

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO
AMBIENTAL

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

Laura Liliana Matus Ortega

2005

ÍNDICE:

<i>Introducción</i>	7
I La responsabilidad	10
1) CONCEPTO.....	10
– Concepto no jurídico.....	10
– Concepto jurídico.....	11
2) ELEMENTOS.....	15
A) El hecho humano.....	15
a) La acción.....	16
b) La omisión.....	16
B) La imputabilidad.....	17
a) Factores subjetivos de atribución.....	18
b) Factor objetivo de atribución.....	19
C) El daño.....	20
a) Criterio tradicional.....	21
b) Criterio moderno.....	22
D) La relación de causalidad.....	22
a) Teoría de la equivalencia de las condiciones.....	23
b) Teoría de la causa adecuada.....	23
E) La antijuridicidad.....	24
a) Antijuridicidad formal.....	24
b) Antijuridicidad material.....	24

c) Antijuridicidad subjetiva.....	24
d) Antijuridicidad objetiva.....	25
3) CLASIFICACIÓN.....	26
A) Responsabilidad moral.....	26
B) Responsabilidad política.....	27
C) Responsabilidad Jurídica.....	29
a) Responsabilidad disciplinaria.....	29
b) Responsabilidad sancionatoria.....	30
c) Responsabilidad civil.....	31
- Contractual.....	31
- Extracontractual.....	32
4) RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	33
1.- Referencia histórica.....	33
2.- Evolución de la Responsabilidad del Estado en Chile.....	36
3.- Fundamento de la Responsabilidad del Estado.....	38
4.- Naturaleza de la Responsabilidad del Estado.....	42
5.- Responsabilidad del Estado por daño ambiental.....	44
A) El Estado y el Medio Ambiente.....	44
1. Funciones del Estado en materia ambiental.....	44
2. Órganos del Estado con competencia ambiental.....	48
B) Clases de Responsabilidad.....	51
1. Responsabilidad Contractual.....	51
2. Responsabilidad Extracontractual.....	57

C) Daño Ambiental.....	62
1. Denominación.....	62
2. Concepto.....	62
3. Clases.....	64
4. Características.....	65
D) Características de la Responsabilidad.....	67
1. Intereses Difusos.....	67
2. Factibilidad de reparación.....	68
II Normativa legal protectora del medio ambiente.....	71
1) CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE.....	71
2) EL MEDIO AMBIENTE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN.....	74
3) DERECHO COMPARADO.....	75
1. Alemania.....	75
2. Estados Unidos.....	77
3. Canadá.....	81
4. España.....	83
5. Argentina.....	87
4) CHILE.....	90
A) Tratados Internacionales.....	90
1.- Declaración de Estocolmo.....	90
2.- Declaración de Río.....	91
3.- El Tratado Antártico.....	92

4.- Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África.....	95
5.- Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas (Ramsar).....	97
6.- Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre (Cites).....	98
7.- Convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América.....	99
8.- Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación.....	102
9.- El Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono.....	105
B) Normativa Interna.....	108
1.- Constitución Política del Estado.....	108
2.- Código Civil.....	111
3.- Código Sanitario.....	112
4.- Normas sobre contaminación acuática.....	114
5.- Legislación protectora de la fauna.....	116
6.- Legislación forestal.....	119
III Jurisprudencia.....	123

1.- Palza Corvacho, Humberto con Director de Riego de la 1° Región y otros.....	123
2.- Flores San Martín y otros con Codelco-Chile División El Salvador.....	127
3.- Justo Terraza y otros con Enami.....	131
4.- Hidalgo Molina, Marcelo y otra con Sociedades Pesqueras Guanaye Ltda., Coloso S.A., Enerva S.A. e Indo S.A.....	134
5.- Donoso Salinas, Ricardo con Alcalde de Municipalidad de Malloa.....	137
6.- Bustos Maldonado, Israel con Instituto de Desarrollo Agropecuario y otro.....	140
7.- Villagra Hernández, Carlos y otros con Alcalde de la Municipalidad de Maipú.....	143
8.- Aranda Rojas, América y otros con Sendos y empresa constructora Hartley y Cía Ltda.....	146
9.- Bórquez Muñoz, Bernabé y otros con Fundación de Paipote (ENAMI).....	148
<i>Conclusión</i>	151
<i>Bibliografía</i>	154

INTRODUCCIÓN

La idea de hacer una memoria sobre la responsabilidad del Estado por daño ambiental, surgió a partir de la noticia de la muerte de los cisnes de cuello negro en Valdivia, cuya causa se atribuye mayoritariamente al funcionamiento de una planta de celulosa, a la que se acusa de verter hierro en las aguas del humedal donde habitaban, extinguiendo las algas que constituían su principal fuente de alimentación.

Ante daños ambientales de esta envergadura, me surge la pregunta ¿el deber de tutelar la preservación de la naturaleza que impone la Constitución al Estado es un mero deber programático o una realidad?; ante ese cuestionamiento, surgió el propósito de investigar la posibilidad de que el Estado responda por el daño ambiental que cause la acción u omisión de sus órganos, y en este propósito me percaté que la legislación chilena en esta materia es abundante y más que faltar una norma que regule la protección del medio ambiente y especifique el deber constitucional mencionado, falta su aplicación por parte de los órganos estatales con competencia ambiental.

En el caso que motivó mi memoria, el Estado chileno está violando un tratado internacional, cual es la Convención relativa a los humedales de Importancia Internacional, más conocida como Convención RAMSAR, que impone a los Estados partes el compromiso de designar al menos un humedal en la Lista de Humedales de Importancia Internacional creada por esta convención; Chile incluyó al Santuario de la Naturaleza “Carlos Anwandter”, ubicado en Valdivia, donde hasta antes del año

2004 nacieron 17.000 cisnes en 10 años, pasando nuestro país a tener la cuarta parte de los 100.000 cisnes de cuello negro de todo el Cono Sur, hoy, no existen más de 200 cisnes. Además de la inclusión de al menos un humedal en esta lista el Estado está obligado a asegurar el mantenimiento de las condiciones ecológicas del mismo, lo que Chile no ha cumplido, puesto que el exceso de hierro en sus aguas ha causado la extinción del luchecillo, la principal fuente de alimentación de los cisnes de cuello negro, quienes han debido emigrar hacia otras latitudes, pudiendo quizás sobrevivir, pero no reproducirse puesto que para ello necesitan mucho silencio y aislamiento; de esta forma ha alterado las condiciones ecológicas del humedal infringiendo el tratado ya mencionado.

Estimo que el deber del Estado Chileno no se acaba cuando el Consejo de Defensa del estado se hace parte en una acción judicial contra la planta de Celulosa causante del daño, puesto que esta es una acción tardía, debiendo más bien haber cumplido en forma previa las obligaciones que le impone un tratado internacional como el aplicable en este evento y, en general, crear políticas de prevención del daño ambiental puesto que toda afectación a nuestro entorno implica un daño a la vida del hombre, ya sea en su salud, su tranquilidad y en su derecho a vivir en un medio ambiente no contaminado y corresponde al Estado velar por estas condiciones de vida toda vez que está al servicio de la persona humana y tiene como finalidad promover el bien común.

En este trabajo he intentado hacer un análisis completo de la responsabilidad del Estado por daño ambiental, avocándome en el primer capítulo al aspecto doctrinario de la materia, es decir, una mención a la responsabilidad en general, su concepto y sus elementos, para luego tratar en profundidad la responsabilidad del Estado por daño ambiental.

El segundo capítulo en tanto, constituye un análisis de tipo legal de esta materia, analizando su consagración positiva tanto en ordenamientos extranjeros como en el nuestro; enfatizando el estudio de nuestro ordenamiento jurídico señalando las normas que tanto a nivel internacional como nacional imponen deberes de preservación de la naturaleza al Estado.

Para terminar este trabajo he recopilado ciertos fallos de nuestra jurisprudencia que a mi parecer merecen destacarse, debido a que aplican las normas atinentes en esta materia y hacen responsable al Estado y sus organismos por los daños al medio ambiente que ha causado su acción u omisión.

I LA RESPONSABILIDAD

1) CONCEPTO:

Todas las ramas del derecho tratan acerca de esta materia, por ser un tema transversal a todas ellas, de hecho algunos autores califican a la responsabilidad como un principio general del derecho y como tal, aplicable a las diferentes ramas o disciplinas que lo integran.

En este trabajo me interesa particularmente destacar los conceptos dados por la doctrina civilista y la doctrina administrativista; no obstante lo cual, dada la importancia del tema bosquejaré al menos, algunos conceptos no jurídicos de la palabra responsabilidad.

Concepto no jurídico:

- a) Desde el punto de vista etimológico este término viene del latín *spondere*, que significa prometer; al añadirse el prefijo “re” (*re-spondere*) la palabra adquiere el significado de repetición o de reciprocidad, significando “prometer a alguien que espera una respuesta” ¹

- b) En términos generales y de uso común la Real Academia Española (RAE) define este término, siendo la primera acepción dada bastante cercana a un concepto jurídico de responsabilidad, en el

¹ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág.11.

sentido que recalca la obligación de reparar que caracteriza a la responsabilidad en un sentido jurídico:

“Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”.

c) Pablo Rodríguez Grez ², en tanto, define la responsabilidad en general, como:

“La aptitud de la persona o sujeto de derecho para asumir las consecuencias de sus actos”.

d) A su vez Hernán Corral Talciani señala que en una primera aproximación a este término puede definirse como:

“La necesidad efectiva, o eventual, en que se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio. La necesidad puede ser efectiva, si la responsabilidad ya ha surgido por la realización del hecho, o eventual si el acto no se ha realizado aún, pero de realizarse el sujeto debería responder.” ³

Concepto jurídico:

a) Es un tema recurrente del derecho civil siendo muchísimas las definiciones existentes, de las cuales destaco las siguientes:

² RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, Responsabilidad Contractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 9.

³ CORRAL, H., ob. Cit., pág. 13.

- Pablo Rodríguez Grez ⁴: “La responsabilidad consiste en el deber de indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación preexistente. Esta obligación puede derivar de una relación contractual, o del deber genérico de comportarse con prudencia y diligencia en la vida de relación, o de un mandato legal explícito”.

En este concepto es posible distinguir tres clases de responsabilidad, cuales son: la responsabilidad contractual, extracontractual y legal.

- Arturo Alessandri Rodríguez ⁵: “La obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”.

Esta definición pone el acento en la consecuencia que genera la responsabilidad, esto es el deber de reparar el daño causado.

- Leslie Tomassello Hart ⁶: “La responsabilidad civil es la necesidad jurídica en que se encuentra una persona de reparar el daño causado a otra por hechos o abstenciones suyas, de sus auxiliares o de las personas que están bajo su dependencia o por el hecho de las cosas que están bajo su guarda”.

Este concepto destaca el deber de reparar el daño causado, pero también hace mención a la fuente de la responsabilidad, es decir, el hecho humano que lo produjo.

⁴ RODRÍGUEZ, P., ob. Cit., págs. 9 y 10

⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Contable Chilena Limitada editores, Santiago, 1980, pág. 11.

⁶ TOMASSELLO HART, LESLIE, Estudios de Derecho Privado, Edeval, Valparaíso, 1994, pág. 29.

- Carlos Rodríguez Lazo: “La responsabilidad es la situación en que queda un individuo de indemnizar lo perjuicios que ocasiona” ⁷

b) La responsabilidad también ha sido abordada por los teóricos del derecho administrativo, siendo destacables las definiciones elaboradas por los siguientes autores:

- Hans Mundaca Assmussen: “La responsabilidad es una sanción destinada a restaurar el orden jurídico cuando éste se ha alterado como consecuencia de que un sujeto ha dejado de cumplir sus obligaciones, como quiera que ellas se hayan configurado” ⁸
- Enrique Silva Cimma: Este autor no da propiamente una definición de la responsabilidad en general sino que más bien define la responsabilidad administrativa o funcionaria, sin perjuicio de lo cual señala que “La responsabilidad en sentido amplio encierra la idea de que todos los sujetos deben responder de sus actos”. ⁹

A partir de los conceptos enunciados, que intentan ser representativos de las múltiples definiciones existentes, puedo señalar que la noción más acertada de responsabilidad es la de *obligación de reparar un daño causado*, concepto que adopto en este trabajo; haciendo notar que son

⁷ RODRÍGUEZ LAZO, RODRIGO, Síntesis de la teoría General de las obligaciones, Nascimento, Santiago, 1937, pág. 26.

⁸ MUNDACA ASSMUSSEN, HANS, Responsabilidad del Estado por Falta de Servicio, LibroMar, Santiago, 2001, pág. 20.

⁹ SILVA CIMMA, ENRIQUE, Derecho Administrativo chileno y comparado, La Función Pública, Editorial Jurídica, Santiago, pág. 125.

pocos los autores que la definen atendiendo a la fuente, la doctrina mayoritaria atiende al efecto o consecuencia de la responsabilidad, esto es, el daño o perjuicio causado y la obligación que nace de ello, esto es, reparar el perjuicio, indemnizar a la víctima.

2) ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD:

No existe acuerdo en la doctrina acerca de cuales son los presupuestos básicos de la responsabilidad.

Así, por ejemplo, para los hermanos Mazeaud deben reunirse tres requisitos para que exista responsabilidad: “un perjuicio, una culpa y un vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio” ¹⁰

Jorge Mosset Iturraspe, en tanto señala en su obra que los presupuestos de la responsabilidad son: La autoría, la antijuridicidad, la imputación, el daño y la relación de causalidad ¹¹.

Para efectos de mayor claridad en su análisis utilizaré la siguiente nomenclatura al tratar los elementos de la responsabilidad:

- A) El hecho humano
- B) La imputabilidad
- C) El daño o perjuicio
- D) La relación de causalidad
- E) La antijuridicidad

Es menester explicar a lo menos someramente en que consisten tales elementos, y así:

A) EL HECHO HUMANO: Para que exista responsabilidad es menester un presupuesto básico cual es el actuar del hombre ya se trate de una acción u omisión, la cual debe ser voluntaria.

¹⁰ HENRI, LÉON Y JEAN MAZEAUD, Lecciones de Derecho Civil, vol II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pág. 55.

¹¹ MOSSET ITURRASPE, JORGE, Responsabilidad Civil, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pág. 47

Resulta lógica la necesidad de una conducta humana para obligar a una persona a efectuar una reparación, es necesario dejar de lado por tanto los hechos o fenómenos de la naturaleza.

La noción de hecho humano comprende dos situaciones:

- a) LA ACCIÓN: Situación en que como consecuencia de la intervención del hombre se produce un cambio en el mundo exterior.

- b) LA OMISIÓN: La abstención en el actuar. Es posible distinguir dos tipos de abstenciones: *la omisión por comisión*, en que no cabe duda que la abstención ha causado el daño puesto que el sujeto infractor se abstiene de actuar con intención de dañar, como por ejemplo la madre que deja de amamantar a su hijo, en que la omisión no es sino un medio para matar; y *la omisión simple*, en que la situación de peligro no ha sido creada por el omitente, como es el caso de quien no cumple con su deber de socorro respecto de un bañista que se ahoga, en este caso existía una obligación de hacer (socorro) no de abstenerse, por lo tanto se está omitiendo un deber impuesto por la ley.

La intervención humana está dirigida a un fin, lo que la diferencia del mero acontecer causal, dicho de otro modo ha actuado la voluntad, entendida como la potencia del alma que nos mueve a hacer o no hacer algo es por ello que no podemos hablar de responsabilidad si no ha existido voluntad.

Causas que excluyen la responsabilidad por falta de voluntad:

VIS ABSOLUTA: Con esta denominación me refiero a aquellos casos en que el hombre actúa como un mero instrumento, despojado de su libertad, puesto que se ejerce tal violencia sobre él que la conducta que realiza le es impuesta, la denominada vis absoluta en el derecho romano, esto es, una fuerza irresistible.

La fuerza puede ser de carácter físico, de tal magnitud que la víctima pierda toda voluntad, es el caso de la persona cuya mano es guiada para firmar un contrato, caso en el cual no existe autoría puesto que no hay voluntad. O bien puede tratarse de una coerción moral en que el sujeto actúa intimidado, con el temor de sufrir un mal, en esta hipótesis hay hecho humano, sin embargo, al no ser voluntario no genera responsabilidad.

FALTA DE USO DE RAZÓN: Con esta terminología me refiero a estados transitorios de pérdida del uso de la razón, como es el caso de la hipnosis y el sonambulismo, los que constituyen causales de exoneración por falta de voluntad al actuar. Ahora bien, no puede incluirse al ebrio, ya sea por alcohol o por drogas, pues se colocó voluntariamente en ese estado.

B) LA IMPUTABILIDAD: El actuar del hombre debe serle imputable, o dicho de otro modo debe existir la factibilidad de formular un juicio de reproche al infractor.

Al tratar esta materia, debo hacer mención a los denominados “*sistemas de responsabilidad*”, es decir, conjuntos de normas, principios e instituciones cuya finalidad es establecer el fundamento de la obligación de reparar un daño causado.

1. *Sistema de Responsabilidad Subjetiva o Clásico*: Según el cual el juicio de reproche que se formula es de carácter subjetivo, es decir, se lleva a cabo un análisis del fuero interno o del ánimo del infractor al realizar el hecho constitutivo de la infracción; y así, el sujeto pudo haber actuado con dolo o con culpa.
2. *Sistema de Responsabilidad Objetiva*: En este sistema el juicio de reproche se efectúa confrontando la conducta con el resultado objetivo del cual surge la responsabilidad, cualquiera sea el ánimo del infractor. En este caso el juicio de reproche se funda en el riesgo.

El dolo, la culpa y el riesgo se denominan por la doctrina factores de atribución o imputación y atendido el juicio de reproche formulado se clasifican en factores subjetivos y factores objetivos de atribución.

FACTORES SUBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN:

a) LA CULPA: Existen múltiples definiciones de culpa, pero dada su precisión me guiaré por el concepto que dan los hermanos Mazeaud: “La culpa es un error tal de conducta, que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias externas que el demandado”.¹²

¹² MAZEAUD, obra cit. pág. 123.

Este concepto alude a la antijuridicidad puesto que con “error de conducta” se refiere a una conducta contraria a derecho.

Cabe destacar que la conducta del sujeto infractor no se aprecia en abstracto sino que se la compara con un modelo ideal que se debe formar el juzgador acerca de cómo debería haber actuado en “las mismas circunstancias”, una “persona cuidadosa”, esto es alguien que actúe con la debida diligencia.

b) EL DOLO: El Código Civil chileno define el dolo en su artículo 44 inciso final como: “La intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. Y el dolo no es sino la actuación del agente o autor del daño con la intención manifiesta de causar ese daño.

A diferencia de la culpa, tratándose de este elemento no se le aprecia en abstracto, sino en concreto, es decir, analizando las circunstancias personales, la conciencia del agente, descubriendo en ella la intencionalidad de su conducta.

FACTOR OBJETIVO DE ATRIBUCIÓN:

EL RIESGO: “Es la eventualidad posible de que un daño acaezca”¹³, ahora bien, el riesgo es una contingencia propia de la vida y por ello no basta su propia existencia para constituir un factor de atribución objetivo; surgen por tanto las nociones de *riesgo creado* y de *riesgo beneficio o provecho*.

¹³ MOSSET.J. , ob. cit., pág. 194.

- *Riesgo Creado*: La responsabilidad se justifica por el hecho de generar un riesgo particular o aumentar la posibilidad del acaecimiento de un daño agravando un riesgo.
Ejemplos: Quien conduce un vehículo crea un riesgo para los demás; y cuando el dueño de una fábrica incorpora una caldera, aumenta las posibilidades de producir un daño.
- *Riesgo Beneficio*: La responsabilidad se fundamenta en el beneficio o provecho económico que reporta una persona de una actividad riesgosa, tal es el caso del propietario de una industria química.

C) EL DAÑO: Previo a dar un concepto es necesario señalar que los términos daño y perjuicio son considerados sinónimos por nuestra doctrina; no obstante lo cual, prefiero utilizar el término daño atendido que el término perjuicio alude más bien a la consecuencia del daño, de hecho la Real Academia Española define la acción de dañar como “causar detrimento, *perjuicio*, menoscabo, dolor o molestia”.

Puede definirse el daño como “El menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”.¹⁴

Ahora bien, el daño como fenómeno existencial es propio de la vida en sociedad, pero no todo daño será objeto de una reparación, siendo necesario analizar cuando ésta procede.

¹⁴ LARENZ, KARL, Derecho de Obligaciones, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, t. I, pág. 193.

Al respecto hay dos criterios o teorías:

a) CRITERIO TRADICIONAL: Según este criterio la reparación del daño procederá toda vez que se haya menoscabado un interés legítimo o un derecho subjetivo del damnificado.

Siguiendo a Eduardo Zannoni ¹⁵ el *derecho subjetivo* es un poder de actuar cuyo contenido está determinado por la ley de manera exclusiva a favor de su titular; el *interés legítimo*, en tanto es un poder de actuar con el fin de obtener el cumplimiento de la ley que garantiza el interés general, pero no es exclusivo a su titular siendo establecido a favor de otras personas.

b) CRITERIO MODERNO: La doctrina y jurisprudencia recientes han adoptado una concepción amplia acerca del daño resarcible, se sostiene que procede la reparación toda vez que se hayan lesionado intereses simples (no ilegítimos). Siguiendo nuevamente a Zannoni, es posible definir *interés simple* como la facultad que tiene un sujeto de actuar en su esfera propia para la satisfacción de sus necesidades a través del goce de bienes jurídicos. Ahora bien, este interés debe ser legítimo, es decir tutelado de alguna manera por el derecho.

