componentes	66
---	-----------

1. El medio ambiente en la Constitución Política de la República.....	69
2. El medio ambiente y sus componentes en la LBGMA	75

3. El alcance de la voz para "todos los efectos" legales que utiliza la LBGMA al proporcionar sus definiciones: especialmente las de medio ambiente y daño ambiental	81
3.1. Antecedentes.....	81
3.2. El problema de la vinculación de las definiciones que proporciona la LBGMA en sede constitucional.....	84
4. Recapitulando	88

PARTE SEGUNDA

PROBLEMAS ACTUALES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN LA LBGMA Y SU SOLUCIÓN A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL

CAPÍTULO TERCERO

PROBLEMAS ACTUALES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL91

A. Inconvenientes de la consideración del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA como un régimen exclusivamente de responsabilidad civil..... 91

1. La responsabilidad que regula el régimen se refiere al daño ambiental o daño ecológico puro: Conceptualización y características de este fenómeno	93
2. La relación de causalidad en las acciones de reparación de los daños ambientales.....	98
3. Fin de la norma: protección del medio ambiente versus justicia conmutativa o correctiva	99
4. El objeto de la pretensión: Reparación del medio ambiente versus indemnización de los perjuicios civiles.....	102

5. Otros problemas clásicos de los daños ambientales que no encuentran respuesta en la estructura tradicional de la responsabilidad civil.....	106
5.1. La contaminación anónima o crónica	106
5.2. La contaminación histórica	106
5.3. Los daños transfronterizos	106
6. Recapitulando y a modo de corolario de lo expuesto	107

B. La relectura de las normas de responsabilidad por daño ambiental establecidas en LBGMA: Bases para una solución a los problemas que la concepción actual del régimen presenta	108
---	------------

CAPÍTULO CUARTO

PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL DERECHO AMBIENTAL COMO BASES PARA LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD. INTEGRACIÓN Y SUPLETORIEDAD DE LA LBGMA	114
--	------------

1. El papel de los Principios Generales del Derecho ambiental en la interpretación de las normas de la LBGMA.....	114
1.1. Cuestiones preliminares	114
1.2. Principio de Corrección o Reparación del daño ambiental, preferentemente en su fuente.....	120
1.2.1. Concepto y contenido	120
1.2.2. Origen y consagración positiva en el Derecho comunitario	124
1.2.3. Manifestaciones en el Derecho positivo chileno.....	124
1.2.4. Herramientas que proporciona al régimen de responsabilidad por daño ambiental.....	127
1.2.4.1. La imposición de obligaciones propias de la reparación del daño ambiental antes de su verificación efectiva: Medidas para el <i>ataque</i> a la fuente del daño	127

1.2.4.2. Proporciona orientaciones a los jueces que conocen las acciones de reparación ambiental.....	128
1.3. Principio quien contamina paga.....	130
1.3.1. Concepto y significado	130
1.3.2. Origen y evolución histórica	135
1.3.3. Consagración positiva en el Derecho comparado.....	137
1.3.4. Manifestaciones en el Derecho positivo chileno.....	138
1.3.5. Aportes del principio al régimen de responsabilidad por daño ambiental.....	140
1.3.5.1. Aportes en su faz preventiva	141
1.3.5.2. Aportes en su faz restauradora	142
1.4. Principio preventivo	145
1.4.1. Concepto y significado	145
1.4.2. Origen	148
1.4.3. Consagración positiva en el Derecho comparado.....	148
1.4.4. Manifestaciones en el Derecho positivo chileno.....	149
1.4.5. Herramientas que proporciona al régimen de responsabilidad por daño ambiental.....	153
1.4.5.1. Cuestiones generales.....	153
1.4.5.2. Aportes en la protección frente al daño ambiental contingente o la amenaza de un daño ambiental: Su consideración en el otorgamiento de medidas cautelares	154
1.4.5.3. Entrega de herramientas para la valoración de la prueba	155
1.4.5.4. Principio preventivo y regulación de actividades económicas por medio de la imputación de responsabilidad	156
1.4.5.5. Aportes en la determinación de la culpa o elemento subjetivo de la responsabilidad por daño ambiental	157
1.4.5.6. Principio preventivo como herramienta objetivadora de la responsabilidad por daño ambiental	158
1.5. Principio precautorio.....	158
1.5.1. Concepto y significado	158

