

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

**EL SISTEMA DE REPARACIÓN AMBIENTAL
CONTEMPLADO EN LA LEY 19300, EN CONCORDANCIA
CON EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO**

**Profesor Guía: Carlos Dorn Garrido
Memorista: Stephanie Donoso Ramírez
Fecha de entrega: 01 de Septiembre de 2010**

A mis padres

INDICE

	Página
Introducción _____	1
I. Capítulo Primero: Delimitación de conceptos de medio ambiente, medio ambiente libre de contaminación y daño ambiental _____	3
1. Análisis Concepto Medio Ambiente_____	3
i) Concepto de Medio Ambiente en Doctrina y Derecho Comparado_____	3
ii) Concepto de medio ambiente en Derecho positivo chileno_____	6
a) Concepto de medio ambiente en la Constitución Política de la República_____	6
b) Extensión concepto medio ambiente en la Constitución Política de la República_____	7
c) Concepto de medio ambiente en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Ley 19.300_____	9
d) Extensión concepto medio ambiente en la Ley 19300_____	10
e) Elementos constitutivos del concepto de medio ambiente en la Ley 19.300_____	11
f) Concepto extensivo de medio ambiente en la Jurisprudencia chilena_____	13
g) Concepto de medio ambiente y el elemento sociocultural_____	16
2. Análisis del concepto medio ambiente libre de contaminación_____	22
i) Extensión concepto medio ambiente libre de contaminación en la Constitución de la República_____	23
ii) Extensión del concepto medio ambiente libre de contaminación en la Ley 19.300_____	24
iii) Bien jurídico protegido en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación_____	25

a) Postura que considera el ambiente libre de contaminación como bien jurídico no autónomo _____	26
b) Postura que considera el ambiente libre de contaminación como bien jurídico autónomo _____	27
3. Análisis del concepto daño ambiental _____	28
i) Concepto de daño ambiental en doctrina y derecho comparado _____	28
a) Naturaleza de la afectación que permite configurar un daño ambiental _____	29
b) Entidad de la afectación que permite configurar un daño ambiental _____	30
ii) Concepto de daño ambiental en la Constitución Política de la República _____	31
iii) Concepto de daño ambiental en la Ley 19.300 _____	31
a) Condiciones de gravedad, entidad o características que debe reunir el daño para estar frente a un daño ambiental _____	32
b) Carácter significativo en la Jurisprudencia chilena _____	34
II. Capítulo Segundo: Reparación Ambiental _____	36
1. Fundamento de la reparación del daño ambiental _____	36
i) Principio de responsabilidad _____	36
ii) Principio contaminador pagador _____	36
2. Sistemas de Reparación Ambiental en Doctrina _____	38
i) Reparación por equivalente monetario en materia ambiental _____	39
ii) Fondos Ambientales _____	41
iii) Extensión de la Reparación y el Principio de Reparación Integral del Daño _____	43

3. Sistemas de Reparación en Derecho Comparado_____	44
i) Extensión de la Reparación en la Directiva de Responsabilidad Ambiental de la Unión Europea_____	46
4. La Reparación Ambiental En La Ley 19.300, Sobre Bases Generales Del Medio Ambiente_____	46
i) Breve Historia de la Reparación Ambiental en Chile_____	46
ii)Regulación de la acción de reparación ambiental en la Ley 19.300 _____	47
iii) Fuentes y Prelación Normativa de la Reparación Ambiental en Chile_____	49
iv) Sistema de reparación del daño ambiental en la Ley 19300_____	50
v) Extensión de la reparación del daño ambiental en la Ley 19300_____	52
5. Titularidad de la Acción de Reparación Ambiental en la Ley 19300_____	58
i) Legitimación Activa en la Ley 19300_____	59
a) Personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio_____	60
b) Las municipalidades por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas y el Consejo de Defensa del Estado_____	63
ii) Titularidad y daño irreparable_____	64
Conclusión _____	66
Bibliografía _____	70
Agradecimientos _____	74

INTRODUCCION

El desarrollo económico de las sociedades genera presiones sobre los bienes ambientales, disminuyendo los beneficios que aquellos reportan a la colectividad.

A pesar de existir un marco normativo nacional e internacional, relativo a la protección del medio ambiente, a fin de permitir una coexistencia armoniosa entre actividad económica y sustentabilidad ambiental, siempre existe el riesgo de generación de daños al medio ambiente o a alguno de sus componentes.