La doctrina agrega otros requisitos de procedencia de la reparación:

1. La Certidumbre del Daño: El requisito exigido es la convicción de que el daño se producirá de acuerdo al curso normal y el orden natural de las cosas, es por ello que cabe la reparación del daño

¹⁵ ZANNONI, EDUARDO, El Daño en la Responsabilidad Civil, Astrea, Buenos Aires, pág. 7 y 8.

futuro, pero sólo si existe esta convicción, no procederá si el resultado dañoso es eventual o hipotético.

2. La No Reparación del Daño: Este requisito busca evitar el enriquecimiento sin causa que se produciría si la víctima fuera indemnizada dos veces; por ello si el autor reparó espontáneamente el daño, ya sea el mismo, o un tercero como es el caso del asegurador, no procederá la indemnización.

3. La Magnitud del Daño: Si bien se enfatiza que “todo daño debe ser reparado”, esta frase merece una precisión en el sentido que el daño susceptible de reparación ha de tener una cierta entidad, y así no es reparable el menoscabo o perjuicio mínimo, que no lesiona un interés de la víctima.

D) LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD: Entre el comportamiento imputable e ilícito del autor y el daño o perjuicio sufrido por la víctima debe existir una relación de causa a efecto, es decir, el hecho humano debe ser el antecedente, la causa del daño y, por tanto la lesión sufrida por la víctima, esto es, el daño, es una consecuencia de ese obrar.

Hasta aquí el asunto parece muy sencillo, sin embargo, existe una situación que complica el análisis y es la concurrencia de pluralidad de causas o concausas.

LA PLURALIDAD DE CAUSAS: El daño es consecuencia de un conjunto de factores o condiciones tanto humanos como naturales que concurren a su producción y por lo tanto es necesario determinar cual de ellos ha sido la causa del perjuicio sufrido. Al respecto existen numerosas teorías siendo las de mayor relevancia las que brevemente paso a exponer:

- a) Teoría de la equivalencia de las condiciones, conocida también como teoría de la condición sine qua non, fue formulada por el jurista alemán Von Buri, quien postuló que todo acontecimiento sin el cual no se habría producido el daño, es la causa jurídica del mismo; de esto se sigue que todas las condiciones que concurren a la producción del daño son equivalentes y por tanto no pueden descartarse algunas y admitirse otras.

- b) Teoría de la causa adecuada, formulada por el jurista alemán Von Kries, quien postuló que todos los acontecimientos que concurren a la producción de un daño, son sus condiciones, no sus causas; sólo constituyen causa aquellas condiciones que deberían producir normalmente el daño.

Ambas teorías datan de la segunda mitad del siglo XIX, sin embargo, la primera ha sido abandonada por la doctrina, siendo la segunda la que recoge mayor adhesión hoy en día.

E) LA ANTIJURIDICIDAD: No es posible hacer responsable al autor del daño si su comportamiento se ha ajustado a derecho, para hacerlo, es menester que su actuar sea objetivamente ilícito, injusto. Es necesario determinar entonces, cuando un daño es injusto y al respecto existen diversas teorías:

a) **ANTI JURIDICIDAD FORMAL:** Para esta teoría, la injusticia es sinónimo de ilegalidad, y así un daño es injusto toda vez que viole una norma jurídica, sea imperativa o prohibitiva. El ordenamiento jurídico debe prever: el comportamiento y la sanción; haciendo aplicable a la responsabilidad en general nociones propias de la responsabilidad penal cuales son la tipicidad de los delitos y el principio de legalidad de los mismos.

b) **ANTI JURIDICIDAD MATERIAL:** Esta corriente deja de hacer sinónimos injusticia e ilegalidad al admitir que existen otras fuentes del derecho además de la ley, sin embargo es necesario delimitar ciertos criterios orientadores para determinar cuando un daño es injusto, y así, se postula que es injusta toda conducta que lesione un derecho subjetivo de otro, o toda conducta que lesiona un interés merecedor de tutela.

c) **ANTI JURIDICIDAD SUBJETIVA:** Esta teoría subsume la antijuridicidad dentro de la imputabilidad y así, un daño es injusto toda vez que es el resultado de una conducta equivocada. La antijuridicidad se encuentra en la culpa y es el juzgador quien debe determinar cuando esta existe o no, de acuerdo a un modelo de conducta.

d) ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA: Es la teoría de mayor aceptación hoy en día. La conducta puede ser ilícita ya sea por lesionar un interés merecedor de tutela legal o bien, por transgredir un principio general cual es no dañar a otro (*alterum non laedere*).

3) CLASIFICACIÓN:

Existen múltiples criterios diferenciadores, sin embargo estimo que el que emplea Hernán Corral ¹⁶ es el de mayor precisión:

La clasificación formulada por este autor atiende al sujeto responsable, a la actividad que se le imputa y a las consecuencias que sufre, y así distingue:

- A) La responsabilidad moral o ética
- B) La responsabilidad política
- C) La responsabilidad jurídica

A) RESPONSABILIDAD MORAL: Se puede definir como aquella que surge de la violación consciente o culposamente ignorada de las exigencias que la ley moral establece para un buen ejercicio de la libertad en una situación concreta.

En cuanto a los ELEMENTOS de la responsabilidad cabe destacar:

- El hecho humano será una acción si insulto a una persona, y será una omisión si guardo silencio cuando se le ofende a sabiendas que las imputaciones son falsas. Pero en ciertos casos no se precisa una exteriorización para que se configure como tal, basta la mera intención.
- La antijuridicidad, no parece aplicable a esta clase de responsabilidad si consideramos que la ley moral no constituye una ley en sentido estricto, pero si le conferimos validez, deberíamos convenir en que solo hay infracción si se contravienen estas reglas morales o naturales.

¹⁶ CORRAL T., HERNÁN, ob. Cit. Pág. 13 y ss.

Tratándose de este tipo de responsabilidad entran a jugar criterios subjetivos acerca de cuales son los valores que componen la ley moral, los que dependen de la época, del entorno social y de la propia conciencia del sujeto infractor.

En cuanto a las CONSECUENCIAS de la responsabilidad, es decir, el castigo o sanción, en este caso es variable y más bien se limita a un juicio de reproche, salvo que se configure un tipo de responsabilidad penal como en el caso de una ofensa hacia otro, la que podría ser constitutiva de un delito de injuria, si se reúnen los elementos del tipo penal, pero ya no estaríamos hablando de una sanción moral sino más bien jurídica.

Es innegable la relación entre ambos tipos de responsabilidad, toda vez que muchos hechos constitutivos de responsabilidad jurídica tienen una raigambre moral, así por ejemplo, se fundamenta el cumplimiento de los deberes contractuales en la buena fe, que si bien es un principio jurídico, también constituye un criterio de tipo moral.

B) RESPONSABILIDAD POLÍTICA: Siguiendo a Enrique Silva Cimma, es posible definirla como: aquella que se consagra respecto de determinados personeros que ejercen funciones públicas de tipo político superior, independientemente del carácter jurídico-administrativo de

tales funciones, y que se refiere a la correcta gestión del organismo a cargo de esos jerarcas superiores.¹⁷

Esta responsabilidad surge por el hecho de estar el funcionario en un cargo superior, es más según algunos autores, el funcionario puede incurrir en este tipo de responsabilidad sin incurrir en culpa personal toda vez que existan irregularidades en el servicio a su cargo. Postura con la cual discrepo ya que en este evento él actúa con culpa puesto que no ejerce el deber de supervigilancia sobre los funcionarios a su cargo y es esta falta de diligencia la que favorece el actuar doloso de los funcionarios a su cargo.

También se le denomina responsabilidad institucional o constitucional, por estar consagrada en la Constitución Política, de hecho en Chile está contemplada en los artículos 48 N° 2 y 49 N° 1 y de modo más general nace de lo dispuesto por los artículos 6 y 7 de la Constitución.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de SANCIONES para los funcionarios que incurran en responsabilidad política, ello se hace efectivo mediante procedimientos jurídicos que habitualmente terminan con la privación de las funciones públicas del funcionario infractor; en Chile, el denominado juicio político.

¹⁷ SILVA CIMMA, ENRIQUE, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Control Público, Editorial Jurídica, Santiago, 1994, págs. 93 y ss.

C) **RESPONSABILIDAD JURÍDICA:** Admite una subclasificación en:

- a) Responsabilidad disciplinaria
- b) Responsabilidad sancionatoria
- c) Responsabilidad civil

a) ***Responsabilidad disciplinaria:*** Surge toda vez que se han infringido los deberes específicos que tienen ciertas personas en su calidad de funcionarios de la administración del estado, o en su calidad de integrantes de corporaciones o fundaciones de derecho privado.

El funcionario público puede incurrir en responsabilidad disciplinaria o administrativa, responsabilidad civil o responsabilidad penal; incurre en responsabilidad disciplinaria cuando infringe una obligación o prohibición estatutaria, es por ello que la ley 18.834 (estatuto administrativo) señala las reglas de procedimiento para hacerla efectiva, siendo aplicable también la Ley de Bases Generales de la administración del estado, esto es, la Ley 18.575.

De los ELEMENTOS constitutivos de la responsabilidad cabe destacar:

- La antijuridicidad, que está dada por la infracción a las normas estatutarias, en relación a este punto existe discusión entre los administrativistas acerca de cuando se entiende configurada la infracción, la doctrina mayoritaria sostiene que cualquier infracción a los deberes y obligaciones estatutarias constituye falta administrativa o disciplinaria, sin necesidad de tipicidad.

En cuanto a las SANCIONES, el estatuto administrativo contempla la censura, multa, suspensión o destitución, las cuales se aplican según la gravedad de la falta cometida por el funcionario infractor, luego de llevarse a cabo un sumario administrativo o una investigación sumaria según proceda, tendientes a determinar su responsabilidad.

Este tipo de responsabilidad es aplicable también a ciertas instituciones de derecho privado que cumplen funciones de bien público, como son las corporaciones y fundaciones, instituciones regidas por el Código Civil, el cual señala que los estatutos de las mismas pueden contener normas correccionales que deben ser acatadas por sus miembros.

b) **Responsabilidad sancionatoria**: Es aquella en que se incurre por la violación de deberes no meramente funcionarios, sino que dicen relación con valores y bienes jurídicos que a la sociedad le interesa resguardar en interés del bien público en general”.¹⁸

Esta clase de responsabilidad admite una clasificación en:

– **Responsabilidad Penal**: Su elemento definitorio es la sanción, siendo su objetivo primordial: sancionar o reprimir hechos que constituyen atentados graves contra la moralidad pública o el orden social.

– **Responsabilidad infraccional**: Se incurre en este tipo de responsabilidad al infringir normas de tipo administrativo que la ley sanciona con medidas especiales como clausura de un establecimiento o penas pecuniarias (multas).

¹⁸ CORRAL, T, H, ob. cit. pág. 18.

c) **Responsabilidad Civil**: Los hermanos Mazeaud señalan que “una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro”.¹⁹

A partir de esta definición surge la gran diferencia entre la responsabilidad civil y la penal, sus objetivos son distintos, la primera busca reparar un perjuicio causado o compensarlo con medios equivalentes, no sancionarlo. Por lo demás en este caso se ven afectados intereses particulares, tratándose de la responsabilidad penal se afecta a la sociedad al infringir ciertos bienes jurídicos de importancia para ella.

La responsabilidad civil hace nacer un vínculo obligacional entre quien ha causado el perjuicio y la víctima; siendo el responsable, el deudor de la reparación y la víctima su acreedora.

A su vez, la responsabilidad civil admite una clasificación en:

- Responsabilidad Contractual
 - Responsabilidad Extracontractual
- **Responsabilidad Contractual**: “Es aquella que nace a consecuencia de la violación de un vínculo obligatorio generado por un contrato existente entre las partes. Es el deber de reparar que se produce como consecuencia de haberse incumplido un contrato”²⁰

¹⁹ MAZEAUD, ob. cit. pág. 7.

²⁰ CORRAL. H, ob. cit. pág. 23 y 24.

Los presupuestos o elementos de la responsabilidad contractual son los siguientes:

- Existencia de una obligación contractual
- Inejecución de la conducta prometida
- La imputabilidad del infractor
- El perjuicio
- La relación causal

- Responsabilidad Extracontractual: Es posible definirla como aquella obligación que nace, sin mediar vínculo contractual alguno, de la comisión de un hecho ilícito que causa daño a otro, y que consiste en el deber de reparar los perjuicios causados.

A diferencia de la responsabilidad contractual en que existe una obligación previa que no se ha cumplido, en este caso, la obligación nace ya no del incumplimiento sino de la comisión del hecho ilícito, el cual puede tratarse de un delito civil si el autor obró con dolo o de un cuasidelito si actuó con culpa.

Los requisitos de la responsabilidad extracontractual son:

- La capacidad delictual
- El acto humano
- La imputabilidad
- El daño
- La relación causal
- La antijuridicidad

4) RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:

1.- REFERENCIA HISTÓRICA:

En el Derecho Romano no hubo ni siquiera un atisbo de este tipo de responsabilidad, se admitió en ciertos casos la existencia de responsabilidad, pero más bien de los funcionarios públicos.

En el Derecho Canónico, en tanto la Iglesia admitió la responsabilidad penal de las comunidades en un primer período, lo cual luego rechazó, manteniendo, sin embargo, la prerrogativa de aplicar ciertas sanciones como por ejemplo la excomunión (inclusive de ciudades enteras); pero como contrapartida contemplaba indultos a favor de comunidades religiosas, consagraciones y conventos.

En Francia, la Ordenanza de Institución Criminal de 1670 reglamentó las sanciones penales a las personas morales.

Sin embargo, el Derecho Moderno y específicamente el Código Penal de Baviera de 1813, consignó el principio de que sólo son responsables penalmente las personas físicas puesto que las personas jurídicas carecen de capacidad para delinquir.

Durante el siglo XX, y bajo la aplicación de la teoría de la soberanía absoluta del estado adquiere fuerza la idea de que “*el rey no causa daño antijurídico*”, puesto que no se equivoca, es decir, es irresponsable.

La Revolución Francesa sustituyó la soberanía absoluta por la soberanía del pueblo, fundamentada en el contrato social que ideó Rousseau, sin embargo, la soberanía del pueblo carece de límites, lo cual en los hechos favorece el despotismo y la irresponsabilidad del estado.

En Alemania, durante el s. XVII, surge la Teoría del Fisco, según la cual, éste representa al estado en todos los asuntos civiles de carácter patrimonial, distinguiéndose entonces dos ámbitos en el actuar del estado:

- Una función *política*, de cuya actuación no responde y,
- Una función *administradora*, siendo el estado representado por el fisco y responsable por sus actos contrarios a derecho.

El Derecho Francés, en tanto, distingue entre:

- *Actos de autoridad*, en que la administración actúa en uso de su prerrogativa pública y por tanto su actuación no puede ser impugnada por los administrados ante la justicia ordinaria, sólo cabe un proceso de carácter administrativo y,
- *Actos de gestión*, en que el estado administra el patrimonio y por tanto si son impugnables ante la justicia ordinaria.

Esta distinción es abandonada atendido que la calificación del acto en ciertos casos resulta difícil; ejemplo: el estado contrata en forma privada, sin embargo, este contrato persigue una finalidad pública.

A finales del s. XIX la jurisprudencia elabora una distinción entre:

- *Falta de Servicio* es aquella que proviene de un funcionamiento irregular o defectuoso del servicio público, entendiendo por servicio público a toda la actividad jurídica emanada de los poderes públicos.

Toda vez que se produzca una falta de servicio el Estado está obligado a indemnizar al particular lesionado.

- *Falta Personal* en este caso el acto dañoso proviene del funcionario, con independencia o al margen del funcionamiento del servicio. En este caso es el funcionario quien deberá cubrir con su patrimonio el monto de los daños y perjuicios causados.

A partir de 1919 el Consejo de Estado Francés admite la teoría de la *Responsabilidad sin Falta*, teoría circunscrita a ciertos casos en que la administración ha creado un riesgo excepcional, verbigracia, tenencia u operación de sustancias peligrosas que cause una explosión; uso de maquinaria peligrosa que provoque accidente de funcionarios o colaboradores de la administración.

2.- EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CHILE

Hasta la Constitución de 1980 existe un régimen sobre responsabilidad del Estado de tipo jurisprudencial, distinguiéndose dos períodos:

- Con anterioridad a 1938 se reconoce la responsabilidad de la administración del Estado sobre la base de principios generales del Derecho o principios generales de Derecho Público, tales como “el que causa un daño a otro debe indemnizarlo”.
- Con posterioridad a 1938 esta materia se desarrolla sobre la base de la responsabilidad por el hecho ajeno consagrada en el artículo 2320 del Código Civil, considerando al funcionario como estando al cuidado del Estado y con un vínculo de dependencia.

En este desarrollo jurisprudencial, comienza a aplicarse la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, reduciendo la responsabilidad del Estado a la actividad material de la administración (actos de gestión) y en que haya existido dolo o culpa del agente público.

La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, promulgada en 1986, constituye una importante reforma en materia de responsabilidad al introducir las nociones de falta de servicio y falta personal; en 1976 el DL 1289, Ley de Municipalidades había contemplado dos hipótesis de falta de servicio, pero sin mencionarlo expresamente.

La Constitución de 1980 en tanto, contempla un artículo que tuvo por objeto establecer la acción contencioso administrativa y la existencia de

tribunales contencioso administrativos, es el artículo 38, de hecho, en su redacción original es el reemplazo del artículo 87 de la Constitución de 1925.

El mentado artículo 38 fue modificado en 1989, suprimiendo la referencia a estos tribunales, lo cual ha motivado que algunos autores sostengan que su objetivo es consagrar la responsabilidad objetiva del Estado en sede extracontractual, lo cual ha transformado al Estado en una especie de asegurador universal de los perjuicios sufridos por los administrados, ya que sostienen que son sólo dos los requisitos para que el Estado responda: la lesión y la relación de causalidad.

3.- FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:

Uno de los elementos básicos del Estado de derecho es el principio de legalidad y el principio de responsabilidad.

La actividad del Estado puede provocar daños a los administrados, quienes no están obligados a soportarlos, y es por ello que en este evento el Estado debe reparar los perjuicios ocasionados.

Al referirse a este tipo de responsabilidad algunos administrativistas la califican como una responsabilidad “*constitucional*”, en el sentido que su objetivo no es una sanción ni una reparación, sino que más bien busca la preservación del Estado de derecho a través del cumplimiento de uno de los fines esenciales de la actividad estatal cual es el *bien común*.

A lo anterior agregan que sobre la base de estos preceptos constitucionales es posible construir un régimen de responsabilidad estatal de Derecho Público, el cual no se regiría por las normas civiles de responsabilidad.

Si bien estimo que estos preceptos no dan pie a la formación de un sistema especial de responsabilidad estatal, si fundamentan el derecho de los particulares a exigir una reparación por actos lesivos de la administración, reclamo que se debe regir por las normas generales, sin embargo estos preceptos establecen un marco, delimitan el actuar de los órganos del Estado.

- a) Artículo 1 inciso 4° de la Constitución: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común...”. El Estado en cumplimiento de este mandato debe

actuar con pleno respeto a las garantías constitucionales y por tanto actuar conforme a derecho.

- b) Artículo 4 de la Constitución: “Chile es una república democrática”; y el que sea una república implica la responsabilidad de sus órganos.
- c) Artículo 5 inciso 2° de la Constitución: El cual establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, los cuales constituyen ley interna.

En conformidad a esta norma *el Estado incurre en responsabilidad cuando no da cumplimiento a un tratado internacional.*

- d) Artículo 6 de la Constitución: Al establecer que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella” en su inciso 1°, y que “La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.
- e) Artículo 7 de la Constitución: El cual consagra el principio de legalidad, el Estado debe actuar en la forma que prescriba la ley y dentro de su esfera de atribuciones so pena de la nulidad de su actuación.
- f) Artículo 19 N° 2, 22, 20 y 24 de la Constitución: El artículo 19 establece que “La Constitución asegura a todas las personas”:

- N° 2: “La igualdad ante la ley”. El Estado es una persona jurídica que en virtud de esta norma no tiene privilegios especiales y por lo tanto puede ser responsable.
 - N° 22: “La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”. El Estado no puede establecer diferencias que carezcan de fundamento racional.
 - N° 20: “La igual repartición de las cargas públicas”. De tal forma que un daño sufrido por un particular no estando obligado jurídicamente a soportarlo constituye una carga no repartida igualitariamente y por tanto hace procedente la indemnización.
 - N° 24: “El derecho de propiedad”. En este artículo la Constitución establece la posibilidad que un particular sea privado de su derecho de propiedad sobre un determinado bien, pero para ello debe mediar un procedimiento de expropiación que cumpla con los requisitos establecidos en este artículo.
- g) Artículo 38 de la Constitución: Este artículo establece los pilares de la administración del Estado:
- Otorgando facultad a una ley orgánica constitucional para establecer la organización básica de la administración del Estado.
 - Consagrando a nivel constitucional la carrera funcionaria.