1.5.2. Origen y consolidación positiva en el Derecho internacional del medio ambiente.....	162
1.5.3. Consagración positiva en el Derecho comparado.....	164
1.5.4. Manifestaciones en el Derecho positivo chileno.....	166
1.5.5. Fines y funciones del principio precautorio y su aporte al régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA	168
1.5.5.1. Principio precautorio y medidas cautelares	172
1.5.5.2. Su aporte en la determinación de la culpa o el dolo del causante del daño ambiental.....	178
1.5.5.3. Principio precautorio e inversión de la carga de la prueba y dulcificación de la acreditación de la relación de causalidad	180
1.5.5.4. Límites en su aplicación	185
1.6. Otros instrumentos jurídicos que justifican la aplicación de estos principios al régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA	
.....	189
1.6.1. Consagración en los Tratados internacionales celebrados y ratificados por Chile	190
1.6.1.1. Antecedentes.....	190
1.6.1.2. Tratados que reconocen o poseen manifestaciones de los principios analizados.....	197
a) Relativos al principio de corrección del daño ambiental preferentemente en su fuente	197
b) Relativos al principio quien contamina paga	199
c) Relativos al principio preventivo	201
d) Relativos al principio precautorio.....	202
1.6.1.3. Síntesis y recapitulación	205
1.6.2. Aplicación de los principios estudiados al régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA, en virtud de su condición de principios generales del Derecho ambiental.....	206
1.6.2.1. Importancia de su condición de principios generales del Derecho ambiental.....	206

1.6.2.2. Aplicación de los principios estudiados, como principios generales de Derecho ambiental, en la jurisprudencia nacional.....	210
1.6.3. Soft law y aplicación de los principios generales de Derecho ambiental	214
1.6.3.1. Antecedentes introductorios	214
1.6.3.2. Conceptualización del soft Law	217
1.6.3.3. Aplicación del <i>soft law</i> en materia ambiental	219
2. Régimen supletorio: El rol y significado de la remisión del artículo 51 inciso 3º de la Ley General de Bases del Medio Ambiente a las normas del título XXXV del Libro IV del Código Civil.....	223

PARTE TERCERA

LA INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL EN LOS PRESUPUESTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

CAPÍTULO QUINTO

INCIDENCIA EN EL DAÑO AMBIENTAL O ECOLÓGICO PURO COMO PRESUPUESTO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD REGULADO EN LA LBGMA.....233

1. Delimitación positiva del daño ambiental en la LBGMA.....	233
1.1. Concepto de daño ambiental en la LBGMA: Cuestiones preliminares. Su tipología	233
1.1.1. Los daños ambientales o daños ecológicos puros como objeto de regulación de la LBGMA.....	234
1.1.2. Autonomía de los daños ambientales o ecológicos puros como efecto lesivo reparable	240
1.2. El resultado lesivo que configura el daño ambiental: "pérdida, disminución, detrimento o menoscabo"	247