Lo anterior exige un sistema de reparación ambiental, para tales eventos, que permita restablecer el medio ambiente a su estado anterior o condiciones básicas, en caso de no ser posible lo anterior, compensando las pérdidas ocasionadas durante el periodo intermedio entre la existencia del daño y la reparación.

En nuestro país, la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, regula el sistema de reparación ambiental, estableciendo un orden de prelación de fuentes, en primer lugar hace aplicable la normativa especial, luego las normas de la Ley 19300, y, finalmente, los preceptos de la responsabilidad civil extracontractual del Código Civil.

La presente obra indaga acerca de la suficiencia del sistema de reparación ambiental de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y su coherencia con el concepto amplio de medio ambiente al que opta el legislador.

Para estos efectos, en el Capítulo Primero analizo los conceptos asociados, esto es medio ambiente, medio ambiente libre de contaminación y daño ambiental. Conceptos que permitirán determinar: a) la extensión y los elementos que componen el medio ambiente objeto de reparación; b) el grado de contaminación o alteración del medio ambiente tolerable por la Ley 19300 y; c) la entidad del daño que permitirá accionar los mecanismos de reparación ambiental ante los tribunales de justicia.

En el Capítulo Segundo centro el análisis en los sistemas de reparación ambiental recurriendo a fuentes de doctrina y algunas referencias al Derecho Comparado, para finalmente examinar el sistema de reparación ambiental de la Ley 19.300, con el objeto

de determinar las formas de reparación aplicable ante un daño al medio ambiente o uno o más de sus componentes y si este resulta congruente con la amplitud del concepto de medio ambiente, del artículo 2º letra m, que incluye los elementos socioculturales.

I CAPITULO PRIMERO: DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS DE MEDIO AMBIENTE, MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN Y DAÑO AMBIENTAL.

El objeto de este estudio se centra en la reparación del daño ambiental en su vertiente pública, esto es, el daño que se produce a un bien jurídico de carácter colectivo. Teniendo esto como punto de partida, cabe hacer presente que el daño al medio ambiente puede tener un doble ámbito de afectación; una vertiente privada, por ejemplo al afectar la actividad económica de individuos determinados; y una vertiente pública, al afectar derechos o intereses jurídicos de carácter colectivos, como lo constituye el derecho a un medio ambiente libre de contaminación consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República. Es respecto de esta última vertiente de afectación sobre la que versará el presente estudio.

El tratamiento de la reparación ambiental plantea en primer término la necesidad de delimitar conceptos asociados como son: medio ambiente, medio ambiente libre de contaminación y daño ambiental. Constituyendo dicho análisis una antesala imprescindible para una correcta investigación del sistema de reparación objeto de estudio, esto es, el sistema de reparación ambiental recogido en la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en adelante Ley 19.300. El primero permitirá determinar los componentes o relaciones que pueden ser afectados con un daño ambiental y por ende ser objeto de reparación; el segundo, precisar el bien jurídico objeto de tutela; y el tercero, fijar el momento y condiciones que permiten estar frente a un daño que deba ser objeto de reparación ambiental, según se verá y explicará más adelante.

1. Análisis Concepto Medio Ambiente.

i) Concepto de Medio Ambiente en Doctrina y Derecho Comparado.

Etimológicamente “ambiens”, “entis”, proviene del latín significando algo que rodea o cerca.

Por su parte, la R.A.E. lo define medio como “el conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo”

Los autores advierten que, utilizar el vocablo medio ambiente, implica una redundancia, ello en consideración a que medio y ambiente son palabras con significados similares, según se desprende de los dos párrafos anteriores.

De este modo, en castellano nos encontramos ante la expresión medio ambiente, con dos términos sinónimos, a diferencia de otros idiomas como en inglés que encontramos el término “Environment”, en francés “Environnement” o en alemán “Umwelt”, que hacen referencia a la idea de medio ambiente como una sola palabra

Desde la óptica científica, el medio ambiente ha sido definido como “el conjunto de elementos naturales, es decir, aire, agua, suelo, flora y fauna que se encuentran en interacción¹.

El diccionario de términos ecológicos de **Marta Vicen Carreño y Carlos Vicen Antolín**, definen al medio ambiente como el “conjunto de organismos vivos, de las propiedades biológicas, físicas y químicas que los rodean y de las interrelaciones”².