- Estableciendo la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad del Estado o sus organismos mediante una acción judicial.
- h) Artículo 4 de la Ley 18575 (Ley orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado): “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones...”. Se consagra una responsabilidad directa del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad personal, si la hubiese, del funcionario público.
- i) Artículo 44 inciso 1° de la Ley 18575: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”. Este artículo emplea una terminología del derecho francés, cual es la falta de servicio y que tiene lugar en tres hipótesis:
- No funcionamiento del servicio.
 - Mal funcionamiento del servicio.
 - Funcionamiento tardío del mismo.
- j) Artículo 137 de la Ley 18695 (Ley orgánica Constitucional de Municipalidades): “Las Municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio”. Este artículo reitera lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 18575.

4.- NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:

En derecho administrativo se distingue la responsabilidad que puede imputarse al funcionario público de la que puede atribuirse al Estado. Ahora bien, como adelanté anteriormente, algunos administrativistas, entre los cuales se encuentra Eduardo Soto Kloss ²¹, han elaborado la tesis de la “Responsabilidad de Derecho Público”, y así la responsabilidad del Estado sería de tipo *objetiva*, fundada en la tesis de riesgo o daño y falta de servicio, es decir, ella procede con la sola concurrencia del daño, sin necesidad de determinar si esta acción u omisión es imputable a un funcionario público en particular, sin necesidad de probar si esta persona natural actuó con dolo o con culpa, tampoco si la actuación del Estado fue lícita o ilícita ni si se materializó en un hecho material o en un acto administrativo.

Se ha planteado por autores como Hugo Caldera que corresponde al Estado indemnizar los perjuicios causados incluso por su actividad lícita, aun en los casos en que ella no tenga otro propósito que la realización del bien común. ²²

A mi parecer, esta teoría no contribuye a la debida armonía que debe existir en el ordenamiento jurídico y específicamente en el Derecho de Daños; por lo demás la doctrina está conteste en que no hay responsabilidad objetiva sin una norma que así lo disponga, y por tratarse de una norma de excepción ella ha de ser *expresa*.

²¹ SOTO KLOSS, EDUARDO, Derecho Administrativo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. 2, pág. 308.

²² CALDERA DELGADO, HUGO, Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pág. 206.

Un tratamiento distinto entre la responsabilidad del Estado y la de los particulares, considero incluso que atentaría contra la igualdad que consagra el artículo 19 N° 2 de la Constitución (aplicable al Estado como persona jurídica) al establecer un régimen de responsabilidad más favorable para el Estado que para los particulares, puesto que siguiendo una concepción extrema de la Responsabilidad de Derecho Público, no sería aplicable al Estado la normativa sobre responsabilidad que se encuentra fuera de la constitución, y así por ejemplo no sería aplicable la Ley 19300, Ley de Bases Generales del Medioambiente, la cual sí es aplicable a los particulares.

Sin perjuicio de lo expuesto, es indudable que tratándose de la responsabilidad por daño ambiental el campo de la responsabilidad subjetiva no es tan amplio como en el área civil, de hecho existen muchos casos de responsabilidad objetiva y además cabe la imputación por falta de servicio.

Con respecto a la falta de servicio, la mayoría de los autores e incluso alguna jurisprudencia sostienen que es un criterio objetivo, que se evalúa contrastando una conducta ideal con lo que efectivamente ocurrió, sin embargo, esta comparación que debe efectuar el juzgador, se asemeja bastante a la que debe efectuar tratándose de la culpa entendiéndola según la doctrina francesa y específicamente los hermanos Mazeaud, es por ello que estimo que en la falta de servicio hay culpa, hay negligencia, por tanto no es un criterio objetivo, como si lo es el riesgo.

5.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO AMBIENTAL:

A) EL ESTADO Y EL MEDIO AMBIENTE

1.- FUNCIONES DEL ESTADO EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL:

Con frecuencia se analiza el problema de la responsabilidad en forma posterior a la comisión del hecho que genera daño y la factibilidad de reparar el daño causado mediante indemnizaciones pecuniarias; sin embargo, en materia de responsabilidad por daño ambiental cobra relevancia la *prevención* del mismo.

Sin perjuicio de la existencia de numerosas normas tendientes a la protección del medio ambiente, no cabe duda que la de mayor relevancia está consagrada constitucionalmente, al disponer su artículo 19 que: “La Constitución asegura a todas las personas; N° 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**”. Esta norma sirve como fundamento para responsabilizar al Estado no sólo una vez producido el daño ambiental sino también cuando no genera políticas adecuadas de prevención del mismo.

En aplicación de este precepto constitucional cabe delimitar las funciones del Estado:

1. Asegurar en forma efectiva el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.
2. Proteger el Medio Ambiente.
3. Preservar la Naturaleza.

4. Conservar el Patrimonio Ambiental.

Estas funciones deben llevarse a cabo desde un punto de vista legal, judicial y administrativo y sin perjuicio de las políticas existentes al respecto no está de más proponer las siguientes:

A NIVEL LEGAL:

a) Establecer sanciones de mayor gravedad tanto para los particulares como para las empresas que contaminen el medio ambiente. Sanciones no sólo civiles sino incluso de tipo penal, configurando el denominado en derecho comparado “delito ecológico”.

b) Disminuir las trabas que exige la ley para reclamar por el daño ambiental, verbigracia, el recurso de protección por daño ambiental requiere cuatro requisitos copulativos para su procedencia, que en el fondo constituyen limitaciones a su interposición:

- Se exige que el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea “*afectado*”, lo que comprendería la privación, pero no la perturbación ni la amenaza.
- Procede sólo tratándose de actos, dejando de lado las omisiones que puedan provocar daño ambiental.
- Procede cuando el acto sea arbitrario e ilegal.
- Exige la imputabilidad del acto a una persona o autoridad determinada.

La segunda limitación que la Constitución establece a la interposición del recurso de protección no se condice con lo dispuesto en el artículo 19 N° 8, el cual impone un deber de tutela al Estado, quien en caso de

omitir su cumplimiento queda sin sanción, al menos desde la perspectiva del recurso de protección.

c) Sistematizar la normativa existente con respecto a las especies vegetales protegidas puesto que según el sistema actual la Ley de Bosques faculta al Estado para que éste dicte normas tendientes a proteger las diversas especies vegetales en tres aspectos:

- La declaración de monumentos nacionales a diversas especies arbóreas y arbustivas, tales como el alerce y la araucaria.
- La regulación de la explotación de ciertas especies, como es el caso de la yareta y la palma chilena.
- La prohibición de explotar ciertas especies, verbigracia el copihue.

Sin embargo, esta regulación es efectuada mediante la dictación de decretos supremos sin que exista una regulación orgánica de la materia.

A NIVEL ADMINISTRATIVO:

Desarrollar un Derecho de Policía en materia ambiental perfeccionando la regulación existente, en 4 niveles o ámbitos:

- Policía industrial, cuya función es la prevención de emisiones contaminantes de las industrias a través de la revisión de sus instalaciones contaminantes, como sus calderas por ejemplo; y de las medidas que adoptan para evitar la emisión de contaminantes, verbigracia, los sistemas de purificación de las aguas servidas.
- Policía urbana, la cual se manifestará a nivel municipal, controlando la contaminación vehicular y auditiva, velando por el

aseo de las vías públicas y la correcta eliminación de los residuos en los vertederos creados para tales efectos.

- Policía Rural, cuya finalidad es velar por la conservación del suelo evitando su sobre-explotación y regulando el uso de pesticidas en las plantaciones.
- Policía Marítima, la cual busca evitar la contaminación de las aguas y establecer limitaciones al uso de los recursos hídricos.

A NIVEL JUDICIAL:

Los tribunales deben aplicar las normas ambientales atinentes a los casos de que conozcan, incluyendo los numerosos tratados que sobre esta materia ha suscrito nuestro país.

Al momento de conocer un proceso en que se ha causado daño ambiental, deben aplicar la ley en su máximo rigor, ya sea exigiendo una reparación íntegra del daño causado, si lo anterior no es posible fijando una indemnización de perjuicios proporcional al daño y en su caso sancionar al infractor con las medidas contempladas en la ley 19300.

Una vez establecidas las funciones del Estado en esta materia, cabe dar una definición de responsabilidad del Estado por daño ambiental:

“La obligación de prevenir y subsanar en su caso los efectos lesivos que causen al medio ambiente la actuación del Estado y de sus organismos”.

2.- ÓRGANOS DEL ESTADO CON COMPETENCIA AMBIENTAL:

En íntima relación con las funciones del Estado en materia ambiental, están los órganos encargados de llevarlas a cabo, entre los cuales cabe destacar:

– LAS MUNICIPALIDADES: Tienen competencia ambiental que emana tanto de la ley 19300 como de la ley 18695 de Municipalidades, son titulares de la acción de reparación por daño ambiental y de la acción de indemnización de perjuicios ordinaria si se ven afectadas por daño ambiental, pudiendo requerir la aplicación de sanciones a los responsables. Pero además tienen competencias específicas en materia ambiental, cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad:

- Aplicación de disposiciones sobre transporte y tránsito público dentro de su comuna.
- Planificación y regulación urbana de la comuna.
- Dictar normas de aseo y ornato
- Desarrollar proyectos relativos a la protección ambiental y el turismo.

– LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (DGA): Servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas (MOP) cuya función es planificar el desarrollo de este recurso en sus fuentes naturales, a fin de formular recomendaciones sobre su aprovechamiento; investigar, vigilar y medir las aguas, además de supervisar las organizaciones de usuarios.

– LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS (SISS): Encargada de estudiar, proponer y controlar el cumplimiento de normas técnicas sobre diseño, construcción y explotación de servicios sanitarios y residuos líquidos industriales; además debe informar sobre el otorgamiento de concesiones, ampliación o modificación de las mismas y sancionar a quienes presten servicios sanitarios infringiendo la legislación vigente.

– LOS SERVICIOS DE SALUD: Órganos dependientes del Ministerio de salud que tienen por función velar por la eliminación de cualquier factor o agente del medio ambiente que pueda afectar la salud, seguridad o bienestar de las personas; además están facultados para instruir sumarios administrativos ante la infracción de la normativa sanitaria.

– SUBSECRETARÍA DE PESCA: Parte del Ministerio de Economía cuyas funciones son proponer la política pesquera y sus formas de aplicación, dirigir y coordinar las actividades que debe realizar el Estado en relación con el sector pesquero

– SERVICIO NACIONAL DE PESCA (SERNAP): Órgano dependiente del Ministerio de Economía, al cual corresponde ejecutar la política pesquera y fiscalizar el cumplimiento de la normativa atinente a la pesca y caza marítima y a la explotación de recursos hidrobiológicos.

- CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL (CONAF): Corporación de Derecho Privado que participa en la elaboración y ejecución de planes de protección y conservación de los recursos forestales.

Cabe destacar además, que en algunos Ministerios existen las denominadas Unidades Ambientales, cuya principal función es apoyar a la CONAMA en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental; es el caso de los Ministerios de Obras Públicas, Agricultura, Bienes Nacionales, Salud, entre otros.

B) CLASES DE RESPONSABILIDAD:

Se postula por los autores que defienden la idea de una responsabilidad de Derecho Público, el que la responsabilidad que consagra el artículo 38 de la Constitución es de tipo objetivo.

Tratándose de la responsabilidad del Estado por daño ambiental, se aplican las nociones generales en esta materia, no obstante lo cual, el campo de la responsabilidad objetiva es vasto, puesto que muchas de las actividades consideradas riesgosas por la ley provocan un daño ambiental, es el caso del uso de la energía nuclear o la descarga al mar de sustancias peligrosas (tóxicas).

Y así, en aplicación de las nociones generales la responsabilidad del Estado puede ser contractual o extracontractual:

1. **CONTRACTUAL:** Es aquella que surge de una relación bilateral que el Estado ha asumido con un tercero.
2. **EXTRACONTRACTUAL:** Es aquella que surge de la realización de las funciones propias del Estado y sus organismos, las que pueden ser de índole legislativa, administrativa o ejecutiva y judicial.

1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: Siguiendo a Osvaldo Oelckers, es posible definir el contrato administrativo como:

“Acuerdo de voluntades entre la administración del Estado y un particular o sociedad privada, a través del cual se crean Derechos y obligaciones recíprocas y cuyo objeto es la satisfacción de una necesidad pública, debiendo actuar siempre la administración del Estado en su giro y tráfico propios”.

Los principales contratos administrativos son:

- a) Ejecución de obras públicas.
- b) Contratos de suministro
- c) Concesión de servicios públicos, los que admiten dos variantes:
 - Concesión de servicios públicos esenciales, tal es el caso del agua, gas, teléfono y electricidad.
 - Concesión de servicios públicos no esenciales, verbigracia la municipalidad celebra un contrato con un particular respecto de una competencia específica, como el aseo y ornato.
- d) Contrato de ejecución de obra pública y concesión correspondiente del bien construido.

En materia medioambiental estos contratos pueden constituir una fuente de responsabilidad para los organismos estatales que los celebran con particulares.

Así, por ejemplo tratándose de la ejecución de una obra de infraestructura pública vial y concesión correspondiente del bien construido es deber del Ministerio de Obras Públicas (MOP) velar porque la empresa concesionaria cumpla con la normativa ambiental en tres etapas: pre-construcción, construcción, explotación; esta obligación puede manifestarse de varias maneras:

- Una de las características de los contratos administrativos es el ser contratos de adhesión en que corresponde a la administración establecer con claridad las cláusulas que lo regirán, es deber del MOP en estos casos incluir en el contrato la normativa atingente y

establecer que corresponde su cumplimiento a la empresa concesionaria, de no hacerlo, corresponderá al ministerio velar por su cumplimiento, no a la empresa, puesto que en este tipo de contratos las cláusulas oscuras se interpretan en contra de quien las establece.

- Sin perjuicio de la obligación de delimitar el marco legal por el cual se registrará la empresa concesionaria, el MOP está facultado para resolver unilateralmente el contrato fundado en el interés público, cual podría ser preservar el medio ambiente y podría incurrir en responsabilidad si el no ejercer esta facultad acarrea daño ambiental.
- Durante el período de explotación, el Estado debe velar por el cumplimiento de las medidas ambientales establecidas en el contrato como podrían ser los sistemas de aseo y evacuación de aguas lluvias.
- Si la ejecución de la obra no trae aparejada la concesión de la misma, después de un año de producida la recepción definitiva de la obra el co-contratista particular debe responder de todo, riesgo que puede aumentar a 5 años si se prueba dolo o fraude en el uso de los materiales. Transcurrido este plazo la administración responde lo cual puede cobrar relevancia tratándose de aquellas obras que tengan por objeto la evacuación de aguas servidas como las obras de alcantarillado por ejemplo.

Sin perjuicio de lo anterior, existen leyes especiales que imponen obligaciones de orden conservacionista al Estado cuando celebre determinados contratos; nos encontramos ante una restricción a la libertad de contratación porque si bien el Estado es libre para celebrar un contrato no lo es para determinar su contenido, debe incluir en el contrato que celebre ciertas cláusulas que preserven el medio ambiente y en caso de no incluirlas incurrirá en responsabilidad:

1.- DS 4363, del Ministerio de Tierras y Colonización (hoy Bienes Nacionales), de 1931 (Ley de Bosques): El artículo 6 dispone que “cualquiera que sea el Departamento de Estado que tenga a su cargo suelo de aprovechamiento agrícola o forestal, no podrá disponer de su arrendamiento, concesión o entrega, sin informe previo del Ministerio de Bienes Nacionales, el que indicará las cláusulas de índole forestal a que deberá someterse el arrendatario, concesionario o poseedor”.

2.- DL 1939, de 1977, sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado: El artículo 16 establece que “en los contratos de compraventa de terrenos fiscales rústicos y en los decretos o resoluciones que concedan arrendamientos, actas de radicación o títulos gratuitos de dominio, deberán contemplarse, previo informe del Ministerio de Agricultura, las prohibiciones y obligaciones tanto de índole forestal como de protección o recuperación de terrenos a que se someterá el beneficiario. Cuando procediere podrán imponerse obligaciones para la protección del medio ambiente”.

3.- DL 574, sobre Administración, Tuición y Disposición de Bienes del Estado: El artículo 112 prescribe que “en los contratos de arrendamiento de terrenos fiscales de la provincia de Magallanes, deberán contemplarse las obligaciones de índole forestal y de protección o recuperación de suelos a que deberán someterse los arrendatarios. Para estos efectos, el Ministerio de Bienes Nacionales deberá requerir un informe del Ministerio de Agricultura para incorporar en el contrato respectivo las obligaciones antedichas”.

En Derecho Internacional, y específicamente en materia de contratación internacional se ha desarrollado un gran interés en la preservación del medio ambiente lo que se ha reflejado en:

1.- La creciente incorporación de regulaciones ambientales a los tratados o acuerdos de carácter comercial celebrados entre países. A este respecto es destacable el NAFTA (Tratado de Libre Comercio de América del Norte), el que contempla dentro de sus objetivos el desarrollo sustentable como el contexto más deseable para la liberalización y expansión del comercio mundial. Ahora bien, el sistema que consagra el NAFTA, no es el imponer obligaciones de tipo ambiental para los países miembros, sino más bien la obligación de cada país de garantizar la protección ambiental, aplicando las normas existentes al respecto; el incumplimiento de esta obligación podría dar lugar a la presentación de una petición (instrumento que tiene por objeto iniciar un procedimiento de reclamo por la no aplicación efectiva de la legislación ambiental de un país

miembro) o a un sistema de solución de controversias.

Cabe destacar también el *Tratado de Libre Comercio (TLC)*, suscrito entre Chile y Estados Unidos, el que exige de nuestro país no sólo el compromiso de cumplir con la legislación interna, sino también, la obligación de implementar un sistema moderno de gestión ambiental sistematizando la legislación interna a este respecto; ello para cumplir con las obligaciones que impone este tratado, tales como:

- Crear un Registro de Emisión y Transferencia de Contaminantes de carácter público.
- Reducir la Contaminación Minera.
- Mejorar la Fiscalización Ambiental.
- Mejorar las prácticas agrícolas, disminuyendo el uso indiscriminado de pesticidas y fertilizantes.
- Reducir las emisiones de Bromuro de Metilo.
- Proteger de mejor manera la vida silvestre.
- Aumentar el uso de combustibles limpios.

2.- Existen ciertos organismos internacionales que al otorgar préstamos a los Estados miembros incorporan cláusulas tendientes a resguardar el medio ambiente y cuyo incumplimiento acarreará responsabilidad por parte del Estado infractor, es el caso de:

- a. El Banco Interamericano de Desarrollo (BID)
- b. El Banco Mundial
- c. El Fondo Monetario Internacional (FMI)

2. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: Es posible definirla como: Aquella que surge de una conducta de los órganos del Estado en sus relaciones con los administrados, cuando sin mediar vínculo contractual alguno y en el ejercicio de sus funciones de tipo administrativo, legislativo o judicial, su actuación genera un daño o perjuicio a los particulares.

Desde un punto de vista cuantitativo, es la fuente de responsabilidad más extensa, principalmente en materia medioambiental, sin perjuicio de lo cual, también puede incurrir en responsabilidad por daño ambiental por su actuación legislativa. En materia judicial en tanto, la Constitución consagra en el artículo 19 N° 7 letra i) la indemnización por error judicial que no es aplicable en materia de daño ambiental, de hecho es una norma bastante restrictiva, aplicable sólo a materias penales.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO LEGISLADOR:

El Estado incurrirá en responsabilidad:

- Toda vez que dicte leyes de carácter o con repercusión ambiental que no se ajusten a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, ello según lo dispuesto por el artículo 5 inciso segundo de la Constitución.
- Toda vez que dicte leyes que no se ajusten al mandato constitucional del artículo 19 N° 8, esto es el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza.

El control de esta materia puede hacerse efectivo en dos etapas:

En el Período de Formación de la Ley:

- Las cámaras pueden rechazar un proyecto de ley susceptible de provocar daño ambiental.
- El Presidente de la República puede vetar un proyecto u observarlo.

Una vez dictada la ley:

- El artículo 80 de la Constitución faculta a la Corte Suprema para declarar inaplicable algún precepto legal que se oponga al deber del Estado de preservar el medio ambiente.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ADMINISTRADOR:

La responsabilidad del Estado puede originarse en una acción o en una omisión, tratándose de la actividad administrativa ésta puede ser material o jurídica, vale decir puede nacer de los actos materiales que realice en el desarrollo de su función de administrador o de los actos jurídicos unilaterales que dicte (acto administrativo).

Existen múltiples hipótesis en que el Estado debe responder por una actuación administrativa que produzca daño ambiental:

1.- Actividad Material de la Administración: Es indudable que el Estado debe responder si ha dispuesto la tala indiscriminada de árboles.

2.- Actividad Jurídica de la Administración:

A) El Estado tiene un poder de regulación, control y fiscalización sobre las actividades potencialmente contaminantes, lo cual lo faculta para

otorgar permisos, patentes, licencias, concesiones, licitaciones, autorizaciones, dictar reglamentos, otorgar subsidios y franquicias tributarias

A modo de ejemplo: Tratándose de la concesión de servicios públicos esenciales, cobra relevancia el permiso para la producción y distribución de agua potable y para la recolección y disposición de aguas servidas con que debe contar una empresa sanitaria para funcionar. En virtud de los artículos 9,10 letras a) y o) y artículo 18 de la Ley 19300 las empresas sanitarias deben solicitar una serie de permisos para el ejercicio de sus labores propias, permisos que son otorgados por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) o Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) en su caso, dentro del proceso de evaluación de impacto ambiental.