1.3. La entidad del daño ambiental en la LBGMA: éste debe ser “significativo” .	247
1.3.1. Antecedentes preliminares e importancia del carácter significativo como exigencia del daño ambiental	247
1.3.2. Ausencia de criterios o parámetros elaborados para la determinación del carácter significativo del daño infligido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes	251
1.3.3. La configuración del elemento significativo a la luz de la jurisprudencia y los principios que informan el Derecho ambiental	253
1.3.3.1. Primer criterio: si el daño ambiental (actuando como medio transmisor de la actividad dañosa) ocasiona a su vez un daño o afectación a la salud de las personas.	256
1.3.3.2. Segundo criterio: la irreversibilidad o la condición de irrecuperable del componente ambiental dañado	261
1.3.3.3. Tercer criterio: las condiciones especiales del medio ambiente o del componente ambiental dañado o su representatividad	265
1.3.3.4. Cuarto Criterio: los parámetros que proporciona el Reglamento del SEIA para determinar si una actividad debe ingresar a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental	267
1.3.3.5. Otros criterios utilizados por la jurisprudencia	271
1.3.3.6. Otras propuestas formuladas por la doctrina.	271
1.3.4. El carácter significativo del daño ambiental como elemento diferenciador de la responsabilidad civil extracontractual.	272
2. Delimitación negativa del daño ambiental: <i>Daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental</i> . Su exclusión de la LBGMA	275
2.1. Argumentos basados en la interpretación literal y sistemática de la LBGMA que demuestran su exclusión.	275
2.1.1. Referencia del artículo 53 de la LBGMA: Independencia de la acción ambiental y la acción ordinaria civil	275
2.1.2. Relación entre los artículos 1 y 53 inciso 2º de la LBGMA y 43 inciso 4º de la LOSMA: Ámbito de aplicación de la LBGMA.	277

2.1.3. Causal de justificación del artículo 55 de la LBGMA.....	278
2.1.4. Aplicación de la presunción de responsabilidad del artículo 52 de la LBGMA a los daños civiles. Interpretaciones posibles	280
2.1.5. Síntesis de los argumentos expuestos.....	283
2.2. Criterios que justifican la exclusión de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental	286
2.2.1. Cuestiones de justicia	286
2.2.2. Resultados prácticos indeseados para el Derecho	289
2.2.3. La experiencia comparada: El ejemplo europeo. La Directiva 2004/35/CE y la Ley española 26/2007 de 23 de octubre, sobre responsabilidad ambiental.....	290
2.3. Formas de demandar la indemnización de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental. Integración de las previsiones de la LBGMA en la reparación de los daños civiles.....	295
2.3.1. Requerimiento de una indemnización de perjuicios a través de las normas de la responsabilidad extracontractual en un procedimiento ordinario	296
2.3.2. Requerimiento de una indemnización de perjuicios a través del procedimiento especial del artículo 46 de la LTA. Utilización de las previsiones normativas de la LBGMA.....	300
2.4. Recapitulando.....	302
3. La reparación del daño ambiental en la LBGMA.....	305
3.1. Definición de reparación en la LBGMA.....	306
3.2. Elementos que integran el concepto de reparación del daño ambiental en la LBGMA	306
3.2.1. La acción de reparar el medio ambiente o uno o más de sus componentes dañados	307
3.2.2. La reposición del medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño.....	308
3.2.3. El restablecimiento de las condiciones básicas del medio ambiente ante la imposibilidad de su reposición a una calidad similar	312

3.3. Tipos de reparación del Daño ambiental y su aplicación en la LBGMA	314
3.3.1. Reparación in natura	314
3.3.1.1. Sentido en el cual se utiliza el término reparación <i>in natura</i> en este trabajo	314
3.3.1.2. La reparación <i>in natura</i> como el mecanismo más idóneo para la reparación del daño ambiental: objetivos y obligaciones que comprende.....	317
3.3.1.3. Vertientes de la reparación <i>in natura</i> : reposición <i>a un status quo ante</i> o reposición <i>al estado hipotético en que se encontraría el medio ambiente si el daño no se hubiese producido</i>	320
3.3.2. Los límites a la reparación in natura: reparación y principio de proporcionalidad	322
3.3.3. ¿Reparación del daño ambiental como indemnización sustitutoria en la LBGMA?	328
3.3.3.1. Interpretación según la cual los artículos 3 y 52 inciso 2º dan cuenta de una antinomia insoluble de la LBGMA	332
3.3.3.2. Interpretación según la cual los artículos 3 y 52 inciso 2º se refieren a hipótesis en que el daño ambiental es irreversible o irreparable: <i>mutación del objeto de la reparación</i>	333
3.3.3.3. Interpretación según la cual los artículos 3 y 52 inciso 2º se refieren a los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental	343
3.3.4. La compensación ambiental como mecanismo de reparación del daño ecológico puro: Su aceptación en la LBGMA	345