Desde una óptica jurídica, el estudio del medio ambiente plantea constantes preguntas y desafíos para el derecho tradicional, tanto en su vertiente privada como pública. Lo expresado precedentemente, se explica porque el medio ambiente no es fácilmente reconducible a la categoría de bien patrimonial privada o públicamente apropiable, sino que presenta las características de un bien colectivo o difuso, que pertenece y afecta a todos los individuos de una sociedad determinada. En este mismo sentido, el profesor **Andrés Bordalí**³ señala que existe una fuerte corriente doctrinaria que sostiene que los bienes ambientales deben ser considerados como bienes colectivos, ya que son esencialmente indivisibles, en el sentido que no son distribuibles entre distintos sujetos

¹ GONZALEZ MARQUEZ, José Juan: “La Responsabilidad por el Daño Ambiental en América Latina”. En Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental N° 12. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. México. Distrito Federal. 1ª Edición. Año 2003. Pág. 14

² Citados por CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel: “Valoración del daño ambiental”. En Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental N° 15. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Ciudad de México. Año 2006. Página 9.

³ Ver BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: “Titularidad y Legitimación Activa sobre el Medio Ambiente en el Derecho Chileno”. En Revista de Derecho v.9 a 1. 2008. Universidad Austral de Chile. Valdivia. Página 5.

propietarios. Así, el aire aparecería claramente como un bien indivisible, sin que se pueda asignar su propiedad a los individuos aisladamente considerados, como tampoco al Estado. Agrega el autor que, por otra parte, los bienes ambientales son considerados por muchos como objeto de intereses colectivos o intereses difusos⁴, pudiendo entender estos como “aquellos que corresponden un conjunto impreciso e indeterminado de personas, no ligadas por base asociativa alguna, pero aunadas por expectativas comunes por una mejor calidad de vida”⁵.

Para Bordalí los bienes ambientales pueden ser concebidos como intereses o bienes colectivos o difusos, aún cuando su soporte material esté constituido por cosas de dominio del Estado o algún particular. El ambiente, “técnicamente está configurado como un bien de carácter colectivo, desde el punto de vista de la titularidad de su disfrute, independiente de la titularidad de los bienes que lo conforman”⁶. En este contexto, el autor señala como ejemplo las aguas y los bosques en Chile. Las primeras están en el patrimonio del Estado y los segundos (por regla general) en el patrimonio de los particulares que hayan adquirido su dominio. Sin perjuicio de ello, presentan una utilidad que trasciende la utilidad estatal o particular, para ir en el goce y beneficio de todos, esto es, del interés colectivo.

Siguiendo en el plano jurídico, existe además la dificultad de determinar la extensión del concepto mismo, existiendo en este campo tesis restrictivas y otras extensivas. Las primeras, generalmente definirán ambiente o medio ambiente desde una perspectiva ecológica; las segundas en cambio, buscarán extender el concepto a elementos socioculturales, comprendiendo estos últimos componentes antropológicos, sociales, arqueológicos entre otros.

⁴ El mismo autor, citando a Zavala de González, señala que es posible hacer una distinción entre intereses colectivos strictu sensu e intereses difusos. Los primeros estarían referidos a un ente representativo del grupo, y los segundos no pueden ser tomados a cargo de ningún organismo dotado de personalidad jurídica. De este modo, el interés colectivo es el que atañe a alguna agrupación u organización, como sería el interés de una asociación de consumidores. Por el contrario el interés difuso pertenece a todas las personas, como ocurre con el aire. No obstante, Bordalí se encarga de señalar que la diferenciación antes vista, la mayoría de las veces suelen tomarse en igual sentido, y que en este tema, no vale la pena tratarlos como conceptos diferentes.

⁵ Bordalí Andrés. Ob. Citada. Página. 7

⁶ Idem.

Analizar la extensión del concepto medio ambiente desde la óptica jurídica, tiene relevancia a la hora de delimitar los elementos o relaciones que quedarán protegidos o serán objeto de tutela jurídica⁷, y cuyo daño debe ser reparado en el evento de una afectación de los mismos, en la forma y extensión que determine el ordenamiento jurídico.

Retomando la clasificación antes mencionada, existen tesis restrictivas y tesis extensivas del concepto medio ambiente. Entre las primeras se destaca la postulada por el profesor español Martín Mateo, quien ha precisado: “la expresión ambiente puede significar muchas cosas: entorno humano, físico, cultural, recreativo, etc. Pero la versión que interesa es la que guarda relación con el mantenimiento de las constantes de la biosfera, lo que, a su vez, demanda el control de las alteraciones que puedan producirse en el normal funcionamiento de los dos sistemas básicos para la vida: la atmósfera y el agua”. Y agrega que no tiene inconveniente en incluir el suelo; en efecto, el mismo autor afirma que “este sistema está intrínsecamente ligado a los anteriores y da como ejemplo su contaminación como consecuencia de la atmosférica: lluvia ácida”⁸. Tesis restrictiva que también adopta el profesor Argentino Nestor Cafferatta⁹.