Estos organismos estatales deberán evaluar los antecedentes aportados por la empresa sanitaria a fin de determinar si se ajusta a la normativa ambiental vigente y procede otorgar el permiso requerido, pudiendo incurrir en responsabilidad cuando el permiso haya sido otorgado sin reunirse los requisitos necesarios para que la empresa no provoque daño ambiental.

B) La Ley 19300 otorga nuevos instrumentos al Estado, tendientes a la prevención del daño ambiental.

- *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*
- *Normas de Calidad Ambiental*
- *Normas de Emisión*

- *Planes de Manejo, Prevención o Descontaminación*

El *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* es el instrumento de gestión ambiental más importante contemplado por nuestra legislación, puede definirse como un procedimiento que tiene por objeto identificar y evaluar el impacto ambiental que producirá un determinado proyecto o actividad, para así diseñar medidas que reduzcan los efectos negativos y aumenten los efectos positivos del mismo.

La Ley 19300 en su artículo 10 enumera las actividades potencialmente riesgosas que deben someterse a este proceso y esta ley consagra un sistema en virtud del cual todos los permisos ambientales sectoriales deben otorgarse en el marco del proceso de evaluación de impacto ambiental.

La autoridad estatal ambiental a cargo de este procedimiento es la COREMA o CONAMA en su caso, organismos que deben cumplir su labor con eficiencia, pudiendo incurrir en falta de servicio y por tanto en responsabilidad toda vez que:

- Ignoren las recomendaciones de servicios públicos con competencias sectoriales o sugerencias técnicamente fundamentadas de los integrantes de los consejos consultivos.
- Carezcan de profesionales idóneos para evaluar los proyectos sometidos a este procedimiento,
- Acepten medidas de mitigación de impacto ambiental claramente insuficientes.

- Una vez aprobado el estudio de impacto ambiental y otorgados los permisos correspondientes no velen por el cumplimiento de las condiciones o exigencias ambientales en él establecidas.
- No apliquen multas o estas sean insuficientes en caso de incumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se otorgó el permiso o autorización.

C) DAÑO AMBIENTAL:

1.- DENOMINACIÓN:

Existen autores que utilizan una terminología distinta para referirse al daño ambiental, y hablan de daño ecológico, sin embargo, estos términos no son sinónimos, la ecología es “la disciplina que trata de las interacciones de los seres vivos entre sí y con su ambiente”, el ambiente en tanto, “es el medio donde el hombre vive, usando y gozando de él, y simultáneamente deteriorándolo; comprensivo de la ecología, pero más amplio, pues aparte de la biosfera, recursos naturales vivos, esta compuesto también por los recursos inertes: la tierra, las aguas, los minerales, la atmósfera y el espacio aéreo, los recursos geotérmicos y fuentes primarias de energía” ²³.

La ecología por tanto es una noción comprendida dentro del concepto de ambiente y el término correcto es daño ambiental, puesto que comprende al daño ecológico.

2.- CONCEPTO:

Previo a definir que se entiende por daño ambiental debo hacer dos prevenciones:

- Al analizar el daño como elemento de la responsabilidad expuse dos criterios doctrinarios referidos a cuando debe repararse el

²³ PIGRETTI, EDUARDO, La Responsabilidad por Daño Ambiental, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1986, pág. 79.

daño y adoptando el criterio moderno debe repararse toda vez que lesione un interés simple.

- El interés lesionado por un daño ambiental es un interés colectivo, de la comunidad toda, denominado en doctrina *“interés difuso”*.

Eduardo Pigretti menciona en su obra la definición que da Peyrano:

“Toda lesión o menoscabo al interés, que tienen todos los seres humanos considerados individual o colectivamente a que no alteren de modo perjudicial las condiciones naturales de vida”²⁴.

Desde un punto de vista legal, la Ley 19300 define el daño ambiental en su artículo 2 letra e) como: “Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.

Este concepto recoge uno de los requisitos exigidos por la doctrina para la reparación del daño cual es la magnitud o entidad del daño, a través del vocablo “significativo”, el cual es definido por la Real Academia Española como “aquél que da a entender o conocer con propiedad una cosa; que tiene importancia para representar o significar algún valor”. Es por ello, que en la legislación chilena no es aplicable el concepto dado por Peyrano puesto que del concepto dado se deduce que toda alteración constituye daño, sin embargo, para el legislador chileno no toda alteración constituye daño, puesto que la definición de daño ambiental concuerda con lo dispuesto por otras normas ambientales.

²⁴ PIGRETTI, E., ob. cit., pág. 81.

3.- CLASES DE DAÑO AMBIENTAL:

La jurisprudencia chilena, conociendo del recurso de protección en materia ambiental ha distinguido dos clases de deterioros al medio ambiente:

- a) Contaminación: La introducción por parte del hombre de cualquier sustancia o elemento extraño que cause un desequilibrio dañino a la flora, fauna o al hombre mismo.
- b) Polución: La incorporación por parte del hombre de un elemento patógeno que acarrea o favorece enfermedades que atacan a los animales, los vegetales o la especie humana.

Esta distinción, no es recogida por la ley, de hecho tanto la Constitución como la ley 19300 utilizan el término contaminación, es más, la Ley 19300 utiliza este término con una acepción distinta, y así la letra c) del artículo N° 2 de la ley 19300 define contaminación como: “La presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencias superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”.

4.- CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO AMBIENTAL:

1. IRREVERSIBLE, si bien no es una característica de todo daño ambiental, está presente en la mayoría de ellos, verbigracia si la autoridad ordena talar un bosque es posible reforestar, pero si no prohíbe la caza de una determinada especie o no hace cumplir la prohibición existente, ésta puede llegar a extinguirse sin que sea posible revertir este daño.

2. VINCULADO AL PROGRESO TECNOLÓGICO, es evidente que el progreso tecnológico ha facilitado de sobremanera la vida de las personas, sin embargo esto trae aparejado un aumento en la contaminación ambiental, verbigracia, la creación del plástico y su gran utilización hoy en día, es clara su comodidad, sin embargo el plástico se demora años en desaparecer del medio ambiente; el automóvil, produce emanaciones nocivas para la salud, además de contaminación acústica.

3. ACUMULATIVO, la contaminación ambiental tiene efectos acumulativos, es decir, mientras exista el factor contaminante el daño seguirá aumentando y con ello los efectos nocivos en la salud de las personas.

4. CATASTRÓFICO, El daño al medio ambiente se caracteriza por su gravedad e impacto en la vida ya sea animal, vegetal e incluso humana si se incorpora a la cadena alimenticia.

5. DE EFECTOS GENERALES, es decir, el efecto del daño no permanece en su fuente de origen, se extiende, así por ejemplo si se contamina un río, el daño afectará a la vida vegetal y animal del río que se ha contaminado, pero también a quienes beban o utilicen sus aguas para regadíos, y a quienes consuman los alimentos regados con esta agua, es por tanto un efecto en forma de cadena.

D) CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO AMBIENTAL:

La responsabilidad del Estado por daño ambiental presenta dos características o notas distintivas, cuales son:

- 1.- Los Intereses Difusos
- 2.- Factibilidad de Reparación

1.- INTERESES DIFUSOS:

Con esta terminología me refiero a un problema fundamental en este ámbito cual es quién tiene derecho a reclamar la prevención del daño o su reparación.

La doctrina procesal moderna sostiene que debe legitimarse a todo sujeto que ostente un interés, aunque no sea exclusivo de una persona sino de todos, estos intereses de tipo colectivo son denominados *intereses difusos*. Las acciones concedidas a quienes ostentan intereses colectivos o difusos no son sino aplicación del Derecho de peticionar a las autoridades.

El interés tratándose de la protección del medio ambiente es de la colectividad toda, no de un individuo en particular, es por ello que todos los miembros de la comunidad tienen legitimación activa para reclamar la responsabilidad del Estado en esta materia.

No obstante lo anterior y el acuerdo de la doctrina respecto a quienes tienen legitimación activa para reclamar por daño ambiental, no hay acuerdo con respecto a quienes tienen derecho a exigir una reparación,

y esto porque habitualmente se identifica la reparación de los perjuicios con una indemnización pecuniaria por parte del sujeto infractor.

2.- FACTIBILIDAD DE REPARACIÓN:

Al hablar de responsabilidad en general surge inevitablemente la idea de reparar el daño causado, lo cual normalmente se efectuará mediante una indemnización de carácter económico; sin embargo la concepción moderna del Derecho de Daños prioriza la prevención, una vez ocurrido el evento dañoso esta noción es reemplazada por la de compensación.

La Prevención del Daño: La noción de prevención del daño contempla el empleo de medidas directas e indirectas.

- *Medidas Indirectas:* Es el caso de la sanción, que ejerce una doble función, constituye una reacción del ordenamiento jurídico, pero a la vez implica una amenaza que coarta al posible infractor
- *Medidas Directas o Inmediatas:* Son técnicas inhibitorias consistentes en órdenes judiciales de hacer o no hacer que pueden ser aplicadas por los jueces civiles en los juicios de indemnización de perjuicios. Estas medidas se presentan en hipótesis de cesación del daño, es decir, ante la presencia de un daño que puede prolongarse; y ante un estado de mero peligro, es decir una situación que ya produjo un daño y seguirá produciéndolo si no se elimina, esta es una hipótesis en que se evitará el daño.

La prevención del daño cobra particular relevancia en materia de protección al medio ambiente.

- Desde un punto de vista teórico esto ocurre porque los mecanismos que suprimen las causas lesivas son los únicos que pueden satisfacer en forma conjunta a los grupos sociales interesados.
- Desde un punto de vista práctico esto ocurre porque en materia medioambiental existen ciertos daños que impiden la restitución de las cosas a su estado anterior, que es la idea clásica de reparación del daño causado; por lo demás, el daño ambiental es un daño colectivo, lo cual dificulta el acceso a la justicia al no existir un sistema de legitimación grupal, que permita a los individuos accionar en forma conjunta contra el Estado.

La Reparación del Daño: La típica forma de reparar el daño causado es la indemnización, es decir, “la prestación destinada a reestablecer el estado o situación del perjudicado y a borrar los efectos del comportamiento contrario a derecho del agente” ²⁵

La indemnización tiene naturaleza de sanción, pero no punitiva, sino reparadora.

Habitualmente la responsabilidad envuelve la idea de exigir por parte de la víctima una reparación de los perjuicios sufridos, y la forma más simple de avaluar los daños es en dinero, el cual debe ser entregado por el infractor. Sin embargo el interés en preservar el medio ambiente no

²⁵ MOSSET. J., ob. cit., pág 513.

se agota en un resarcimiento de tipo económico, la colectividad afectada, busca volver las cosas a su estado anterior.

Así, si la municipalidad de Viña del Mar ordena talar un sector del jardín botánico, la colectividad afectada no buscará una cantidad de dinero a modo de reparación sino medidas tendientes a reforestar.

En materia ambiental, la Ley 19300 define reparación en su artículo 2 letra s) como: “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, reestablecer sus propiedades básicas”. Sin embargo, existen ciertos eventos dañosos de tal gravedad que no es posible reparar, como es el caso de aquellos que conlleven la extinción de una determinada especie; en tales casos sólo cabe una indemnización pecuniaria o una reparación por equivalencia.

La importancia de la prevención radica también en que la amenaza al medio ambiente constituye asimismo una amenaza para la salud pública; una de las manifestaciones más patentes de daño al medio ambiente es la contaminación, lo que se agrava tratándose de la contaminación de las aguas puesto que esto conlleva para quienes las consumen directamente o utilizan para sus regadíos una serie de enfermedades. En este último evento, la amenaza ya no afecta sólo al medio ambiente, entendiéndolo como un bien jurídico susceptible de protección sino que también afecta otros bienes jurídicos, como el Derecho a la Salud e incluso el Derecho a la Vida.

II NORMATIVA LEGAL PROTECTORA DEL MEDIO AMBIENTE

1) CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE:

La Real Academia Española define medio ambiente como “el conjunto de circunstancias que rodean a los seres vivos”.

En términos amplios la palabra ambiente significa entorno que rodea al hombre, y así la Comisión Económica para Europa lo definió en 1978 como “Un conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles que comprenden, particularmente, ecosistemas equilibrados bajo la forma en que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible, y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante, ha establecido relaciones directas”.

La DOCTRINA en tanto, da múltiples definiciones de medio ambiente:

- *Ramón Martín Mateo* lo define como: “los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas” ²⁶, concepción demasiado restringida que se limita a la protección ambiental del aire y del agua sin comprender al territorio y la naturaleza.
- *José Luis Cea*: “El medio ambiente es el sistema compuesto por elementos bióticos y abióticos que rodean naturalmente al hombre y le permiten el desarrollo de su vida” ²⁷.

²⁶ MARTÍN MATEO, RAMÓN, Derecho Ambiental, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, pág. 79.

²⁷ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, Tratado de la Constitución de 1980, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pág. 331.

- *Rocío Cantarero Bandrés*: Esta autora lo conceptualiza según los servicios que ofrece al hombre, distinguiendo entonces:
 - a) Energía y recursos naturales, reproducibles o no, recursos culturales, artísticos, históricos, arqueológicos, naturales, que representan la memoria y el devenir del ser humano
 - b) Hábitat, es decir, lugar donde vive el hombre, como factor que influye directamente sobre la calidad de vida tanto a nivel individual como social.
 - c) Recepción y asimilación de residuos de la producción y consumo, en la dinámica de los elementos de la biosfera (aire, agua, suelo). ²⁸

- *Jaime Peris Riera*, da la siguiente noción de medio ambiente: “El mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como la fauna y la flora, y de las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales” ²⁹.

La JURISPRUDENCIA también ha definido al medio ambiente principalmente conociendo del recurso de protección en materia ambiental, al respecto existen una sentencia clásica:

²⁸ TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *El Delito Ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, pág. 71 y 72.

²⁹ PERIS RIERA, JAIME, *Delitos contra el Medio Ambiente*, Universidad de Valencia, 1984, pág. 28.

Palza Corvacho, Humberto con Director de Riego de la Primera Región y Otros: “El medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida, y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven”.³⁰

A nivel LEGAL, la Ley 19300 define al medio ambiente en su artículo 2 N° II) como: “El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”

Este concepto incluye elementos naturales, artificiales y socioculturales como componentes del medio ambiente.

³⁰ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo 82, sección 5°, 1985, págs. 261 y ss.

2) EL MEDIO AMBIENTE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN:

La definición que da Jaime Peris Riera es destacada por los autores españoles puesto que es una concepción amplia, pero no vaga, que delimita bastante bien al medio ambiente como bien jurídico merecedor de tutela.

Este bien jurídico presenta una nota distintiva cual es el ser un bien jurídico colectivo o macrosocial, tal como la salud pública o la seguridad pública; lo cual tiene relevancia puesto que todos los miembros de una comunidad se verán afectados en caso de daño al medio ambiente y surge la noción de interés difuso para exigir una reparación.

La protección de los bienes jurídicos implica la protección de las condiciones de existencia de los mismos, siendo inútil su protección si no se prohibiesen las actividades que signifiquen un riesgo para tales bienes jurídicos.

En el caso del medio ambiente, existen ciertas actividades que, bajo el amparo de un desarrollo industrial, contaminan el aire y los alimentos creando un riesgo para la salud de las personas, riesgo inevitable en las sociedades industrializadas por lo tanto lo que se busca es que la actividad se desarrolle dentro de ciertos márgenes de riesgo.

Por lo anteriormente expuesto, como bien jurídico colectivo la protección del medio ambiente implica también una protección a la vida y salud de las personas y es por ello que se justifica su tutela a nivel constitucional, civil, administrativo y penal, y es por ello también que todo daño al medio ambiente debe ser reparado.

3) DERECHO COMPARADO

En los ordenamientos jurídicos extranjeros, se contempla la protección al medio ambiente y la posibilidad que la administración responda por actuaciones que causen daño ambiental, no es el objeto de esta memoria analizar en su totalidad esta materia razón por la cual, haré mención a las legislaciones que a mi parecer tratan de mejor manera esta materia.

1.- ALEMANIA:

La regulación medioambiental no está reunida en un código, sino en normas sectoriales que tratan esta materia. La constitución alemana en tanto, no contempla una obligación estatal de protección al medio ambiente, sin embargo, la jurisprudencia ha razonado que es deber del Estado proteger el medio ambiente a través de una política ambiental cuyo incumplimiento pondría en peligro la vida, salud o propiedad de los ciudadanos; esta obligación ha de concretarse mediante una ley o un reglamento y salvo casos excepcionales un particular no puede reclamar por la omisión del Estado.

El gobierno federal posee plenas facultades legislativas para el control de la contaminación del aire y auditiva, eliminación de desperdicios y planificación de la construcción; sin embargo, tratándose de la contaminación de las aguas y de la naturaleza sólo puede dictar leyes que establezcan principios generales.

La autoridad federal cuenta con los siguientes instrumentos de protección ambiental:

- Intervención Directa del Estado, mediante requisitos de permiso y notificación, prohibiciones y restricciones legales, prohibición de una actividad en un caso individual, obligaciones legales o administrativas de hacer o no hacer algo.
- Intervención Indirecta del Estado (instrumentos económicos), mediante costos de emisión o de producto, subsidios, preferencias impositivas, otorgamiento de ventajas a productos de baja contaminación, acuerdos con contaminadores.
Ejemplo de la utilización de estos instrumentos es la *Ley de Descarga de Efluentes*, que impone un costo a toda persona que descarga aguas servidas en un curso de agua.
- Protección Directa del Estado, mediante actividades como la operación de depósitos municipales de desperdicios o plantas de tratamientos de efluentes.
- Planificación, ubicación de proyectos e infraestructura.

La Constitución alemana establece un control judicial de la actividad administrativa cuando se violen derechos de los particulares, el cual corresponde a los tribunales administrativos; y si bien este control originalmente tuvo por objeto la protección de derechos individuales, con el tiempo se hizo necesario proteger intereses de tipo colectivo, y específicamente el medio ambiente. Los tribunales administrativos han debido enfrentar este rol de protección medioambiental delimitando las competencias de los poderes del Estado.

2.- ESTADOS UNIDOS:

Por ser la economía más grande y desarrollada del planeta es en este país donde han surgido los mayores problemas ambientales, y por la misma razón la legislación en materia ambiental es bastante fecunda, al respecto cabe citar:

Ley de Política Ambiental Nacional (National Environmental Policy Act):

Esta norma reconoce *la responsabilidad permanente del gobierno federal* de hacer uso de todos los medios viables a fin de permitir a la nación, entre otras funciones,: Cuidar el medio ambiente para las generaciones futuras, asegurar a todos los habitantes un entorno seguro, sano, productivo y grato, aprovechar los recursos naturales sin riesgo para la salud o la seguridad y sin deterioro para el medio ambiente, preservar el patrimonio ambiental.

Además de lo anterior, los organismos del gobierno federal deben:

- Considerar las artes de diseño ambiental en la toma de decisiones susceptibles de causar impacto ambiental.
- Desarrollar métodos y procedimientos en consulta con el Consejo de Calidad Ambiental (órgano creado por esta ley), a fin de tomar decisiones considerando su eventual impacto ambiental.
- Incluir en cada recomendación o informe sobre proposiciones de leyes y otras acciones federales importantes susceptibles de causar daño ambiental, una declaración del funcionario responsable sobre: el impacto ambiental de la propuesta, los eventuales efectos que ésta tenga sobre el medio ambiente,

alternativas a la propuesta, cualquier daño irreversible e irre recuperable que implique la propuesta.

Se reconocen ciertas obligaciones legales específicas de los organismos federales, tales como:

- Cumplir con criterios o normas de calidad ambiental.
- Coordinar o consultar con cualquier otro organismo federal.
- Actuar o abstenerse de actuar según las recomendaciones o certificación de cualquier otro organismo federal o estatal.

Ley de Aguas Limpias (Clean Water Act): Esta ley tiene por finalidad restablecer y mantener la integridad química, física y biológica de las aguas de la nación, eliminar las descargas contaminantes en las aguas navegables y mantener una calidad de agua que asegure la protección y propagación de la vida marina.

El gobierno federal es el encargado de ejecutar esta política de descontaminación, para lo cual cuenta con las siguientes herramientas:

- Limitaciones de efluentes: Es decir, normas específicas para las industrias que restringen la cantidad de contaminantes que pueden descargar al agua. Se les denomina limitaciones de efluentes con base tecnológica puesto que se exige que los contaminadores inviertan en tecnología para reducir la contaminación.
- Un programa de permisos: En virtud del cual todo contaminador de aguas debe obtener un permiso de la EPA (Environmental

Protection Agency) o Agencia de Protección del Medio Ambiente, organismo federal de control cuya función primordial es analizar proyectos de trascendencia ambiental.

- Un programa de subsidios para apoyar la construcción de instalaciones que tengan por función el tratamiento de residuos
- Un sistema de planificación estatal y regional para controlar las fuentes no puntuales (cursos de agua que atraviesan la nación recogiendo sedimentos) y lograr normas de calidad de agua (normas reguladoras que abordan el nivel de contaminación en las aguas y fijan normas ambientales mínimas para éstas)
- Un sistema de permisos para operaciones de dragado y rellenado.

Ley sobre el Aire Limpio (Clean Air Act): Esta ley exige a los estados federales:

- La delineación de “regiones de control de calidad” dentro de cada estado, cuyo objeto es controlar de manera más eficaz problemas específicos de contaminación.
- La elaboración de un “plan de ejecución estatal” con el objeto de definir normas para los principales contaminantes, normas que limiten las emisiones y normas de emisión para ciertos contaminantes peligrosos.