CAPÍTULO SEXTO

INCIDENCIA EN LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL REGULADA EN LA LBGMA 351

1. Introducción al estudio de la relación de causalidad en el Derecho	351
---	-----

1.1. Comentario preliminar	351
1.2. Estado del arte: teorías que intentan explicar la relación de causalidad en la responsabilidad jurídica	352
1.2.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones.....	353
1.2.2. Teoría de la causa adecuada.....	357
1.2.3. Teoría de la causa próxima.....	359
1.2.4. Teoría de la causa eficiente	361
1.2.5. Teoría de la imputación objetiva o de la causalidad como imputación...	362
2. La relación de causalidad en la responsabilidad por daño ambiental	364
2.1. Determinación de la relación de causalidad en las acciones de reparación del daño ambiental: Estado de la cuestión	364
2.1.1. Dificultades que presenta la determinación de la relación de causalidad en la responsabilidad por daños al medio ambiente: Desconocimiento del entorno y causalidad compleja.....	369
2.1.1.1. Desconocimiento del entorno	370
2.1.1.2. Presencia de una causalidad compleja	372
2.1.2. Problemas que presenta la utilización exclusiva de los mecanismos de la responsabilidad civil extracontractual: Necesidad de aplicación de los principios que informan el Derecho ambiental.....	375
2.1.3. La relación de causalidad como antecedente demostrativo de la especialidad y autonomía del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA.....	378
2.1.4. Problemas prácticos que presenta -en el conocimiento de acciones ambientales- la utilización exclusiva de herramientas de la responsabilidad civil extracontractual	380
2.1.4.1. Diversas hipótesis de daño ambiental quedan sin reparación....	380
2.1.4.2. Dificultad mayor para reconstruir la relación de causalidad en la responsabilidad por daños al medio ambiente	382
2.1.4.3. Imposibilidad de encontrar una relación de causalidad directa entre la acción ilícita y el daño	383

2.1.4.4. Dificultades en la determinación de la autoría del daño que inciden en la fijación de la relación de causalidad	384
2.1.5. Síntesis de los argumentos expuestos.....	386
2.2. Evaluación de la existencia de la relación de causalidad en las acciones de reparación del daño ambiental: De la certeza a la probabilidad	390
2.2.1. Criterio de la probabilidad preponderante	391
2.2.1.1. Nociones generales: Concepto, características, elementos definitorios.....	391
2.2.1.2. Parámetros auxiliares para la identificación de una probabilidad preponderante o determinante	395
2.2.2. Criterio de la causalidad probabilística.....	398
2.2.2.1. Causalidad estocástica.....	399
2.2.2.2. Responsabilidad por cuota de mercado	401
2.2.2.3. Responsabilidad por cuota de emisión.....	405
2.2.3. Otros mecanismos que permiten facilitar la determinación de la relación de causalidad en las acciones de reparación de daño ambiental: De las presunciones.....	406
2.2.3.1. Regla general en materia de carga de la prueba: El sujeto activo del daño ambiental debe acreditar los presupuestos de su acción	406
2.2.3.2. Presunción legal de la relación de causalidad. ¿Hipótesis contemplada en el artículo 52 de la LBGMA?	409
a) Tesis que niega que la presunción del artículo 52 de la LBGMA se extienda al presupuesto de la relación de causalidad.....	410
b) Tesis que afirma que la presunción del artículo 52 de la LGMA se extiende al presupuesto de la relación de causalidad.....	411
2.2.3.3. Las presunciones judiciales de la relación de causalidad.....	418
a) Contexto general	418
b) Utilización de la presunción judicial en la experiencia nacional y comparada.....	419
c) Condiciones para el reconocimiento de la presunción judicial del vínculo causal en la responsabilidad por daños al medio ambiente	423

2.3. El problema de la pluralidad de causas posibles en el daño ambiental.	425
2.3.1. El problema de la causalidad concurrente	427
2.3.2. El problema de la causalidad complementaria.....	430
2.3.2.1. Causalidad complementaria aditiva.....	430
2.3.2.2. Causalidad complementaria por asociación	431
2.3.3. Causalidad alternativa.....	436
2.3.4. Causalidad hipotética.....	439