⁷ El fundamento de la extensión del concepto medio ambiente, corresponde a una materia de política ambiental que escapa del presente estudio. Sin embargo, pertinente es la distinción que hace el difunto profesor uruguayo, Mateo Magariños de Melo, quien en su obra Medio Ambiente y sociedad, distingue entre dos paradigmas en base a los cuales se desarrolla la sociedad a lo largo de la historia. El primero el Paradigma mecánico en base al cual el ser humano tiene una relación con el medio que lo rodea de carácter utilitarista y reduccionista, considera sólo aquellos elementos que le son útiles, empleando un uso indiscriminado, irracional, al considerar que estos son ilimitados, y cuyo uso sólo afectará el lugar en que este bien sea utilizado, sin considerar relación o interdependencia alguna con otros elementos o el conjunto, considerado en sí mismo. En esta etapa, que surge con la Revolución Industrial, el hombre establece una relación de dominación respecto a los bienes ambientales, considerando sólo los recursos naturales extraídos de la naturaleza. Posteriormente, y cita el autor como hito la Convención de Estocolmo del año 1972, comienza una nueva etapa, en la que se pone término al reduccionismo antes mencionado, naciendo conciencia y voces de alerta acerca del estado de deterioro del medio ambiente, como asimismo una visión holística y sistémica del medio ambiente, el cual ya no consideraría a los recursos naturales considerados como elementos aislados, sino que contemplaría todos aquellos elementos que se encuentran en interacción sean parte del sistema natural o el sistema sociocultural. Este cambio de visión tendrá una repercusión en el sistema normativo, que se diferenciará de las normativas sectoriales de antaño, para regular en forma sistémica los diversos aspectos que conforman el medio ambiente. Para mayor profundización al respecto, ver, MAGARIÑOS DE MELO, Mateo. Medio Ambiente y Sociedad. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2005.

⁸ MARTIN MATEO, Ramón.: “Valoración de los daños ambientales”. En Revista de Derecho Ambiental, publicación del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Diciembre 2003. Página. 49.

⁹ CAFFERATTA Nestor A. : “Cuantificación del Daño Ambiental”. Publicación del Centro Froward de Derecho Ambiental. Universidad de Magallanes. Chile. Año 2007. Página 9.

Otro ejemplo de tesis restrictiva, pero esta vez, a nivel de derecho comparado lo constituye la Directiva sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales de la Unión Europea, la cual contempla como elementos del ambiente a las aguas, las especies y hábitats naturales protegidos y al suelo¹⁰.

Frente a las posturas restrictivas que son minoritarias, existen aquellas que dan un alcance amplio al concepto medio ambiente, **tesis extensivas**, en virtud de las cuales éste estaría constituido por los elementos naturales bióticos y abióticos, aquellos que pueden ser considerados como sociales, económicos, culturales y estéticos, tales como el urbanismo, el patrimonio histórico, cultural y antropológico, el paisaje etc.¹¹ Entre los seguidores de esta postura encontramos a los chilenos **Bordalí, Brañes**, al español **Sánchez Sáez**, y al Mexicano **González Márquez**¹².

El profesor Raúl Brañes sostuvo que la preocupación que el derecho ambiental muestra sobre este tema se explica toda vez que importantes corrientes del pensamiento ambiental consideran que la calidad de vida de las personas está determinada no sólo por el ambiente “físico”, sino también por el ambiente “social”, lo que incluye el ambiente “cultural”. Este enfoque ambientalista, por cierto, se contrapone al enfoque puramente ecologista, que circunscribe la protección ambiental a protección la de la naturaleza. La protección del patrimonio cultural de la nación es una materia que por lo general se trata dentro de lo que se denomina el “ambiente construido”, porque una visión restringida de ese patrimonio, pero que es la que predomina en los ordenamientos jurídicos, conduce a que el objeto de la protección sean los bienes culturales, que son bienes “construidos”. Por otra parte, hay que señalar que esta vinculación entre el patrimonio cultural y el patrimonio natural de la nación, no es del todo ajena al derecho tanto interno como internacional. En efecto, en algunos casos la protección del

¹⁰ Según se desprende de la definición de daño ambiental contenida en el apartado 1 del Art.2 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medio ambientales.