Además de estos deberes la ley impone al gobierno federal el deber de fiscalizar el cumplimiento de esta ley, contemplando la posibilidad que ciudadanos individuales u organizaciones ambientales demanden a la

EPA a fin de obligarla a realizar o poner en vigor alguna disposición de la ley.

Ley de Conservación y Recuperación de Recursos (Resource Conservation and Recovery Act): Esta ley confiere a la EPA autoridad para reglamentar los desechos sólidos y peligrosos; así, los generadores y transportadores de desechos peligrosos están sujetos a una administración fiscalizadora, debiendo facilitar a los inspectores el acceso a la instalación e información; además están sujetos a normas de operación, la operación de las instalaciones de almacenaje requiere de un permiso, el cual podrá ser revocado si se violan las condiciones del mismo.

3.- CANADÁ:

La legislación ambiental se ha desarrollado orgánicamente desde fines de la década de los 60, debiendo destacarse las siguientes leyes:

Ley de Protección del Medio Ambiente: Cuyo objetivo es establecer un marco que permita apoyar el control gubernativo sobre el ciclo vital de las sustancias tóxicas, esto es, su invención, manufacturación, transporte, distribución, uso, almacenamiento y finalmente su eliminación como desecho.

Esta ley establece facultades y deberes administrativos tanto para el ministro federal del medio ambiente como para el gobierno.

Facultades del Ministro del Ambiente:

- Intervenir en el manejo de productos químicos tóxicos con el objeto de proteger la vida humana.
- Prohibir productos químicos de alto riesgo.
- Retirar de circulación artículos que contengan productos químicos manufacturados, importados o distribuidos contraviniendo la ley.
- Cerrar temporalmente una operación en caso de peligro inminente.

Deberes del Gobierno de Canadá:

- Imponer medidas de protección al medio ambiente, tanto preventivas como reparadoras.
- Considerar la protección ambiental al tomar decisiones de carácter social y económico.
- Actuar en colaboración de los gobiernos provinciales para proteger el medio ambiente.

- Promover la participación ciudadana en la toma de decisiones con repercusión ambiental e informar a la ciudadanía el estado del medio ambiente.
- Proteger el medio ambiente de la liberación de sustancias tóxicas.

Ley de Transporte de Productos Peligrosos: Esta ley tipifica como delito el transporte de productos peligrosos por una carretera federal sin cumplir con los requisitos de seguridad que esta ley exige.

El gobernador será quien determine si una sustancia es tóxica o no, incluyéndola en una lista de sustancias tóxicas y a él corresponde también dictar un reglamento referido a la concentración en que la sustancia puede ser liberada al ambiente, las condiciones bajo las cuales este producto puede ser comercializado, la cantidad de sustancia que puede liberarse al ambiente etc.

Ley de Pesca y Navegación: Esta ley prohíbe que cualquier persona *incluyendo el gobierno*, pueda depositar o permitir el depósito de sustancias contaminantes en aguas frecuentadas por peces o en cualquier lugar donde esta sustancia pueda llegar hasta un curso de agua.

La infracción a esta ley acarrea sanciones de tipo penal que pueden consistir en multas o prisión.

4.- ESPAÑA:

Esta legislación es destacable puesto que es el primer país en incorporar entre los principios rectores de la Política Social y Económica la protección del medio ambiente, en el artículo 45 de la Constitución de 1978, el que dispone: “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”

El ordenamiento jurídico español también contempla normas de rango legal tendientes a la protección del medio ambiente, pero no cabe duda que esta es la norma más importante desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado puesto que en su N°2 impone un deber a los poderes públicos de proteger el medio ambiente.

La legislación española se caracteriza por tratar de forma muy detallada la responsabilidad por daño ambiental y así, contempla tres vías por medio de las cuales los particulares perjudicados por un daño al medio ambiente pueden hacer valer sus pretensiones:

a) ***El Proceso Civil Ordinario***: Los individuos que ante un daño ambiental determinado manifiesten sufrir un perjuicio patrimonial, pueden

acudir a los tribunales civiles ordinarios a fin de obtener una reparación y la cesación de las actividades dañosas, invocando culpa contractual, extracontractual o la perturbación de las relaciones normales de vecindad.

Esta acción tiene una limitación, no puede entablarse en defensa de intereses difusos cuando no puedan probarse daños patrimoniales, o al menos morales del agraviado.

- b) **El Proceso Penal:** La legislación española otorga tutela penal al medio ambiente en el N° 3° del artículo 45 de la Constitución, y el Código Penal complementa la norma tipificando el denominado “delito ecológico” en su artículo 347 bis, el cual contempla las penas de arresto y multa para quienes: provoquen o realicen directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal o vegetal. Este tipo básico se agrava y por consiguiente aumenta la pena tratándose de industrias que: 1. Funcionen clandestinamente (sin autorización administrativa), 2. Hubiesen desobedecido las órdenes de la autoridad administrativa de corregir o suspender la actividad contaminante, 3. Aporten información falsa. Sin perjuicio de la sanción penal, la norma contempla la posibilidad de aplicar una sanción administrativa, la clausura temporal o definitiva del establecimiento.

- c) *El Proceso Contencioso Administrativo*: Los particulares afectados por daño ambiental pueden demandar a la administración:
- Para que la jurisdicción revise y eventualmente anule las medidas medioambientales adoptadas,
 - Con el objeto de emplazarla a actuar más enérgicamente en la defensa del medio ambiente,
 - O para que responda de los perjuicios causados por sus actos.

LEGITIMACIÓN ACTIVA: La ley española exige un interés directo y concreto en la anulación del acto dañoso, pudiendo ser éste de carácter moral o material, no necesariamente económico, el interés exigido por tanto, se configura de manera bastante amplia y es por tanto aceptable un interés de carácter ambiental, toda vez que el daño al medio ambiente provoca consecuencias en la salud, en la tranquilidad y sosiego del agraviado. Aún más, la ley permite que tengan legitimación activa personas jurídicas asociativas, que representen a los intereses afectados, es el caso por ejemplo de una asociación de pescadores o una comunidad de regantes.

Sin embargo, tratándose del reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el reestablecimiento de la misma, sólo está legitimado el titular del derecho infringido y no un ente asociativo.

EL ACTO IMPUGNADO: El proceso contencioso administrativo español se caracteriza por ser un proceso abierto al acto, sin embargo, en materia ambiental surge un problema al respecto puesto que la actuación en

este ámbito se manifiesta no sólo a través de actos jurídicos sino también de actos materiales; es más cobra relevancia la pasividad y tolerancia de la administración frente al contaminador.

La jurisdicción administrativa en estos casos se agota en la revisión formal de los actos de la administración y sólo por la vía interpretativa del silencio puede controlar las omisiones en el actuar de la administración; no obstante lo cual, la jurisprudencia contencioso administrativa ha sostenido que “la administración no puede tolerar el mantenimiento de actividades clandestinas que perturben el ambiente y perjudiquen a terceros, que incumplan las condiciones de la licencia o violen las normas que establecen niveles de emisión” ³¹(sentencias de 29 de Noviembre de 1954 y 28 de Junio de 1955), es por ello que en opinión de Ramón Martín Mateo, quien cita estas sentencias, los obstáculos administrativos pueden superarse.

RESPONSABILIDAD: Los particulares pueden reclamar de la administración el resarcimiento de los daños causados por sus actos; caso en el cual nos encontramos ante una responsabilidad objetiva de la administración, verbigracia, daños causados por los ruidos emitidos por un aeropuerto, contaminación de las aguas por vertidos de redes de saneamiento municipales.

³¹ MARTÍN M., ob. cit., pág. 132.

5.- ARGENTINA:

La Constitución Argentina, reformada en 1994, reconoce el Derecho a la protección del medio ambiente y el deber de todo ciudadano de cuidar del mismo. Esta norma contempla tanto acciones preventivas como resarcitorias del daño efectivamente producido, el sistema es bastante particular ya que tiene por objeto la reposición en especie y sólo si eso no es posible, el resarcimiento compensatorio; además de lo anterior reconoce una amplia legitimación activa para interponer acción de amparo de los derechos que protegen el ambiente, pudiendo ejercer esta acción, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que defiendan estos fines. La norma fundamental también es destacable puesto que en su artículo 41 emplea el término “*desarrollo sostenible*”, es decir, un modelo de crecimiento que satisface las necesidades de la generación actual sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

A nivel legal, las normas ambientales se encontraban diseminadas en diferentes cuerpos legales, existiendo numerosas lagunas y discusiones acerca de cual es la norma aplicable. Esta situación se ha visto paliada en parte, con la dictación de la Ley General del Ambiente, N° 25.675, promulgada el 27/11/02.

Ley General del Ambiente: Uno de los principales problemas en materia de responsabilidad por daño ambiental es la prueba del daño, sin embargo, esta ley busca garantizar el acceso a la justicia ambiental y es por ello que los jueces deben utilizar todo aquel medio probatorio que

legítimamente pueda constituir una prueba, o incluso un indicio del daño ambiental, con mayor rigor si lo que se pretende es su prevención.

RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD:

La ley 25.675 define en su artículo 27 el daño ambiental como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”; en consecuencia la acción contaminante es antijurídica por infringir la Constitución, tratados internacionales y leyes nacionales, generando la obligación de recomponer el medio ambiente dañado, es por ello que la acción de reparación busca la devolución de las cosas al estado anterior al daño y sólo supletoriamente un monto indemnizatorio proporcional al daño causado.

De hecho, el artículo 4 de esta ley recoge el principio “contaminador–pagador”, vale decir, hace soportar a los responsables del daño el costo necesario para reparar el deterioro ambiental; quien crea el riesgo debe soportarlo.

Esta ley reconoce un factor objetivo de atribución de la responsabilidad en su artículo 29 al disponer que “la exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no deba responder”, aún “cuando mediare autorización administrativa”.

Se establece la responsabilidad colectiva y solidaria, ya que en el evento de haber varios causantes o de no ser posible determinar la participación de cada uno de ellos, todos serán responsables solidariamente. Dicha responsabilidad se extenderá tratándose de la responsabilidad de personas jurídicas a sus autoridades y profesionales.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:

La Constitución Argentina, en su artículo 41 establece la obligación de las autoridades (entre las que se encuentra el Estado y sus organismos) de proteger el *derecho a vivir en un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y la preservación del patrimonio natural*. Este deber genérico implica que la omisión de actos que prevengan o eviten daños genera el deber de repararlos, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios por incumplimiento de deberes.

Esta materia guarda íntima relación con la “eficiencia en la función administrativa”, ya que un actuar eficaz de las autoridades implica la adopción de medidas preventivas o paliativas del daño ambiental, pero en ningún caso la omisión en el actuar.

La obligación de proteger el ambiente se extiende también a los particulares, especialmente cuando éstos, mediante el sistema de las concesiones prestan servicios públicos, y así lo ha entendido la justicia argentina conociendo de ciertos casos en que se ha omitido esta obligación de seguridad puesto que ha atribuido responsabilidad tanto al Estado como a las concesionarias.

4) CHILE

En este acápite del trabajo me interesa hacer mención a las normas en que se fundamenta la responsabilidad del Estado, pero ya no en sentido amplio, sino que limitado al daño ambiental, al respecto mencionaré los tratados internacionales suscritos por Chile, que le imponen obligaciones de tipo ambiental y la normativa interna pertinente.

A) TRATADOS INTERNACIONALES:

1.- DECLARACIÓN DE ESTOCOLMO:

Esta declaración es fruto de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, la cual se lleva a cabo en 1972 y reviste importancia puesto que coloca la preocupación por el medio ambiente en la agenda de los gobiernos. Cabe destacar los siguientes principios:

- *Principios 6, 15 y 18:* Estos principios se refieren a diversos aspectos relacionados con la prevención del daño ambiental o de la contaminación.
- *Principio 7:* “Los Estados deberán tomar las medidas posibles para impedir la contaminación de los mares por sustancias que puedan poner en peligro la salud del hombre, dañar los recursos vivos y la vida marina, menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer otras utilizaciones legítimas del mar”.
- *Principio 21:* De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de

asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen el medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

- *Principio 24:* ...Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio ambiente, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados.

2.- DECLARACIÓN DE RÍO:

Aunque no es propiamente un tratado internacional, sino más bien un documento internacional consensuado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, el 5 de Junio de 1992. Contiene un conjunto de principios de los cuales destaco los siguientes puesto que establecen ciertos deberes a los estados en materia de responsabilidad medio ambiental.

- *Principio 2:* ... Los Estados tienen el Derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus políticas ambientales de desarrollo y la *responsabilidad* de garantizar que las actividades realizadas en su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de regiones que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

- *Principio 13:* Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la *responsabilidad* y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar de manera más decidida para elaborar nuevas leyes internacionales relativas a la *responsabilidad* y la indemnización por los efectos negativos de los daños ambientales....
- *Principio 15:* 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 e irreversible, la falta de una 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.
- *Principio 16:* Las autoridades nacionales deberán procurar asegurar 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....

3.- EL TRATADO ANTÁRTICO:

Fue firmado en Washington en Diciembre de 1959, ratificado por Chile en Junio de 1961 y entró en vigencia el 2 de Diciembre de 1961.

Si bien este tratado tuvo por objeto regular las pretensiones de soberanía de diversos países sobre este territorio comprende el principio de protección al medio ambiente en su artículo X: Compromiso de los Estados de no realizar actividades contrarias a los propósitos y principios de este tratado.

PROTOCOLO AL TRATADO ANTÁRTICO SOBRE PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE:

Atendida la escasa regulación de la materia medioambiental en el tratado antártico, el 4 de Octubre de 1991 se adopta el texto definitivo de este protocolo cuya redacción había comenzado en 1988.

Su objetivo principal es reafirmar el status de la antártica como un área especial de conservación y proteger el ambiente antártico y sus ecosistemas.

Cabe destacar, dentro de su texto principal, los siguientes artículos:

- *Artículo 3:* El cual dispone que las actividades que se vayan a ejecutar en este territorio sean planificadas y realizadas de modo tal que se limiten o eviten impactos perjudiciales sobre el medio ambiente. Consagra entonces, el principio de prevención.
- *Artículo 16:* Impone como deber a los Estados partes el elaborar normas y procedimientos relacionados con la responsabilidad derivada de daños provocados por actividades que se desarrollen en el área del tratado.

Además de su texto principal el protocolo se compone de un apéndice y 5 anexos, debiendo mencionar por su importancia:

- *Anexo III:* Este anexo trata sobre eliminación y tratamiento de los residuos, estableciendo obligaciones para los generadores de residuos que consagran el principio de “contaminador pagador”. El artículo 1 se refiere a la obligación del generador de reducir los residuos; el artículo 2, en tanto, enumera los residuos que deben ser removidos a costa de sus generadores; el artículo 5 determina ciertas obligaciones que deben cumplirse para que el vertimiento al mar de aguas residuales y residuos líquidos domésticos no afecte al medio ambiente marítimo local y el artículo 8, establece que cada Estado parte, deberá elaborar planes de tratamiento de residuos y un inventario de los emplazamientos en donde se generen tales residuos.
- *Anexo IV:* Su articulado trata específicamente la prevención de la contaminación marina, debiendo destacarse el artículo 8, el cual dispone que “en la aplicación de este anexo se prestará debida consideración a la necesidad de evitar los efectos perjudiciales en los ecosistemas dependientes y asociados fuera del área del Tratado Antártico”. El artículo citado reviste importancia ya que consagra la responsabilidad ambiental de los Estados partes más allá de su respectiva jurisdicción.

4.- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE LUCHA CONTRA LA DESERTIFICACIÓN EN LOS PAÍSES AFECTADOS POR SEQUÍA GRAVE O DESERTIFICACIÓN, EN PARTICULAR EN ÁFRICA.

Esta convención no es el primer intento de luchar a nivel mundial contra la desertificación, sin embargo, se destaca porque impone la obligación de aplicarla a los países que adhieran a ella. Es más, cabe destacar a esta convención con respecto a los tratados internacionales referidos al medio ambiente en general, puesto que impone a los Estados partes obligaciones concretas.

El objetivo de este tratado, combatir la desertificación y mitigar los efectos de la sequía en países en que estos problemas constituyen una grave crisis, como en los del continente africano, impone a los Estados parte una serie de obligaciones:

- a) Priorizar la lucha contra la desertificación y la mitigación de los efectos de la sequía, asignando a estas tareas los recursos suficientes.
- b) Elaborar planes o políticas de desarrollo tendientes a luchar contra la desertificación y los efectos de la sequía.
- c) Atacar las causas de la desertificación.
- d) Crear conciencia sobre este problema.
- e) Fortalecer la legislación existente o en su caso crear nuevas leyes que regulen estos temas.

Este tratado consta de 40 artículos y cuatro anexos regionales, referidos a su aplicación en África, América Latina y el Caribe, Asia y el Mediterráneo Norte.

Cabe destacar los siguientes artículos:

- *Artículo 5:* Impone como obligación a los Estados partes afectados el establecer estrategias y prioridades en el marco de sus planes y políticas nacionales de desarrollo sostenible para luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía.

- *Artículo 9:* Esta norma establece programas de acción para luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía:
 - Nº 2 letra a) Estos programas deben incluir estrategias a largo plazo; letra c) Se priorizará la aplicación de medidas preventivas sobre tierras aún no degradadas.
 - Nº 3 propone medidas para mitigar los efectos de la sequía, tales como:
 - Establecer sistemas de alerta temprana.
 - Reforzar planes para hacer frente a las contingencias de sequía.
 - Establecer sistemas de seguridad alimentaria.

- *Preámbulo de la Convención:* Este tratado reafirma el principio Nº 2 de la Declaración de Río y establece que “los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos con arreglo a sus políticas de medio ambiente y la responsabilidad de garantizar que las actividades realizadas bajo su jurisdicción o control no causen perjuicios al medio ambiente de otros Estados o zonas situadas más allá de sus límites jurisdiccionales”.

5.- CONVENCION RELATIVA A LOS HUMEDALES DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL ESPECIALMENTE COMO HABITAT DE AVES ACUATICAS

Este tratado también es conocido como “Convención sobre Humedales” o “Convención de Ramsar”, esta última denominación se le ha dado atendido que se aprobó en la ciudad iraní de Ramsar.

Su objetivo es conservar los humedales y promover el uso racional de los mismos, todo ello para proporcionar hábitat a poblaciones de aves acuáticas.

La convención define a los humedales como las extensiones de marismas, pantanos y turberas o superficies cubiertas de agua, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda en 6 metros.

Los compromisos que asumen los Estados partes son:

- a) Designar por lo menos un humedal que responda a los criterios de Ramsar para su inclusión en la Lista de Humedales de Importancia Internacional, y asegurar el mantenimiento de las condiciones ecológicas de cada sitio de la Lista.

Chile ha incorporado 7 sitios al listado Ramsar: Salar de Surire (Tarapacá), Salar de Huasco (Antofagasta), Salar de Tara (Antofagasta), Sistema hidrológico de Soncor (Antofagasta), Complejo lacustre Laguna Negro Francisco y Laguna Santa Rosa (Atacama), Humedal El Yali (Valparaíso), Santuario de la Naturaleza “Carlos Anwandter” (Valdivia).

- b) Promover un uso racional de los humedales.

- c) Crear reservas que incluyan a los humedales y promover la investigación, gestión y custodia de los humedales.

6.- CONVENCIÓN SOBRE EL COMERCIO INTERNACIONAL DE ESPECIES AMENAZADAS DE FAUNA Y FLORA SILVESTRE (CITES).

Esta convención se conoce como CITES, que corresponde a la sigla del nombre en inglés del acuerdo.

El objetivo de este acuerdo fue detener el deterioro de la fauna y flora silvestres producido por la explotación y el transporte internacional de las especies, regulando el comercio de especímenes vivos como de sus derivados y subproductos, sus pieles por ejemplo.

Los Estados partes de esta convención tienen la obligación de impedir el transporte y comercio de las siguientes especies:

- a) Especies vegetales y animales amenazadas que son o pueden ser afectadas por el comercio. Su exportación y o importación con fines comerciales está prohibida a menos que provengan de criaderos inscritos en la Secretaría de la Convención.
Las especies chilenas incluidas en esta clasificación son el alerce de la Cordillera de los Andes, la araucaria, el ciprés de las Guaitecas, la vicuña, el huemul, el pudú y el cóndor.
- b) Especies que sin estar en peligro, su comercio debe ser regulado para evitar que se vean amenazadas. Su exportación y o importación con fines comerciales está permitida si los ejemplares han sido obtenidos legalmente en su país de origen.

Las especies chilenas comprendidas en esta categoría son el alerce de la Cordillera de la Costa, la madera de araucaria, cactáceas, el cisne de cuello negro, el zorro gris y el zorro culpeo.

- c) Especies incorporadas por los Estados a la convención para solicitar apoyo internacional en el control de su comercio; deben existir en el país que la incorpora y deben estar protegidas legalmente en dicha nación. Su importación y o exportación con fines comerciales se permite si los ejemplares han sido obtenidos legalmente en su país de origen.

Cabe destacar el *artículo VIII N° 1*: “Las partes adoptarán las medidas apropiadas para velar por el cumplimiento de sus disposiciones y para prohibir el comercio de especímenes en violación de las mismas”.

7.- CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LA FLORA, LA FAUNA Y LAS BELLEZAS ESCÉNICAS NATURALES DE AMÉRICA.