CAPÍTULO SÉPTIMO

INCIDENCIA EN LA CULPA O DOLO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN LA LBGMA442

1. Nociones generales sobre los regímenes de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva o estricta	442
1.1. Responsabilidad por culpa	443
1.2. Responsabilidad objetiva o estricta	446
2. La exigencia de culpa o dolo en la responsabilidad por daño ambiental regulada en la LBGMA.....	450
3. La presunción de responsabilidad del artículo 52 de la LBGMA.....	456
3.1. Antecedentes generales	456
3.2. Elementos de la presunción de responsabilidad establecida en la LBGMA	459
3.2.1. Naturaleza jurídica de la presunción: Presunción iuris tantum.....	459
3.2.2. Supuesto de hecho que da origen a la presunción: Daño ambiental infligido con ocasión de una infracción de normas ambientales legales o reglamentarias.....	460
3.2.2.1. Infracción a las normas de calidad ambiental y normas de emisión .	460
3.2.2.2. Infracción a los planes de prevención o descontaminación.....	463

3.2.2.3. Infracción a regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental.....	463
3.2.2.4. Infracción de normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.....	465
3.2.3. Alcance de la presunción en relación al factor de imputación subjetivo: Presunción exclusivamente de culpa	467
3.2.4. Presunción de responsabilidad e infracción de la Resolución de Calificación Ambiental	468
3.2.5. Descarga de la presunción.....	470
3.2.6. Comentarios al inciso 2° del artículo 51 de la LBGMA. Remisión	471
4. Criterios de imputación subjetiva de los daños ambientales y Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.....	472
4.1. Daños ambientales ocasionados por actividades que se encuentran obligadas a ingresar al SEIA.....	475
4.1.1. Daños ambientales ocasionados por actividades que encontrándose obligadas a ser ingresadas al SEIA no lo hicieron	475
4.1.2. Daños ambientales ocasionados por actividades que encontrándose obligadas a ingresar al SEIA sí lo hicieron	476
4.1.2.1. Efectos significativos adversos para el medio ambiente pronosticados y autorizados en la Evaluación de Impacto Ambiental.....	476
a) Interpretación según la cual se niega que los efectos significativamente adversos autorizados por la Evaluación Ambiental correspondan a daños ambientales	479
b) Interpretación según la cual se afirma que los efectos significativamente adversos son daños ambientales autorizados por la Evaluación Ambiental respectiva	481
4.1.2.2. Daños ambientales pronosticados por la Evaluación Ambiental y expresamente prohibidos o no autorizados.....	484
4.1.2.3. Daños ambientales que no fueron pronosticados en la Evaluación de Impacto Ambiental.....	489

a) De la responsabilidad del titular del proyecto o actividad en aquellas hipótesis en que los daños ambientales no pronosticados sí eran previsibles.....	491
b) De la responsabilidad de la Administración por deficiencias en la Evaluación Ambiental: Hipótesis en que los daños ambientales no pronosticados que ocasionó el titular de la actividad o proyecto sí eran previsibles.....	497
- Antecedentes generales.....	497
- Hipótesis específicas de responsabilidad de la Administración que se pretenden analizar.....	499
- Circunstancia fáctica que justifica la responsabilidad de la Administración.....	503
- Factores de imputación subjetivos.....	503
- Fundamentos jurídicos de la responsabilidad de la Administración.....	505
- La relación de causalidad en esta precisa hipótesis de responsabilidad de la Administración.....	508
- Régimen según el cual se debe perseguir la responsabilidad de la Administración por los daños ambientales que ocasione.....	509
- Concurrencia de responsabilidad entre el tercero autorizado y la Autoridad administrativa.....	515
c) Hipótesis en que los daños ambientales no pronosticados eran imprevisibles: De la ausencia de responsabilidad del titular y de la administración.....	516
4.2. Daños ocasionados por actividades o proyectos que no se encuentran obligadas a ingresar al SEIA.....	520

CONCLUSIONES	522
---------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	533
---------------------------	------------