¹¹ Bordalí Andrés. Ob. citada Pág. 2

¹² Castañón Manuel. Ob. citada. Pág.11 y 12.

patrimonio cultural se ha regulado junto a la protección de algunos aspectos del medio físico, como son los paisajes naturales y en general las bellezas escénicas”¹³.

Finalmente, **Castañón del Valle** adoptando la tesis extensiva, define al medio ambiente como “un conjunto de aspectos naturales y culturales que conforman el sustrato unido a la actividad de los seres vivos, susceptible de modificación por la actividad humana”¹⁴.

Cabe tener presente que la aplicación de una u otra tesis en un ordenamiento jurídico determinado definirá la extensión de los bienes o elementos objeto de protección, lo que tendrá repercusiones prácticas a la hora de concretar la reparación ambiental. Lo anterior, en razón que el concepto de reparación ambiental que se incorpore, debe ser capaz de englobar aspectos técnicos necesarios para lograr la reparación no sólo de componentes naturales sino también culturales, históricos, sociológicos etc.

ii) Concepto de medio ambiente en Derecho Positivo Chileno.

a) Concepto de medio ambiente en la Constitución Política de la República.

La Constitución Política de la República consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Así lo establece el artículo 19 N° 8 que preceptúa “La constitución asegura a todas las persona el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del estado velar porque 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.”

Al tratar el derecho de propiedad, el artículo 19 n° 24 señala que: “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del **patrimonio ambiental**”.

¹³ ROPERT, R., y SAAVEDRA, R.: "La Protección del Patrimonio Cultural en la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente a la Luz de Dos Sentencias Recientes". En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 11, Junio, 2004. Página 12.

¹⁴ Castañón Manuel. Ob. citada. Página 14.

Finalmente el artículo 20 inciso final establece “Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”

De este modo, la constitución consagra el derecho a vivir en un **medio ambiente** libre de contaminación, estableciendo el deber del estado de velar por la no afectación de este derecho y por la preservación de la **naturaleza**. Para lograr este fin, prescribe que la ley podrá establecer restricciones al ejercicio de ciertos derechos o libertades, precepto que está en concordancia con lo dispuesto en el artículo 19 n° 24 que contempla dentro de las limitaciones derivadas de la función social de la propiedad, la conservación del **patrimonio ambiental**. Y para el evento que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión imputable a una autoridad o persona determinada, se podrá recurrir por la vía jurisdiccional a través del Recurso de Protección Ambiental.

b) Extensión concepto medio ambiente en la Constitución Política de la República.

Del tenor de los preceptos antes vistos, es posible sostener que la Constitución hace referencia a tres términos relacionados y que son de importancia para el presente estudio; medio ambiente, naturaleza y patrimonio ambiental. Es necesario explicitar que en ninguna parte define estos conceptos, por ende se está en presencia de conceptos constitucionalmente indeterminados. Lo anterior deja abierto el camino al interprete, quien debe determinar si el constituyente optó por una expresión extensiva o restringida de medio ambiente. Al respecto, el profesor Humberto Nogueira, refiriéndose a la determinación del contenido del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, señala que “la Constitución no precisa el contenido del derecho que asegura, el cual queda como un concepto constitucionalmente indeterminado. Su determinación quedó entregada a la determinación jurisprudencial y a la configuración del legislador, quien la definió en la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio

Ambiente, en el Título I, artículo 2, literal II...”¹⁵ Definición ésta última, que se analizará más adelante.

Del tenor del texto constitucional, en principio se podría sostener que el constituyente adoptó el concepto restringido de medio ambiente, ello porque entre las normas ya vistas hace alusión al término naturaleza. No obstante, la respuesta se debe buscar en el origen de la norma constitucional, lo cual lleva a revisar las actas constitucionales de la comisión Ortúzar, específicamente, en la discusión relativa a la consagración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación¹⁶.

La primera norma propuesta fue la contenida en la indicación del señor Evans a la comisión constituyente, cuyo tenor era el que sigue “Es deber del Estado y de los habitantes proteger el medio ambiente. Con tal objeto la ley fijará las funciones, atribuciones y recursos que permitan a la autoridad mantener el equilibrio ecológico, obtener el mejor aprovechamiento de los recursos humanos y materiales, impedir la contaminación ambiental y tutelar el paisaje y el patrimonio histórico y artístico del país. La ley podrá imponer cargas personales y limitaciones y obligaciones patrimoniales para asegurar el cumplimiento de este precepto.”