Esta convención también se conoce como “Convención de Washington”, atendido que allí fue suscrita el 12 de Octubre de 1940.

Su objetivo es la protección y conservación en su medio ambiente natural de ejemplares de todas las especies y géneros de fauna y floras nativas y la protección y conservación de paisajes de gran belleza, formaciones geológicas extraordinarias y lugares de interés estético, histórico o científico.

Cabe destacar dentro de su articulado:

- *Artículo II N° 1:* El cual establece que los Estados partes estudiarán la posibilidad de crear dentro de su territorio parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales y reservas de regiones vírgenes. Si alguno de los Estados parte no pudiera crear estas áreas protegidas de deberán seleccionar a la brevedad los sitios, objetos o especies que se transformarán en tales áreas tan pronto como lo permitan las condiciones.
- *Artículo III:* Consagra una importante limitación para los Estados contratantes en su inciso 1°, no podrán alterar los límites de los parques nacionales ni enajenar parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente, tampoco podrán explotar las riquezas existentes en ellos con fines comerciales. El inciso 2° en tanto, dispone que los Estados partes convienen en prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepcionalmente se autorizará si lo hacen las autoridades del parque o por orden o bajo vigilancia de ellas, o con fines científicos.
- *Artículo VII:* Esta disposición se refiere a las aves migratorias y prescribe que los gobiernos contratantes adoptarán las medidas apropiadas para su protección, o para evitar la extinción que amenace a una especie determinada. Además de lo anterior se

adoptarán medidas que permitan, hasta donde los respectivos gobiernos lo crean conveniente, utilizar racionalmente las aves migratorias.

- *Artículo VIII:* Las especies incluidas en el Anexo de esta convención merecen protección de urgencia e importancia especial y sólo las autoridades competentes del respectivo Estado podrán autorizar la caza, la matanza, captura o recolección de dichas especies; dichos permisos se concederán cuando sean necesarios para la realización de estudios científicos o cuando sean indispensables en la administración de la región en que la especie se encuentra.

- *Artículo IX:* Los Estados partes adoptarán las medidas necesarias para vigilar y reglamentar las importaciones, exportaciones y tránsito de especies protegidas mediante dos vías:
 - Concesión de certificados que autoricen la exportación o tránsito de dichas especies o de sus productos.
 - Prohibir la importación de cualquier ejemplar de flora o fauna, protegido en el país de origen si no está acompañado de un certificado que autorice su exportación.

8.- CONVENIO DE BASILEA SOBRE EL CONTROL DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE LOS DESECHOS PELIGROSOS Y SU ELIMINACIÓN.

Este convenio regula “el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos”, es decir, todo movimiento de desechos peligrosos u otros desechos procedente de una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y destinado a una zona sometida a la jurisdicción de otro Estado o de ninguno.

Consagra tres reglas en materia de movimiento transfronterizo de desechos peligrosos:

- El consentimiento informado previo del país destinatario del transporte.
- La no discriminación entre Estados.
- La prohibición de exportación tanto a los Estados que no han prestado su consentimiento como a los que no son parte en el convenio.

Principales disposiciones:

- *Párrafo 6 del Preámbulo:* Todo Estado tiene el derecho soberano de prohibir la entrada o la eliminación de desechos peligrosos ajenos en su territorio.
- *Párrafo 9 del Preámbulo:* “Teniendo presente que los movimientos transfronterizos de desechos desde el Estado en que se hayan generado hasta cualquier otro Estado deben permitirse solamente cuando se realicen en condiciones que no representen peligro

para la salud humana y el medio ambiente, y en condiciones que se ajusten a lo dispuesto en el presente convenio”.

Este convenio consagra el deber de los Estados de evitar que las actividades ejercidas en su jurisdicción causen perjuicio al medio ambiente de otros Estados.

- *Artículo 4:* Este artículo establece en su N° 1 que todo Estado parte tiene el derecho soberano de prohibir la importación de desechos peligrosos y la *obligación recíproca de prohibir la exportación a dichos países*. El N° 2 del mismo artículo faculta al Estado parte a prohibir la exportación si cree que los desechos no serán manejados sin causar daño al medio ambiente del Estado importador. El N° 7 establece condiciones de embalaje, etiquetado y transporte, exigiendo en la letra c) que los desechos vayan acompañados de un documento sobre el movimiento transfronterizo desde el punto en que se inicie hasta el punto en que se eliminen; el N° 9, en tanto, consagra la excepcionalidad de estas operaciones, instando a las partes a permitir las sólo en determinadas condiciones, como la falta de servicios, capacidad técnica o lugares de disposición o para el uso de los desechos como materias primas para la industria del reciclado o recuperación en el Estado importador.
- *Artículo 10:* Esta norma establece las obligaciones de los Estados partes para cooperar entre sí en la mejora o manejo

ambientalmente racional de los desechos. Estas obligaciones se enumeran en el N° 2 de este artículo:

- Letra a): Proporcionar información para promover el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos y armonizar las normas y prácticas técnicas.
- Letra b): Vigilar los efectos del manejo de los desechos peligrosos sobre la salud y el medio ambiente.
- Letra c): Desarrollar y aplicar nuevas tecnologías.
- Letra d) Transferir tecnologías y sistemas de administración y desarrollar la capacidad técnica entre las partes.
- Letra e): Elaborar directrices técnicas o códigos de práctica apropiados.

EL PROTOCOLO SOBRE RESPONSABILIDAD Y COMPENSACIÓN DE DAÑOS RESULTANTES DEL MOVIMIENTO TRANSFRONTERIZO DE RESIDUOS PELIGROSOS Y DE SU DISPOSICIÓN.

Este Protocolo se adopta el 10 de Diciembre de 1999.

Se establece un régimen global de responsabilidad e indemnización pronta y adecuada por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos y su eliminación, incluido el tráfico ilícito de esos desechos. El Protocolo señala al responsable económicamente, ante el evento de un accidente en cualquiera de las etapas de un movimiento transfronterizo.

Artículos destacados:

- *Artículo 2:* Consagra el principio “contaminador pagador”, al establecer un sistema de responsabilidad objetiva que obliga al exportador o generador del desecho a responder por los daños causados por el movimiento de los residuos que él genera, incluyendo en este costo las medidas de restablecimiento del medio ambiente y el costo de las medidas preventivas con ciertas limitaciones.
- *Artículo 4:* Precepto que consagra el principio conocido como “principio de la responsabilidad de la cuna a la tumba”: El Estado que notifica un movimiento transfronterizo de conformidad con el Convenio, será responsable por daños hasta que el Estado eliminador haya tomado posesión de los desechos; recién en ese momento el eliminador se hace responsable de los daños.

9.- EL CONVENIO DE VIENA PARA LA PROTECCIÓN DE LA CAPA DE OZONO Y EL PROTOCOLO DE MONTREAL RELATIVO A LAS SUSTANCIAS AGOTADORAS DE LA CAPA DE OZONO.

1.- El Convenio de Viena:

Este Convenio fue aprobado en Austria el 22 de Marzo de 1985, y tiene por objeto proteger la capa de ozono, establecer un marco para la acción y generar un órgano de cooperación permanente. Sin embargo, no establece obligaciones concretas a los Estados partes, señala más bien obligaciones generales, tales como:

- Cooperar entre ellos mediante observaciones, investigación e intercambio de información sobre las causas humanas y efectos de la modificación de la capa de ozono.
- Adoptar medidas y cooperar para controlar, limitar, reducir o prevenir las actividades humanas cuyos efectos adversos en la capa de ozono se prueben.
- Cooperar en la aplicación del Convenio y sus Protocolos.

2.- El Protocolo de Montreal:

En Septiembre de 1987 se adopta este Protocolo, atendida la insuficiencia del Convenio de Viena en la prevención del deterioro de la capa de ozono.

Su objetivo es reducir y suprimir en el mundo entero la producción, consumo y comercio de las sustancias químicas que pueden modificar las propiedades químicas y físicas de la capa de ozono, sustancias que se denominan con la sigla SAO. Para cumplir este objetivo el Protocolo utiliza las siguientes medidas:

- a) Reglamenta la producción y el consumo de SAO estableciendo calendarios de eliminación progresiva de su producción y consumo. Cabe hacer notar que la mayoría de las SAO más nocivas fueron eliminadas en 1996 por los países desarrollados y serán eliminadas hasta el 2010 por los países en desarrollo.
- b) Establece restricciones al comercio internacional:

- Regula el intercambio de las sustancias que el Protocolo define como “controladas”, prohibiendo su importación y exportación entre Estados partes y no partes.
 - Regula el intercambio de productos que contengan sustancias controladas.
 - Compromete a los Estados partes a desalentar la exportación, a cualquier Estado no parte, de tecnología para la producción y la utilización de sustancias controladas.
 - Los Estados partes deben exigir una licencia a todas las importaciones o exportaciones de sustancias controladas.
 - Prohibir la exportación de sustancias bajo la forma de reciclada, reutilizada o recuperada.
- c) Crea un mecanismo de Asistencia técnica y financiera entre los Estados partes y un procedimiento de no-cumplimiento a cargo de un Comité de Aplicación que acoge las reservas de las partes sobre la aplicación del Protocolo por otras naciones pudiendo intentar soluciones amistosas.

B) NORMATIVA INTERNA:

1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO:

Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas” N° 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”.

Análisis de la norma:

- La Constitución no consagra el Derecho a vivir en un medio ambiente exento de toda contaminación; lo que ella asegura es sólo el Derecho a vivir en un ambiente libre de aquella contaminación que sea nociva para la vida o para la salud del hombre, como asimismo dañina para el ecosistema en que él desenvuelve normalmente su existencia. Hay, por ende, conductas que contaminan y que, sin embargo, no infringen el Derecho asegurado por la Constitución. Esta situación tiene lugar cuando una conducta legítima, como por ejemplo la actividad minera y los procesos industriales vinculados a ella, provoca como secuela impurezas contaminantes imposibles de prevenir o eliminar por entero, a pesar de la diligencia y cuidado aplicados para ello.
- El legislador en esta norma no consagró solamente un derecho sino también un deber u obligación para el Estado, consistente en defender y garantizar que las personas puedan libremente ejercer el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y

para ello debe elaborar una política tendiente a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro.

- Es deber del Estado tutelar la preservación de la naturaleza, es decir, asegurar la mantención de las condiciones que posibilitan la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país.
- La Constitución faculta al legislador para dictar leyes que restrinjan el ejercicio de determinados derechos o libertades con el objeto de proteger al medio ambiente.

Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas” **N° 24 inciso 1°** “El Derecho de Propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”. El **inciso 2°**, en su parte pertinente dispone: “Sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que derivan de la función social de la propiedad; ésta comprende:

- Los Intereses Generales de la Nación
- La Seguridad Nacional
- La Utilidad y la Salubridad Públicas
- *La Conservación del Patrimonio Ambiental*”

La Constitución entonces garantiza el Derecho de Propiedad en todas sus formas, pero reconoce que éste tiene limitaciones que derivan de *la función social de la propiedad*, y una de estas limitaciones es la conservación del patrimonio ambiental; es por ello que algunos autores se refieren a esta materia como la función ambiental de la propiedad.

Esta norma, asegura la efectividad del artículo 19 N° 8 al contemplar la limitación del Derecho de Propiedad con un fin de protección ambiental. El **inciso 6°** señala en lo pertinente: “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas.... Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración la explotación y el beneficio de dichas minas”.

Esta norma tiene gran importancia puesto que limita la explotación por parte de los particulares de los yacimientos mineralógicos, actividad potencialmente riesgosa para el medio ambiente, sujetándolos al sistema de la concesión.

El **inciso final**, en tanto, dispone: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. La Constitución asimila el derecho de aprovechamiento de las aguas con una especie de Derecho de Propiedad.

Artículo 20 inciso 2°: Esta norma contempla el recurso de protección medioambiental, al cual hice mención al referirme a las funciones del Estado en materia ambiental.

2.- CÓDIGO CIVIL:

Como expuse en el capítulo anterior, la responsabilidad del Estado por daño ambiental se rige por las normas sobre responsabilidad civil, y así, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado es aplicable, por regla general, el título XXV del libro IV del Código Civil, debiendo destacarse el artículo 2314:

Artículo 2314: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

Este es el artículo que sirve de base a la responsabilidad extracontractual y contempla un principio “todo el que produce daño a otro debe repararlo”. Este artículo es aplicable al Estado por cuanto es una persona jurídica.

No obstante lo anterior, algunos autores sostienen que el artículo aplicable al Estado en materia de responsabilidad es el 2320 del Código Civil, el cual dispone en su inciso primero “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado”. Estos autores parten de la base que el Estado es responsable por la persona que realiza la acción dañosa, esto es, el funcionario público y es por ello que sindicaron a este artículo como la base del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado.

3.- CÓDIGO SANITARIO:

Este Código establece ciertos deberes sanitarios que tienen como finalidad la protección del medio ambiente, los que deben ser cumplidos por ciertos órganos del Estado.

En su artículo 11 establece algunas obligaciones para las

Municipalidades:

1. Proveer a la limpieza de sitios públicos, de tránsito y de recreo.
2. Recolectar, transportar, y eliminar por métodos adecuados, a juicio del Servicio Nacional de Salud, las basuras, residuos y desperdicios que se depositen o produzcan en la vía pública.
3. Velar por el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad establecidas en la Ordenanza General de Construcciones y Urbanización.
4. Reglamentar y controlar las condiciones de limpieza y conservación exterior de casas, fábricas, edificios y otros locales públicos y particulares.
5. Proveer a las condiciones de limpieza y conservación de los canales, acequias y bebederos.

Este Código contiene también normas que confieren atribuciones al **Servicio de Salud**, en materia sanitaria.

Corresponde al SERVICIO NACIONAL DE SALUD:

- Velar porque se eliminen o controlen todos los factores, elementos o agentes del medio ambiente que afecten la salud, la seguridad y el bienestar de los habitantes.

- Autorizar la instalación y vigilar el funcionamiento de todo lugar destinado a la acumulación, manejo o disposición final de basuras o desperdicios de cualquier clase. El Servicio debe fijar las condiciones de operación de dichos lugares y de los vehículos que transportan los desperdicios.
- Autorizar, en conjunto con las Municipalidades la instalación, ampliación, o traslado de una industria.
- Disponer el traslado de industrias o depósitos de materiales que representen un peligro para la salud, seguridad y bienestar de la población.

Corresponde al SERVICIO DE SALUD respectivo:

- Aprobar los proyectos de construcción, reparación, modificación y ampliación de toda obra destinada a la evacuación, tratamiento o disposición final de residuos mineros y aguas servidas.
- Supervigilar las plantas depuradoras de aguas servidas y residuos industriales, y aplicar sanciones en el evento de comisión de infracciones.
- Calificar los peligros, daños o molestias que pueda causar todo contaminante liberado a la atmósfera; especificar las obras, instalaciones o medidas necesarias para evitar el peligro o daño que pueda causar; fijar la concentración máxima permitida de un determinado contaminante.
- Autorizar el funcionamiento de instalaciones radioactivas y de los equipos generadores de radiaciones ionizantes.

4.- NORMAS SOBRE CONTAMINACIÓN ACUÁTICA:

1) Ley de Navegación, N° 2222:

La ley de Navegación dedica el título IX a la contaminación, asignando competencia a la **Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante** (DIRECTEMAR), para fiscalizar el cumplimiento de las normas tendientes a evitar la contaminación de las aguas, la cual cumple su función a través de órganos ejecutores dependientes: los Gobernadores Marítimos, Capitanes de Puerto y Alcaldes de Mar, en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales. En efecto, el artículo 142 inciso 2° establece como obligaciones de este organismo:

- Fiscalizar, aplicar y hacer cumplir todas las normas, nacionales e internacionales, presentes u futuras, sobre preservación del medio ambiente marino, y sancionar su contravención.
- Velar por el cumplimiento del Convenio Internacional para prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos y el Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias.
- Cumplir las obligaciones y ejercer las atribuciones asignadas al país contratante en los convenios citados.

2) Reglamento para el Control de la Contaminación Acuática:

Tiene por finalidad establecer el régimen de prevención, vigilancia y combate de la contaminación en las aguas de mar, ríos y lagos sometidos a la jurisdicción nacional.

En su título IV se refiere a las fuentes terrestres de contaminación, confiriendo competencia a la DIRECTEMAR para autorizar la descarga a las aguas de jurisdicción nacional de materias, energías o sustancias nocivas o peligrosas de cualquier especie que provengan de establecimientos, faenas o actividades, previo tratamiento de las mismas que aseguren su inocuidad como factor de contaminación de las aguas.

5.- LEGISLACIÓN PROTECTORA DE LA FAUNA.

1) Ley General de Pesca y Acuicultura, N° 18.892:

Esta ley trata diversas materias referidas a la actividad pesquera, verbigracia, las medidas adoptadas por la autoridad para proteger el desarrollo de la pesca, la subsistencia del recurso hidrobiológico y las sanciones aplicables a quienes violen la normativa pesquera.

La Ley confiere órganos estatales ciertas atribuciones para adoptar prohibiciones o medidas de administración pesquera tendientes a preservar los recursos hidrobiológicos.

El artículo 3 de la Ley, confiere competencia al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción para:

- a) Establecer vedas biológicas de una especie en un área determinada.
- b) Prohibir la captura temporal o permanente de especies protegidas por tratados internacionales.
- c) Fijar cuotas anuales de captura por especie en un área determinada.
- d) Declarar áreas específicas y delimitadas como Parques Marinos.
- e) Fijar porcentaje de desembarque de especies como fauna acompañante.

El artículo 4, en tanto, señala que la Subsecretaría de Pesca puede:

- a) Fijar tamaños mínimos de extracción por especies en áreas determinadas y sus márgenes de tolerancia.

- b) Fijar las dimensiones y características de los artes y aparejos de pesca.

El artículo 6 dispone que: “En el evento de fenómenos oceanográficos, en un área o pesquería determinada, podrá excepcionalmente, por decreto supremo fundado del Ministerio, previo informe técnico de la Subsecretaría, establecerse vedas extraordinarias o prohibiciones de captura, referidas a áreas específicas”.

2) Ley de Caza, N° 19.473:

Cabe destacar los siguientes artículos:

- *Artículo 3:* Este artículo prohíbe en el territorio nacional la caza o captura de ejemplares de la fauna silvestre catalogados como especies en peligro de extinción, vulnerables, raras y escasamente conocidas; de especies catalogadas como beneficiosas para la actividad silvoagropecuaria o para la mantención del equilibrio de los ecosistemas naturales o que presenten densidades poblacionales reducidas. El reglamento de la ley de caza determinará la nómina de tales especies.
- *Artículo 4:* El Presidente de la República podrá prohibir temporalmente la caza o captura en determinadas áreas o sectores del territorio nacional en cumplimiento de tratados internacionales, cuando se produzcan situaciones catastróficas que afecten la fauna silvestre o pueda producirse daño ambiental.

- *Artículo 25:* El cual exige autorización previa del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), para introducir al territorio nacional “ejemplares vivos de especies exóticas de la fauna silvestre, semen, embriones, huevos para incubar y larvas que puedan perturbar el equilibrio ecológico y la conservación del patrimonio ambiental”.
- *Artículo 28:* “Corresponderá al SAG fiscalizar el cumplimiento de esta ley y su reglamento”.

El reglamento de esta ley, en tanto, exige una autorización previa del SERNAP para la captura de ciertos animales de fauna silvestre sea que habiten un medio terrestre o acuático; tales como, pingüinos, lobos marinos, focas, elefantes marinos y nutrias.

6.- LEGISLACIÓN FORESTAL

En esta materia la regulación es dispersa y llena de lagunas, es por ello que agruparé las leyes pertinentes bajo esta denominación, vale decir aquellas que imponen deberes de preservación de los bosques al Estado y haré mención a la legislación de fomento forestal.

1) Ley de Bosques:

Con esta denominación se conoce al D.S. 4363 de 1931, del Ministerio de Tierras y Colonización, del cual cabe destacar:

- *Artículo 10*: El cual faculta al Presidente de la República para establecer reservas de bosques y parques nacionales de turismo, con el objeto de regularizar el comercio de madera, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje. La particularidad de la norma es que estas categorías pueden establecerse no sólo sobre terrenos fiscales sino también en terrenos particulares que se adquieran por compra o *expropiación*. Los artículos 1 y 8 de la Ley declaran de utilidad pública los terrenos de aptitud preferentemente forestal.

2) DL 1939, de 1977:

El cual establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, destacándose las siguientes:

- *Artículo 15*: El cual dispone que las reservas forestales, parques nacionales y terrenos fiscales cuya ocupación y trabajo comprometa el equilibrio ecológico, sólo podrán destinarse o concederse en uso a organismos del Estados o a corporaciones o

fundaciones cuyos fines sean la conservación y protección del medio ambiente.

- *Artículo 21:* Esta norma faculta al Ministerio de la Bienes Nacionales para declarar Reservas Forestales o Parques Nacionales a los terrenos fiscales que sean necesarios para “el cuidado o protección de bosques y medio ambiente, la preservación de especies animales y vegetales y, en general, la defensa del equilibrio ecológico”.

3) Ley 18.378 de 1974:

Este cuerpo normativo crea las denominadas Áreas de protección.

- *Artículo 3:* Faculta al Presidente de la República para crear Distritos de Conservación de Suelos, Bosques y Aguas, en aquellas áreas erosionadas o en inminente riesgo de erosión.
- *Artículo 4:* Faculta al Presidente de la Republica para que previo informe del Servicio Nacional de Turismo decrete, a través del Ministerio de Agricultura, y cuando así lo requiera la conservación de la riqueza turística Áreas de Protección, en las cuales se prohíbe la tala de árboles situados:
 - Hasta a 100 mts. De las carreteras públicas y de las orillas de ríos y lagos que sean bienes nacionales de uso público.
 - En Quebradas o áreas no susceptibles de aprovechamiento agrícola o ganadero.

4) Ley de Monumentos Nacionales, N° 17.288:

Esta Ley data de 1970 y cobra relevancia al establecer una categoría de manejo denominada “Santuario de la Naturaleza”, en su artículo 31.

Corresponde al Consejo de Monumentos nacionales, organismo dependiente del Ministerio de Educación, la declaración como Santuario de un sitio terrestre o marítimo que ofrezca posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología o que posean formaciones naturales cuya conservación sea de interés para la ciencia o el Estado. Esta declaración impide, salvo autorización previa del Consejo, realizar en él cualquier actividad que altere su estado natural.

5) Estatuto de Fomento Forestal, D.L. 701, de 1974:

La autoridad chilena ha impulsado una política tendiente a fomentar el desarrollo forestal estableciendo subsidios y franquicias tributarias para los agentes que incursionen en esta área, los cuales se encuentran contenidos principalmente en este Decreto Ley y se aplican a los terrenos de aptitud preferentemente forestal.

Cabe destacar los siguientes beneficios que contempla este cuerpo legal:

- **FRANQUICIAS TRIBUTARIAS:** Esta Ley establece una exención total y permanente del Impuesto Territorial y de la Ley de Herencias, Asignaciones y Donaciones. El Impuesto a la Renta, en tanto se devenga sólo a partir de la fecha de explotación, contemplándose un crédito del 50% del impuesto global complementario que

afecte a las rentas percibidas o devengadas provenientes de la explotación de bosques acogidos a esta franquicia.

- **SUBSIDIOS:** Se bonifica el 75% de los costos netos de forestación, estabilización de dunas y manejo de la masa, si se cumplen ciertas exigencias mínimas establecidas por el reglamento.

III JURISPRUDENCIA

En este apartado expondré algunos fallos recaídos en recursos de protección interpuestos contra el Estado o sus organismos fundamentándose en el artículo 19 N° 8 y el 20 inciso 2° de la Constitución chilena; destacando aquella jurisprudencia que hace aplicación de los tratados internacionales referidos al medio ambiente y que han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes.

1.- “PALZA CORVACHO, HUMBERTO CON DIRECTOR DE RIEGO DE LA PRIMERA REGIÓN Y OTROS” ³².

Relación:

Humberto Palza Corvacho, agricultor del Valle de Azapa interpone recurso de protección en contra del Director de Riego de la Primera Región, del Secretario Regional del MOP, del Director General del MOP y del Ministro de Obras Públicas. La Corte de Apelaciones de Arica acoge el recurso, resolución de la cual los recurridos apelan ante la Corte Suprema, la que confirma la sentencia con fecha 19 de Diciembre de 1985.

Acto de autoridad del cual se reclama:

Extracción de aguas del lago Chungará para vaciarlas en la laguna de Cotacotani, desvío de las aguas hacia Las Ciénagas de Parinacota y luego al río Lauca que desagua en el San José y riega el Valle de Azapa.

³² REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo 82, sección 5°, año 1985, pág. 261 y ss.

Daño ambiental causado:

La contaminación de las aguas utilizadas por el recurrente para regar sus plantaciones, esto es, las aguas del Cotacotani y del Parinacota; atendido que las aguas del Chungará son intensamente salinas y no aptas para la agricultura y al mezclarse aumentan la salinidad de las aguas de regadío, lo que afecta los cultivos.

Además del perjuicio causado a la agricultura, la disminución del nivel de agua del lago Chungará repercute en las características de toda la extensión geográfica que alimenta, poniendo en peligro la flora y fauna del sector.

Derechos o garantías vulneradas:

- El Derecho de Propiedad, consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución, precepto que contempla la función social de la propiedad, la que comprende la conservación del patrimonio ambiental.
- El Derecho a Vivir en un Medioambiente Libre de Contaminación, consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución, el cual establece como deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.
- La Convención Internacional para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, tratado que dispone que los Parques Nacionales no podrán ser alterados ni enajenados, sino por la autoridad pública competente.

- La Ley 18.362, que en su artículo 5 define Parque Nacional como “Un ambiente único y representativo de la diversidad ecológica natural del país, capaces de perpetuarse y en que la flora o fauna son de especial interés educativo, científico y recreativo”.
- DL 1939, de 1977, cuyo artículo 15 estableció que las Reservas Forestales y Parques Nacionales, cuya ocupación y trabajo comprometan el equilibrio ecológico, sólo podrán destinarse o concederse en uso a Organismos del Estado, de acuerdo al Código Civil, para finalidades de conservación y protección del medio ambiente.
- DS N° 270 del Ministerio de Agricultura (11/08/70) que declaró Parque Nacional de Turismo los terrenos denominados “Reserva Forestal Lauca”, ubicados en la Región de Tarapacá, provincia de Parinacota.
- DS N° 29 del Ministerio de Agricultura (12/05/83) que fijó los límites del Parque Nacional Lauca, el cual comprende al lago Chungará, las lagunas de Cotacotani y Ciénagas de Parinacota.

Sentencia recaída sobre el recurso:

La Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica favorable al recurrente, ordenando la suspensión de la extracción de aguas del Chungará mientras este lago forme parte del Parque Nacional Lauca.

Análisis del fallo:

La sentencia recaída en estos autos es de indudable importancia en materia medioambiental atendido que los tribunales que conocieron de este recurso remarcan el deber del Estado de velar porque el medio ambiente se mantenga libre de contaminación y de preservar o proteger la naturaleza.

Además de lo anterior, hace aplicación de un tratado internacional en que se ha acordado proteger a la naturaleza y no destruirla, al cual reconoce como ley de la república, señalando que debe aplicarse cuidadosamente atendido que está en juego la fe internacional; y de las normas en virtud de las cuales se ha declarado parque nacional al lago Chungará, y a las lagunas Cotacotani y Ciénagas de Parinacota.

La sentencia reconoce la importancia del plan de extracción de aguas del lago Chungará, el cual tiene por finalidad mejorar el riego agrícola del Valle de Azapa y aumentar el potencial eléctrico, sin embargo, con el mérito de los antecedentes y existiendo otras fuentes de agua para hacer cumplir los propósitos de la administración, se razona en el sentido de velar por la protección del medio ambiente y evitar, en consecuencia, que por su acción o la de sus organismos, pueda producirse daño ambiental, especialmente en aquellos lugares que el propio Estado ha declarado como Parque Nacional y se ha dado un régimen jurídico que los proteja.

2.- “FLORES SAN MARTÍN Y OTROS CON CODELCO-CHILE DIVISIÓN EL SALVADOR” ³³.

Relación:

Pedro Flores San Martín, abogado, deduce recurso de protección en contra de Codelco-Chile, división El Salvador, representada por su gerente general. A esta acción se acumula el recurso de protección deducido por el Comité Ciudadano por la Defensa del Medio Ambiente y el Desarrollo de Chañaral deducido en contra de Codelco-Chile, División El Salvador.

Acción de Autoridad contra la cual se reclama:

La División Salvador de Codelco- Chile, empresa del Estado dedicada al trabajo de explotación de minerales de cobre, se deshace de los relaves, esto es, desechos estériles que contienen grandes cantidades de agentes contaminantes, vaciándolos en el lecho del río Salado, cuyo curso ha desviado artificialmente, haciéndolo desembocar en la Caleta Palitos, del Parque Nacional Pan de Azúcar.

Daño Ambiental:

Durante más de 40 años los relaves expedidos por la recurrida han formado un acopio terrestre y submarino de más de 280 millones de toneladas de sustancias contaminantes no biodegradables, las cuales contaminan las costas de Chañaral, impidiendo el crecimiento de vegetales marinos y algas, lo cual hace imposible la vida de la fauna

³³ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo 85, sección 5º, año 1988, pág. 191 y ss.

marina, por no disponer de alimento. La contaminación no ha afectado sólo la Bahía de Chañaral, sino también la Caleta Agua Hedionda, en Tinajas; El Refugio; Los Amarillos; Río Seco; Las Cocinas; Los Puentes y el extremo norte del Parque Nacional Pan de Azúcar.

Derechos o Garantías Conculcados:

- *Artículo 19 N° 8 y 20 inciso 2° de la Constitución.*
- *Ley 3133 de 1916, sobre Neutralización de los Residuos de Establecimientos Industriales.*
- *Artículo 8 del DFL N° 208, (03/08/53), que creó el Consejo Consultivo de Pesca y Caza, el cual establece la prohibición de arrojar al mar, ríos y lagos, los residuos o lavados de las industrias mineras que puedan ser nocivos a la vida de los peces o mariscos, sin que previamente hayan sido purificados o diluidos.*
- *Artículo 73 del Código Sanitario, el cual prohíbe la descarga de residuos industriales o mineros en ríos o lagunas, o en cualquier fuente de agua que sirva como balneario, sin previa depuración.*
- *Artículo 142 inciso 1° del DL 2222, el cual prohíbe arrojar aguas de relaves de minerales u otras materias nocivas o peligrosas, de cualquier especie, que ocasionen daños o perjuicios en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional y en puertos, ríos y lagos.*
- *DS N° 527, de 1985 del Ministerio de Bienes Nacionales, que crea el Parque Nacional Pan de Azúcar.*

Sentencia recaída sobre el recurso:

La Corte de Apelaciones de Copiapó acoge ambos recursos con fecha 23 de Junio de 1988 y ordena que en un plazo máximo de un año desde que este fallo quede ejecutoriado, la recurrida ponga término definitivo al depósito de sus relaves en el Océano Pacífico.

Análisis del fallo:

Esta sentencia está muy bien fundamentada, debiendo destacar su considerando cuarto, el cual reconoce la importancia de los recursos de protección deducidos “por estar referidos a proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a preservar de ella a la naturaleza, problemas que afectan no sólo al bienestar, sino la vida misma del hombre, y por cierto, no sólo el de una comunidad concreta de hombres presentes, sino que generaciones futuras reclamarán la falta de previsión de sus ancestros, si se contamina el medio ambiente y destruye la naturaleza”. La Corte reconoce entonces la importancia del recurso de protección medioambiental, por cuanto afecta la vida humana, no sólo su bienestar, y reconoce algunas características del daño ambiental cuales son el ser acumulativo e irreversible, y por ende, susceptible de afectar a generaciones futuras.

La Corte razona también acerca de los límites de una concesión de la que goza la empresa en el considerando decimocuarto, toda vez que esta goza de dos mercedes de agua, lo cual no la autoriza a restituir dichas aguas contaminadas puesto que ello excede la autorización concedida, cometiendo un acto ilegal.

Además de ilegal el acto es arbitrario, en consideración de la Corte, por cuanto “importa una violación al derecho, a principio jurídicos y de convivencia superiores”, “jamás podrá decirse que una persona o autoridad tiene derecho a contaminar el medio ambiente en que vive y se desarrolla una comunidad de personas, por acto voluntario suyo, como ocurre, en este caso”.

3.- “JUSTO TERRAZA TORRES Y OTROS CON ENAMI” ³⁴.

Relación:

Recurso de protección interpuesto por don Justo Abel Segundo Terraza Torres, doña Domitila Terraza Torres y don Atilio Herrera, en representación de doña Mercedes Terraza Torres contra la planta de la Empresa Nacional de Minería ubicada en Ventanas

Acción de autoridad contra la cual se reclama:

Los recurrentes actúan en calidad de dueños de predios que individualizan, ubicados en la comuna de Puchuncaví, exponiendo que la Refinería de Ventanas, propiedad de una empresa estatal cual es la ENAMI, carece de filtros y una planta recuperadora de ácidos, como consecuencia de lo cual, emana gases tóxicos.

Daño Ambiental:

La Refinería de Cobre ubicada en Ventanas expelle al aire partículas sólidas, consistentes en zinc, plomo, cobre y ácido sulfúrico, produciendo contaminación que afecta a los habitantes y terrenos del sector.

Garantías o Derechos vulnerados:

- *Artículos 19 N° 8 y 24 y artículo 20 inciso 2° de la Constitución.*

³⁴ FALLOS DEL MES, N° 277, año 1981, págs. 564 y ss.

Sentencia recaída sobre el recurso:

La Corte Suprema, con fecha 28 de Diciembre de 1981 confirma la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, dictada con fecha 3 de Septiembre de 1981, negando lugar al recurso de protección por estimarlo improcedente.

Análisis del fallo:

El razonamiento de los tribunales que conocieron este recurso es un análisis de forma, ya que se analiza su admisibilidad, por cuanto el recurso de protección es un medio de impugnación extraordinario que procede cuando el afectado carece de otra vía más idónea para reclamar la acción de la justicia. Los tribunales estimaron que en este caso la vía adecuada para reclamar de estos perjuicios es el juicio sumario contemplado por el DL 3557, norma que confiere competencia al Juez de Letras del lugar donde se encuentren los predios afectados por la contaminación emanada de establecimientos industriales, fabriles, mineros y cualquier otra entidad que manipulen productos susceptibles de contaminar la agricultura, para conocer de estas materias.

El tribunal trajo a la vista dos expedientes en que se demanda a ENAMI:

- a) Andrés da Costa Petersen y otros contra ENAMI (Recurso de Protección) ³⁵.
- b) Brito Astroza y otros con Empresa Nacional de Minería, ENAMI (Juicio Sumario sobre Indemnización de Perjuicios).

³⁵ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo 78, sección 5º, págs. 159 y ss.

El recurso de protección fue declarado inadmisibles atendido que los hechos denunciados como ilegales y arbitrarios ya estaban siendo conocidos por los tribunales de justicia, en autos sobre indemnización de perjuicios, caratulados Brito Astroza y otros con ENAMI, en que se solicita la paralización de la actividad industrial.

A mi parecer, es claro que el Recurso de Protección interpuesto por Andrés da Costa Petersen, debía ser declarado inadmisibles puesto que los afectados ya habían hecho valer sus derechos en otro proceso; sin embargo no me parece tan clara la declaración de inadmisibilidad en el caso que analizo puesto que si bien existía otra vía para reclamar el derecho conculcado, no es menos cierto que el recurso de protección es una vía mucho más expedita que un juicio sumario.

A mayor abundamiento, la ley no limita su interposición a la inexistencia de otra vía protectora del derecho conculcado, ha sido la jurisprudencia que lo ha limitado de esta forma, y tratándose de una garantía de relevancia como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que afecta el derecho a la salud, a la vida y en este caso el de propiedad, me parece adecuada una tramitación rápida con el objeto de que cesen los actos que la afecten.

4.- “HIDALGO MOLINA, MARCELO Y OTRA CON SOCIEDADES PESQUERAS GUANAYE LTDA., COLOSO S.A., EPERVA S.A. E INDO S.A.” ³⁶.

Relación:

Don Marcelo Hidalgo Molina interpone recurso de protección contra las sociedades pesqueras Indo S.A., Coloso S.A., Eperva S.A. y Guanaye Ltda, proceso al que se acumula el recurso de protección interpuesto por doña Aurora Castro Castillo, contra las mismas pesqueras. La Corte de Apelaciones de Arica acoge este recurso con fecha 28 de Junio de 1985, resolución confirmada por la Corte Suprema.

Acción contra la cual se reclama:

Las industrias recurridas preparan harina de pescado con material en descomposición, puesto que procesan el pescado después de 3 a 4 días en bodega, lo cual provoca emanaciones nauseabundas.

Daño Ambiental:

Las faenas de las industrias pesqueras provocan emanaciones nauseabundas, contaminando con sus fétidos olores a toda la población ariqueña. A mayor abundamiento, doña Aurora Castro agrega que la contaminación ambiental del lugar es causante directa de su enfermedad pulmonar, atendido que las industrias pesqueras agregan formalina para suavizar el hedor, lo que provoca tos con acentuados mareos en las personas.

³⁶ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo 82, sección 5º, año 1985, págs. 196 y ss.

Derechos o garantías vulneradas:

- *Artículos 19 N° 8 y 20 inciso 2° de la Constitución.*

Sentencia recaída sobre el recurso:

La Corte de Apelaciones de Arica acoge el recurso, pero sólo en cuanto a recabar de las autoridades respectivas la práctica de las disposiciones de saneamiento ambiental. La Corte Suprema confirmó la sentencia.

Análisis del fallo:

A mi parecer este fallo es quizás el más relevante de los analizados, puesto que por una vía indirecta reconoce la responsabilidad extracontractual del Estado y sus organismos cuando éstos no actúan, en este caso específico faltando al deber de supervigilancia sobre empresas privadas que gracias a esta omisión están causando daño ambiental. En el considerando séptimo de la sentencia, el tribunal enumera a los “estamentos administrativos encargados de dirigir y supervigilar el comportamiento de los entes o focos que puedan constituir una fuente de riesgo o menoscabo para la salud pública”, cuales son: El Servicio Nacional de Salud, la Municipalidad de Arica y el Intendente de la primera región.

El tribunal señala que la contaminación producida por las industrias pesqueras es de pública notoriedad, hecho que no requiere prueba, y que si bien la responsabilidad acerca de la eficiencia de los sistemas de “desodorizador” es de las industrias pesqueras, no es menos cierto que

corresponde a los organismos de la provincia de Arica la práctica de las disposiciones de saneamiento ambiental.

Esta fallo cobra relevancia también en cuanto al análisis efectuado por la Corte acerca del computo del plazo para su interposición, toda vez que las empresas recurridas alegaron su extemporaneidad, a lo que se resolvió que “el término de 15 días otorgado para interponerlo comienza a correr cuando se interrumpe la actividad que causa u origina el trastorno, como quiera que esa actividad, mientras se desenvuelve, constituye un estado que se mantiene y renueva día por día”. Para fundamentar este razonamiento, la Corte invoca los artículos 22 y 937 del Código Civil, último de los cuales señala que ninguna prescripción se admitirá con las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso.

5.- “DONOSO SALINAS, RICARDO CON ALCALDE DE MUNICIPALIDAD DE MALLOA” ³⁷.

Relación:

Don Ricardo Donoso Salinas, en representación de la junta de vecinos La Esperanza, de la Unidad Vecinal N° 9 de Panquehue, deduce recurso de protección en contra de la Municipalidad de Malloa, representada por su alcalde. La Corte de Apelaciones de Rancagua acoge el recurso con fecha 7 de Octubre del año 2002, sentencia confirmada por la Corte Suprema.

Acción de autoridad contra la cual se reclama:

El Servicio de Vivienda y Urbanismo (SERVIU), instaló una planta de tratamiento de aguas servidas en una construcción adyacente a viviendas básicas que presentaron defectos en el sistema de alcantarillado, planta que no cuenta con las condiciones necesarias para la evacuación de los malos olores, cuya mantención no se ha efectuado y que está sin funcionamiento persistiendo la hediondez.

Daño Ambiental:

Los olores nauseabundos y aguas mal tratadas que emanan tanto de la planta de tratamiento, de propiedad de la Municipalidad, como de los desagües de las viviendas, constituyendo un foco de insalubridad de alto riesgo epidemiológico.

³⁷ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo 99, sección 5°, año 2002, págs. 399 y ss.

Derechos o Garantías infringidos:

- *Artículo 19 N° 8 y 20 inciso 2° de la Constitución.*
- *Artículo 79 de la Ley General de Urbanismo y Construcción,* conforme al cual corresponde a las municipalidades desarrollar las acciones necesarias para hacer cesar todo acto contaminante proveniente de una planta de la cual es su propietaria.

Sentencia recaída sobre el recurso:

La Corte de Apelaciones de Rancagua acogió el recurso, fallo confirmado por la Corte Suprema.

Análisis del fallo:

La sentencia impone la obligación a la municipalidad de realizar todas las obras necesarias para la superación definitiva del problema de mal funcionamiento de la planta de tratamiento de aguas servidas, por cuanto es el dueño primigenio y promotor de la obra, y cesionario de la misma por parte del SERVIU; contempla entonces la responsabilidad del municipio por el daño ambiental que sufren los recurrentes.

Además de lo anterior es destacable el que con respecto a la extemporaneidad del recurso promovida por la recurrida, la Corte fundamente su rechazo a esta alegación señalando que “en la medida que el acto que configura el recurso–contaminación por mal funcionamiento de una planta de tratamiento de aguas servidas–sigue ocurriendo y no guarda relación estricta con una época determinada... el plazo para interponerlo no puede agotarse”. Es decir, contempla la

permanencia del agravio, pudiendo recurrirse de protección mientras no cese.

Es destacable el considerando sexto de la sentencia por cuanto señala que la planta de tratamiento cuestionada constituye una amenaza no sólo para el Derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, sino también puede comprometer el derecho a la protección de la salud e incluso la vida misma. Me parece importante este reconocimiento toda vez que contempla la importancia que tiene el medio ambiente para la salud y la vida del hombre, siendo merecedor de tutela también para proteger la vida del hombre.

6.- “BUSTOS MALDONADO, ISRAEL CON INSTITUTO DE DESARROLLO AGROPECUARIO Y OTROS” ³⁸.

Relación:

Don Israel Bustos Maldonado interpuso recurso de protección en contra del Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), la Comisión Nacional de Riego y la Oficina Metropolitana Regional de Riego. La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso, con fecha 29 de Agosto de 1996, sentencia confirmada por la Corte Suprema.