Esta norma tenía una referencia a la obligación del Estado de preservar el paisaje, el patrimonio histórico y artístico del país, pero la comisión finalmente optó por eliminarlo debido a que “se confundirían dos ideas, una, relativa al medio ambiente, a lo que propiamente se llama equilibrio ecológico, materia muy específica y determinada, y otra, concerniente a todo aquello que constituye la preservación del paisaje, vinculado al patrimonio cultural y artístico”. Optar por incluir la segunda materia, en palabras de Díez, “la defensa del patrimonio ecológico aparece como disminuida.”¹⁷

De los párrafos anteriores, es posible desprender claramente que la primera intención del constituyente fue incorporar una garantía constitucional que abarcara no solo el medio ambiente en el sentido restringido, de equilibrio ecológico, si no que además una

¹⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Derechos fundamentales y garantías constitucionales” Tomo 2. Editorial Librotecnia. Santiago, 2008. Página 631.

¹⁶ Ver Actas Comisión Ortúzar. Sesión 86ª, celebrada en martes 12 de noviembre de 1974. Pag. 101 y sgtes. Tomo III., y Sesión 104ª, celebrada en jueves 6 de marzo de 1975. páginas 593 y siguientes.

¹⁷ Acta Comisión Ortuzar. Sesión 186ª, celebrada en martes 9 de marzo de 1976. tomo VI. Página 116 y siguientes.

protección del paisaje, el patrimonio histórico y artístico del país. Lo cual extrapolado al tema objeto de estudio, permitiría interpretar que el concepto de medio ambiente recogido sería extenso. No obstante, se opta finalmente por restringir el precepto constitucional por las razones antes vistas, lo cual lleva en principio a interpretar que el concepto de medio ambiente por el cual optó el constituyente es un concepto restringido, esto es, en el sentido de equilibrio ecológico.

c) Concepto de medio ambiente en la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Como se analizó en el punto anterior, tanto el concepto de medio ambiente, como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no fue determinado por el constituyente en forma expresa en la Constitución Política de la República, quedando su determinación en manos del legislador y la Jurisprudencia.

Es a partir de la dictación de la Ley 19.300 que este tema comienza a despejarse y delimitarse el contenido del derecho y la extensión del concepto de medio ambiente.

Así las cosas, la primera referencia al término medio ambiente se encuentra en el artículo 1 que prescribe “El derecho a vivir en un **medio ambiente** libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la **naturaleza** y la conservación del **patrimonio ambiental** se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia.” De este modo, el legislador viene a concretar la regulación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como asimismo a establecer regulaciones que tiendan a la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental. Norma que sirve de fundamento legal a la reparación ambiental, objeto del presente estudio.

Luego, la Ley 19.300 define medio ambiente en el Art. 2 literal 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”

d) Extensión concepto medio ambiente en la Ley 19.300.

La Ley 19.300 hace referencia al término medio ambiente, y a términos asociados; naturaleza, recursos naturales y patrimonio ambiental.

Hasta aquí la Ley 19.300 se encuentra en total armonía con los términos utilizados por el constituyente en el artículo 19 N°8, 19 N° 24 y en el artículo 21. La diferencia, según se analizará más adelante, radica en la incorporación del término patrimonio sociocultural que viene a ampliar en forma expresa el alcance del concepto de medio ambiente.

De este modo, al definir el concepto de medio ambiente el legislador zanja la discusión que pueda existir acerca del alcance o extensión que deba darse al mismo. Ello en razón que, para efectos prácticos, delimitado el concepto de medio ambiente por la Ley 19.300 quedaría claramente establecido el ámbito de protección del 19 N° 8, considerando el medio ambiente como un sistema global, constituido no sólo por elementos naturales, sino también artificiales y socioculturales. Esta extensión también se haría aplicable al deber que recae sobre el Estado de velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no se vea afectado, y el deber de tutelar por la preservación de la naturaleza.

Al respecto, el profesor Jorge Bermúdez señala que la “definición de medio ambiente que da el legislador chileno, tiene trascendencia no sólo porque se trate de las más autorizadas de las interpretaciones, es decir, la legal, sino también porque según lo previsto en el artículo 1 de la Ley 19.300, el contenido del derecho al medio ambiente se regulará por las disposiciones de la propia ley”. Y agrega “Consecuentemente debemos entender que esta definición legal determina lo que debe entenderse por medio ambiente a efectos de lo dispuesto en el artículo 19 N° 8”¹⁸.

¹⁸ BERMUDEZ SOTO, Jorge: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XXI. Valparaíso. Año 2000. Página 19.

e) Elementos constitutivos del concepto de medio ambiente en la Ley 19.300

El artículo 3, literal II, define medio ambiente como “el sistema global constituido por:

- a) elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica
- b) elementos socioculturales;

Agrega “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”

De lo recientemente expuesto, se desprende que nuestro legislador optó por un concepto extensivo de medio ambiente, al incorporar elementos artificiales de naturaleza física, química o biológica y los elementos socioculturales. Siguiendo de esta forma, con la tendencia mayoritaria de la Doctrina.

No obstante el avance que implica la determinación del concepto de medio ambiente, la ley vuelve a caer en indeterminación al no definir qué se debe entender por elementos artificiales y socioculturales, determinación que queda en manos de la doctrina, y en especial del juez.

Es preciso señalar, que el concepto amplio de medio ambiente no cae en discusión alguna, sobre todo por la modificación efectuada por Ley 20.414¹⁹ publicada en el Diario Oficial el 26 de Enero de 2010, que incorpora un nuevo inciso al artículo 4 de la Ley 19.300, cuyo tenor es el que sigue “ Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

¹⁹ Ley 20.417, corresponde a la ley modificatoria de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que modifica la institucionalidad ambiental, creando el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, y establece modificaciones al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental contenido en la Ley 19.300.-

Por ende, si el literal II, del artículo 2 de la Ley 19.300 contempla entre los elementos que componen el medio ambiente, los elementos socioculturales, y luego en una modificación posterior de la ley, establece como deber de los órganos del Estado con competencia ambiental, el propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas; claramente la norma está reafirmando el carácter extensivo del concepto recogido en la Ley 19.300, al incorporar en su ámbito de protección los elementos socioculturales, entre ellos el patrimonio sociocultural de los pueblos, comunidades y personas indígenas.

Siguiendo en la línea del concepto extensivo, el artículo 11 contempla la obligación de someter a Estudio de Impacto Ambiental aquellos proyectos contemplados en el artículo 10, si estos generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: letra c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbre de grupos humanos.; letra e) alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.^{20 / 21} Por ende, si el legislador establece que determinados proyectos son susceptibles de causar impacto ambiental, debiendo someterse a Evaluación de Impacto Ambiental, y luego establece que si estos generan o presentan determinados efectos o características, como lo son los impactos señalados en el artículo 11, estos impactos no recaen sobre otros elementos distintos o diversos que los elementos constitutivos del medio ambiente, considerándose impactos de una magnitud tal, que el legislador impone la obligación de someter estos proyectos a un Estudio de Impacto Ambiental.

Por otro lado, el Párrafo 6, que trata “De los Planes de Manejo, Prevención o descontaminación”, en el artículo 42 señala que “El Ministerio del Medio Ambiente conjuntamente con el organismo público encargado por ley de regular el uso o

²⁰ Ver Ley 19.300. Artículo 10 y 11.

²¹ En la discusión del proyecto de ley de reforma consta la indicación número 156, de los Senadores señores Gómez, Girardi y Vásquez, “g) Localización en, o alteración de, espacios considerados como tierras o territorios indígenas de acuerdo a la ley N° 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas, y el Convenio N° 169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales.” Indicación que finalmente fue rechazada por la Comisión de Medio Ambiente del Senado, por dos fotos favorables y tres en contra.

aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá, cuando corresponda, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de los mismo, a fin de asegurar su conservación. Estos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones: b) Mantención del valor paisajístico;...”

De los preceptos antes transcritos, se puede reafirmar el concepto extensivo de medio ambiente que contempla la Ley 19.300. Normativa que si bien no define qué debemos entender por elementos naturales, artificiales y socioculturales, aporta términos de gran relevancia para la determinación de los componentes de los elementos del medio ambiente, en especial los socioculturales, dentro de los cuales destacan: identidad; idiomas; instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos; comunidades y personas indígenas; Reasentamiento de comunidades humanas; sistemas de vida, costumbre de grupos humanos; valor paisajístico o turístico de una zona, monumentos sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y patrimonio cultural entre otros. Estos términos permiten ir precisando los elementos del medio ambiente, y por tanto hacerlos determinables.

f) Concepto extensivo de medio ambiente en la Jurisprudencia chilena.

En materia de Jurisprudencia se destacan 4 fallos que reconocen el concepto amplio de medio ambiente recogido en la Ley 19.300. En el primer y segundo fallo se reconoce el patrimonio cultural, en el tercero el patrimonio arqueológico, y el cuarto las tradiciones culturales de los pueblos indígenas.