Acción arbitraria e ilegal:

La construcción de una compuerta en un canal que lleva aguas de derrame del Canal Las Mercedes, enfrente del deslinde del inmueble de su propiedad, construcción que no cuenta con la autorización de la dirección de Obras de la Municipalidad de Melipilla.

Daño Ambiental:

Estancamiento de aguas servidas o contaminadas frente a habitación del recurrente, constituyendo un foco infeccioso y existiendo peligro de desbordes o derrame por exceso de agua acumulada lo que causaría el anegamiento del predio y de la casa habitación del recurrente.

Derechos o Garantías conculcados:

- *Artículos 19 N°s 8, 9 y 24 y 20 inciso 2° de la Constitución,* cabe destacar que el recurrente invoca como Derecho conculcado, el

³⁸ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo 93, sección 5°, año 1996, págs. 29 y ss.

contemplado en el N° 9 del artículo 19, esto es, la protección a la salud.

Sentencia recaída sobre el recurso:

La Corte de Apelaciones de Santiago acoge el recurso, ordenando dejar sin efecto la realización del proyecto de riego que provoca perjuicios al recurrente, debiendo destruirse lo construido. Esta sentencia es confirmada por la Corte Suprema declarando que la destrucción de las obras dispuestas será ordenada por la autoridad correspondiente.

Análisis del fallo:

La sentencia recaída en estos autos va analizando los supuestos de procedencia del recurso, y señala que el inicio de la construcción del sistema de compuertas es ilegal por cuanto no contó con el permiso de la Dirección de Vialidad para el paso de una alcantarilla bajo un camino público, siendo esta alcantarilla imprescindible para la conducción del destino de las aguas estancadas; refiriéndose a la arbitrariedad, el tribunal razona que esta se produce al afectar la construcción de esta obra al recurrente sin argumentos ni explicaciones y además porque la obra no se sujeta a las características técnicas que le han sido establecidas, lo que constituye una actuación caprichosa.

Ahora bien, cobra relevancia el considerando 5°, por cuanto se refiere a las garantías vulneradas por el acto del cual se reclama, señalando primeramente el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el cual se ve afectado por cuanto frente al inmueble del

recurrente existe una acumulación de aguas altamente contaminadas. Pero además de lo anterior, los beneficiados con el proyecto reciben un líquido de riego que contraría las normas vigentes, impidiendo cualquier cultivo destinado al consumo humano, detectándose una ilegalidad: “la de autorizar un represamiento para riego agrícola, con aguas con que el ordenamiento prohíbe regar por insalubres”.

La Corte desestima la afectación al derecho a la salud que este acto pueda producir, por cuanto solo cabe protección con respecto a la posibilidad de elegir entre un sistema de salud público o privado.

El derecho de propiedad del reclamante se ve afectado en su derecho de goce y en su derecho de disposición por vía de enajenación atendida la probable minusvalía de su predio.

En el considerando 8° el tribunal reivindica la legitimidad pasiva de los recurridos; de la Comisión Nacional de Riego, por cuanto dio curso y apoyó financieramente una obra de características anómalas incurriendo en responsabilidad toda vez que hizo abstracción del tipo de agua a embalsarse y de las repercusiones del embalse en el entorno; de la Dirección Regional de Riego, por cuanto asumió la inspección técnica de las labores de la obra y del INDAP, que asumió la supervigilancia de la construcción de la obra, incurriendo en responsabilidad por cuanto ambos organismos deberían haber advertido las ilegalidades y arbitrariedades cometidas.

7.- “VILLAGRA HERNÁNDEZ, CARLOS Y OTROS CON ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ” ³⁹.

Relación:

Don Carlos Villagra Hernández y 17 vecinos de Maipú interponen recurso de protección contra el Alcalde de la Municipalidad de Maipú. La Corte de Apelaciones de Santiago acoge el recurso con fecha 11 de Marzo de 1992, resolución confirmada por la Corte Suprema.

Acto de autoridad contra el cual se reclama:

Con fecha 10 de Enero de 1992 el alcalde dicta un decreto autorizando el funcionamiento de la feria libre “Los Almendros”, la cual no cuenta con servicios higiénicos ni agua potable, sumado a lo anterior, los desechos que ésta provoca quedan al aire libre, transformándose en un basural, atrayendo a insectos, roedores y perros.

Daño Ambiental:

Las condiciones en que funciona la feria, sin los más elementales principios de salubridad e higiene, provoca emanaciones nauseabundas; genera riesgo de contagio de enfermedades tales como la hidrofobia, la fiebre tifoidea y el cólera; provoca contaminación acústica y genera levantamientos de polvo.

Derechos o Garantías conculcadas:

- *Artículos 19 N° 8 y 20 inciso segundo de la Constitución.*

³⁹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo 84, sección 5°, año 1992, págs. 67 y ss.

- *Artículo 5 letra c), 30 y 50 letra f) de la Ley 18695, Ley de Municipalidades, normas que confieren la facultad legal al municipio y al alcalde para otorgar autorización para el funcionamiento de ferias libres en la comuna.*
- *Artículos 5, 6, 7 y 8 de la Ordenanza N° 714 de fecha 19 de Julio de 1990.*

Análisis del fallo:

La Corte de Apelaciones acoge el recurso de protección interpuesto, pero no en cuanto se pide revocar el decreto que autoriza el funcionamiento de la feria, petición principal del mismo, ya que en razonamiento del tribunal esta autorización y la ponderación sobre la idoneidad del lugar escogido no puede ser calificada de ilegal al emanar de una potestad incontrovertida; ni tampoco de arbitraria porque ha sido dispuesta “tras un estudio prolongado y aprobado por el Consejo de Desarrollo Comunal y propuesto por organismos especiales del Municipio”.

Ahora bien, el tribunal acoge la petición subsidiaria del recurso, en que se reclama contra la actuación del Alcalde como autoridad superior del Municipio, toda vez que ha transgredido “importantes deberes y exigencias relacionadas con el funcionamiento de la feria y sus condiciones de aseo, lavado, higiene, contaminación del aire y de ruidos, así como con el tránsito y estacionamiento de vehículos, para la seguridad y comodidad de los vecinos”. La Corte ordena al alcalde recurrido a que dentro de 15 días de ejecutoriado el fallo adopte todas

las medidas de prevención, descontaminación y salubridad necesarias para el buen funcionamiento de la misma.

Me parece importante destacar el que se ha acogido esta acción de protección en la parte en que el recurrente reclama de una omisión de la autoridad, lo que contraría la jurisprudencia mayoritaria con respecto al recurso de protección medioambiental, según la cual, éste procede sólo contra acciones y no contra omisiones; es destacable este fallo puesto que en materia de responsabilidad del Estado por daño ambiental las omisiones cobran gran relevancia, muchas veces las autoridades no realizan actuaciones que provocan daño, pero permiten o no fiscalizan el accionar de entes privados que si causan daño ambiental, lo cual constituye una infracción a los deberes que le impone la ley.

8.- “ARANDA ROJAS, AMÉRICA Y OTROS CON SENDOS Y CONSTRUCTORA HARTLEY Y CÍA LTDA”⁴⁰.

Relación:

Un grupo de vecinos de la Villa Escuela Esmeralda interponen recurso de protección contra el Servicio de Obras Sanitarias (SENDOS) y la empresa constructora Hartley y cía Ltda. La Corte de Apelaciones de Arica acoge el recurso con fecha 20 de Noviembre de 1987, sentencia confirmada por la Corte Suprema.

Acción contra la que se reclama:

La construcción de un sistema de evacuación de aguas servidas y alcantarillado efectuado a través de un tubo emisario submarino, próximo a sectores habitacionales.

Daño Ambiental:

La evacuación de las aguas servidas al mar se efectúa mediante un sistema de bombas de las que depende el funcionamiento del mecanismo, que en caso de desperfecto eléctrico causa un anegamiento de aguas servidas en un sector aledaño a viviendas, con el peligro de infecciones y la presencia de olores pestilentes. La obra en cuestión contempla también una chimenea que expulsa los gases que genera la descomposición de las materias, emanaciones que contaminan la atmósfera.

⁴⁰ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo 84, sección 5º, año 1987, págs. 291 y ss.

Derechos o Garantías vulneradas:

- *Artículos 19 N° 8 y 20 inciso segundo de la Constitución.*

Análisis del fallo:

La Corte de Apelaciones acoge el planteamiento del Servicio Nacional de Salud, en cuanto los recurridos deban costear los gastos de la investigación destinada a determinar la composición y cuantía de los gases que emana de la chimenea de la obra, ello atendido que el Servicio manifestó no poder ejercer sus atribuciones fiscalizadoras y formarse una opinión cabal de tales emanaciones sin una investigación previa.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal acuerda una medida de protección consistente en que los recurridos provean a las faenas o trabajos destinados a corregir las deficiencias o peligros que la obra envuelve para la salud, medio ambiente y poblaciones vecinas.

Este fallo destaca como especial deber de la autoridad pública encargada del mantenimiento de la obra una correcta supervigilancia, para que un posible desperfecto no importe peligro de contaminar el medio ambiente ni afecte a los vecinos como ha ocurrido en este caso. Por lo tanto además de imponer el tribunal una medida que restituya el imperio del derecho y haga cesar los perjuicios, destaca el deber de la autoridad de evitar posibles daños ejerciendo una correcta fiscalización al funcionamiento de la obra.

9.- “BÓRQUEZ MUÑOZ, BERNABÉ Y OTROS CON FUNDICIÓN DE PAIPOTE (ENAMI)” ⁴¹.

Relación:

Don Bernabé Bórquez Muñoz recurre de protección en su favor, de su grupo familiar y de toda la comunidad de Copiapó en contra de la Empresa Nacional de Minería (ENAMI), específicamente contra la Fundición Hernán Videla Lira de Paipote. A este recurso se acumulan los interpuestos por don Esteban Adolfo Sánchez Molina en su favor y en el de su familia, por doña Vilma Elena Grez Acuña, por don Enrique Roberto Gallo Toledo, por doña Lilián Rojas Seida y por doña Lina Vergara Castro contra la fundición Paipote.

Acto de autoridad contra el cual se reclama:

La Fundición de Paipote, propiedad de la ENAMI, emana gases tóxicos, conocidos como “humo de Paipote”, los cuales contienen una serie de ácidos y elementos químicos dañinos para la salud y el medio ambiente.

Daño Ambiental:

Las emanaciones de la Fundición Paipote son altamente tóxicos atendido que el proceso de fundición libera una cantidad de sulfuros en forma de anhídridos, los que luego de sucesivas reacciones se transforman en gases de gran peligrosidad, provocando quemaduras en plantas, lo que afecta la agricultura de la zona, y dañan el sistema

⁴¹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo 83, sección 5º, año 1991, págs. 144 y ss.

respiratorio de las personas, en especial de niños y de quienes padecen dolencias relacionadas con el sistema respiratorio.

Derechos o Garantías conculcadas:

- *Artículos 19 N°s 1, 8, 9, 16 y 21 y 20 inciso 2° de la Constitución,* es decir, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el derecho a la protección a la salud, el derecho a la libertad de trabajo y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, orden público o seguridad nacional, estas dos últimas garantías se ven afectadas por cuanto los altos niveles de contaminación destruyen las plantaciones y siembras y dañan instalaciones tales como cercos y maquinarias agrícolas.

Sentencia recaída sobre el recurso:

La Corte de Apelaciones de Copiapó acogió los recursos con fecha 15 de febrero de 1991, resolución confirmada por la Corte Suprema con fecha 13 de Junio de 1991.

Análisis del fallo:

La sentencia recaída en los recursos de protección interpuestos reconoce la perturbación y amenaza del legítimo ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 19 N°s 1 y 8 de la Constitución, no así de los otros derechos invocados; por cuanto el derecho a la

protección a la salud sólo se encuentra amparado por la acción de protección en lo referido a la elección del sistema de salud; y el artículo 20 de la Constitución resguarda sólo la libre elección del trabajo, la libre contratación y la negociación colectiva por lo que cabe rechazar el recurso cuando se invocan los numerales 16 y 21 del artículo 19.

Ahora bien, la Corte de Apelaciones reconoce que la Fundición Paipote ha incurrido en “omisiones y actos que constituyen ya una amenaza a la integridad física y psíquica de las personas, ora una perturbación en el legítimo ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. Es más, el tribunal reconoce que la recurrida “omitió adoptar las medidas técnicas y prácticas procedentes a fin de evitar o impedir la contaminación, omisión ilegal al infringir el artículo 11 del DL N° 3557, que le impone la obligación de asumirlas. Actos y omisiones arbitrarias por cuanto dependen exclusivamente de su voluntad.

En suma este fallo acoge un recurso de protección medioambiental en que se reclama contra una omisión imputable a una persona o autoridad determinada.

La Corte de alzada ordena que la recurrida adopte todas las medidas necesarias para evitar la emanación de gases contaminantes, debiendo cuantificar diariamente los niveles de contaminación atmosférica para así cumplir con la resolución N° 1215 del Ministerio de Salud. Además ordena oficiar al Ministerio de Salud para que verifique el cumplimiento de lo resuelto y adopte las medidas necesarias con ese fin.

CONCLUSIÓN:

En los capítulos que conforman esta memoria he analizado detalladamente tres aspectos de la responsabilidad del Estado por daño ambiental: su contenido, la consagración legal en algunos ordenamientos extranjeros y en el nuestro, y la jurisprudencia de nuestros tribunales referente al tema. A partir del análisis efectuado es necesario señalar lo siguiente:

1) Tradicionalmente se ha adoptado como concepto de responsabilidad el de reparar el daño o perjuicio causado, no obstante lo cual, la doctrina moderna pone énfasis en la prevención del daño, materia que cobra especial importancia tratándose del daño ambiental, que en muchas ocasiones no admite reparación.

2) A pesar que durante años e incluso siglos se postuló que el Estado no respondía por sus acciones, hoy en día esta idea ha sido dejada de lado y por tanto el Estado debe responder por acciones u omisiones que lesionen derechos o intereses de sus súbditos.

3) Ha sido abandonada también, la postura que sostenía que los particulares sólo podían reclamar cuando invocaran un derecho subjetivo conculcado, la doctrina moderna sostiene que basta la existencia de un interés legítimo para hacer efectiva la responsabilidad del agente que lo lesione o menoscabe.

4) Los miembros de nuestra sociedad poseen intereses de carácter individual e intereses colectivos, denominados estos últimos por la doctrina intereses difusos, cuya protección nos incumbe a todos.

Existen múltiples intereses colectivos, pero entre éstos surge como un interés colectivo relevante, el de preservar el medio ambiente, atendido el daño que provoca el avance tecnológico y el actuar del hombre.

5) La doctrina ha evolucionado y hoy en día se postula que todos a quienes afecte una acción u omisión que provoque daño en el medio ambiente poseen legitimación activa para reclamar y exigir su reparación. La jurisprudencia lentamente ha avanzado, y por la vía del recurso de protección medioambiental se ha logrado hacer efectiva esta reclamación que constituye un reflejo del derecho de petición a las autoridades.

6) No obstante lo anterior, falta una evolución a nivel jurisprudencial, atendido que todavía se reconocen limitaciones al recurso de protección medioambiental, como por ejemplo el no proceder contra omisiones, lo cual cobra relevancia tratándose de la responsabilidad del Estado, atendido que en muchas ocasiones no es su actuar el que genera un daño sino su omisión, al no fiscalizar debidamente aquellas actividades susceptibles de causar un menoscabo en la naturaleza.

7) A pesar que la evolución de la jurisprudencia ha sido lenta, los tribunales han asumido un rol bastante más protector del medio ambiente que la administración, la que no fiscaliza con el debido rigor a los entes susceptibles de provocar daño ambiental y no aplica todos los instrumentos a su alcance para prevenirlo o repararlo, verbigracia aplicar multas en su grado mayor.

8) Desde un punto de vista normativo en tanto, la legislación chilena es bastante dispersa y en algunos casos insuficiente, sin embargo, a

grosso modo puede resultar eficaz si se le aplica en su máximo rigor, tanto por los órganos estatales a quienes confiere competencias ambientales como por los tribunales, una vez acaecido el daño.

Tal como adelanté en la introducción de este trabajo, el Estado chileno y sus organismos poseen todos los instrumentos necesarios para hacer efectivo el deber de preservar la naturaleza y velar porque el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación no se vea afectado, el problema radica en la mayoría de las ocasiones, en que estos instrumentos no son aplicados por los organismos competentes, más que en una ausencia de marco legal que autorice su intervención.

Es por ello que ante un daño ambiental de envergadura tal como la mortandad de los cisnes de cuello negro acaecida en Valdivia, la solución tendiente a evitar futuras catástrofes no radica en proposiciones de tipo legislativas como formulan aquellos que creen que una ley lo soluciona todo; según mi parecer y atendido que la tutela del medio ambiente nos interesa a toda la comunidad somos los ciudadanos quienes debemos exigir al Estado el cumplimiento del deber que la Constitución le impone y reclamar de las autoridades competentes la adopción de medidas de fiscalización y control de todas aquellas actividades contaminantes.

BIBLIOGRAFÍA:

- 1.- Título: Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual
Autor: Hernán Corral Talciani
Editorial: Editorial Jurídica. Santiago, Chile.
Año: 2003

- 2.- Título: Responsabilidad Contractual
Autor: Pablo Rodríguez Grez
Editorial: Ed. Jurídica. Santiago, Chile.
Año: 2003

- 3.- Título: De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil
Chileno
Autor: Arturo Alessandri Rodríguez
Editorial: Contable Chilena Limitada Editores. Santiago, Chile.
Año: 1980

- 4.- Título: Estudios de Derecho Privado
Autor: Leslie Tomassello Hart
Editorial: Edeval. Valparaíso, Chile.
Año: 1994

- 5.- Título: Síntesis de la Teoría General de las Obligaciones
Autor: Rodrigo Rodríguez Lazo
Editorial: Nascimento. Santiago, Chile.
Año: 1937
- 6.- Título: Responsabilidad del Estado por falta de servicio
Autor: Hans Mundana Assmussen
Editorial: LibroMar. Valparaíso, Chile.
Año: 2001
- 7.- Título: Derecho Administrativo Chileno y Comparado, La función
pública y el Control Público
Autor: Enrique Silva Cimma
Editorial: Ed. Jurídica. Santiago, Chile.
Año: 1994
- 8.- Título: Lecciones de Derecho Civil, parte segunda, vol. II, La
Responsabilidad Civil y Los Cuasicontratos.
Autor: Henri, Léon, Jean Mazeaud.
Editorial: Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires,
Argentina.
Año: 1960

9.- Título: Responsabilidad Civil

Autor: Jorge Mosset Iturraspe y otros.

Editorial: Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.

Año: 1997

10.- Título: Derecho de Obligaciones

Autor: Karl Larenz

Editorial: Revista de Derecho Privado. Madrid, España

Año: 1959

11.- Título: El daño en la responsabilidad Civil

Autor: Eduardo Zannoni

Editorial: Astrea. Buenos Aires, Argentina

Año: 1982

12.- Título: La Responsabilidad extracontractual del Estado

Autor: Pedro Pierry Arrau

Artículo presentado en el seminario de profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

Año: 1975

13.- Título: Transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX

Autor: Pedro Pierry Arrau

Revista de Derecho editada por el Consejo de Defensa del Estado

Año: 2001

- 14.- Título: Derecho Administrativo: Bases Fundamentales
Autor: Eduardo Soto Kloss
Editorial: Ed. Jurídica. Santiago, Chile
Año: 1996
- 15.- Título: Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado
en la Constitución Política de 1980.
Autor: Hugo Caldera Delgado
Editorial: Ed. Jurídica. Santiago, Chile
Año: 1982
- 16.- Título: Derecho Ambiental en la Práctica Privada
Autor: Dante Figueroa Hernández
Editorial: La Ley. Santiago, Chile
Año: 2005
- 17.- Título: Prevención y solución de Conflictos Ambientales: Vías
Administrativas, Jurisdiccionales y Alternativas.
Autor: Varios autores
Editorial: LexisNexis. Santiago, Chile
Año: 2004

18.- Título: La responsabilidad por daño ambiental

Autor: Eduardo A. Pigretti

Editorial: Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales. Buenos

Aires, Argentina

Año: 1986

19.- Título: Introducción al derecho ambiental chileno y comparado

Autor: José Manuel Bórquez Yunque

Editorial: Ed. Jurídica. Santiago, Chile

Año: 1993

20.- Título: Derecho Ambiental

Autor: Ramón Martín Mateo

Editorial: Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid,

España

Año: 1977

21.- Título: Tratado de la Constitución de 1980

Autor: José Luis Cea Egaña

Editorial: Ed. Jurídica. Santiago, Chile

Año: 1989

22.- Título: El delito ecológico

Autor: Juan Terradillos Basoco

Editorial: Trotta. Madrid, España

Año: 1992

23.- Título: Delitos contra el medio ambiente

Autor: Jaime Peris Riera

Editorial: Universidad de Valencia, España

Año: 1984

24.- Título: Los tratados Ambientales: Principios y aplicación en Chile

Autores: Sergio Montenegro A.

Dominique Hervé E.

Valentina Durán M.

Editorial: Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile

Año: 2001

25.- Título: Revista de Derecho y Jurisprudencia

Editorial: Ed. Jurídica de Chile.

26.- Título: Fallos del Mes

Editores: Sociedad "Fallos del Mes" Ltda.