Consejo de Defensa del Estado con CTC STARTEL S.A. ²²

Sentencia pronunciada por la Corte Suprema en el 2003, en juicio seguido contra CTC STARTEL S.A. por la instalación de una antena de telefonía móvil en una **Zona típica o Pintoresca**²³ de La Serena, declarada como tal en virtud de Decreto Supremo N° 499 del Ministerio de Educación pasando de este modo, a constituir un área de protección

²² Sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 30 de Diciembre de 2003, recaída en el Juicio caratulado “CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO CON CTC STARTEL S.A. Causa Rol 306-2000

²³ Las zonas típicas o pintorescas constituyen una de las categorías de protección del patrimonio cultural contempladas en la Ley 17288 sobre Monumentos Nacionales y tienen por objeto mantener el carácter ambiental y propio de ciertas poblaciones o lugares donde existen ruinas arqueológicas, o ruinas y edificios declarados Monumentos Históricos.

ambiental para efectos culturales. En esta sentencia se hace un pronunciamiento expreso reconociendo al *patrimonio cultural* como parte integrante del medio ambiente, debiendo por ello ser objeto de protección conforme a la LBGMA²⁴.

Fisco con Sociedad Química y Minera de Chile.

Sentencia pronunciada por la Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de Corte Apelaciones de Antofagasta de fecha 19 de Abril de 2004, que revocó la de primera instancia del Tercer Juzgado Civil de esa ciudad, que condenaba solidariamente a Soquimich e Ilustre Municipalidad de Antofagasta, como coautores de daño ambiental, a restaurar y reparar materialmente e íntegramente el daño ambiental, realizando la reconstrucción de la Casa de Huéspedes de Antofagasta, propiedad de Soquimich, en el mismo lugar donde se encontraba emplazada, y de acuerdo a los planos originales del inmueble. Se establece que las zonas típicas o pintorescas, son áreas colocadas bajo protección oficial para los efectos del sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de los proyectos o actividades que se realicen en ellas. Por tanto, al estar la casa de huéspedes en una zona típica, pertenece al *patrimonio cultural* del país, y en aplicación del concepto de medio ambiente de la Ley 19.300, las zonas típicas, constituyen elementos socioculturales del medio ambiente.

Consejo de Defensa del Estado con Compañía Industrial Puerto Montt S.A.²⁵

Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en abril del 2004, en juicio seguido contra una empresa industrial maderera por la destrucción de un sitio arqueológico en Bahía Ilque, al sur de Puerto Montt. Este fallo tiene una gran trascendencia pues es el primer fallo ejecutoriado que condena a una empresa a reparar e indemnizar los daños causado al *patrimonio arqueológico de Chile* y por otro lado

²⁴ ROPERT Rodrigo y otro. Ob. Citada. Página 2 y siguientes.

²⁵ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, con fecha 2 de abril de 2004, recaído en Juicio caratulado CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO CON COMPAÑÍA INDUSTRIAL PUERTO MONTT S.A., causa rol 612-1999, seguida ante el Segundo Juzgado de Letras de Puerto Montt.

ratifica que el concepto de ambiente contenido en la ley se hace extensivo a los componentes culturales, en este caso de interés arqueológico.²⁶

Francisca Linconao Huircarpan con Sociedad Palermo Limitada.

La recurrente doña Francisca Linconao interpone Recurso de Protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco, en contra de la Sociedad Palermo Limitada, fundando su acción “en la corta ilegal de árboles nativos en el Fundo Palermo Chico, y en el predio colindante denominado Palermo Grande. Señalando que dicha tala es ilícita, por cuanto se efectuó dentro del perímetro de 400 metros más próximos a 3 manantiales, cuyos nacimientos se están en cerros del sector, incumpliendo de este modo con el artículo 1 N 12 de la Ley de Bosque Nativo y Fomento Forestal. Como segundo acto que le imputa a la recurrida, señala que ésta ha realizado plantación de especies exóticas en los lugares donde se talaron especies nativas, situación que se vería agravada por la existencia de comunidades indígenas colindantes, con bosques ancestrales, existiendo contaminación de aguas vitales para su existencia, más aún teniendo presente que los manantiales presentes en el predio son denominados por la etnia mapuche como Menokos, y tienen el carácter de sagrados. A lo cual se suma, la introducción de especies exóticas en lugares que se recogían antiguamente yerbas medicinales. Todo lo cual implica la destrucción del medio ambiente en que viven desde hace siglos”.

Este fallo reviste de gran importancia para el objeto del presente estudio, por cuanto recoge un concepto extensivo de medio ambiente, en una hipótesis de daño en el cual se ven afectados elementos naturales y elementos *socioculturales intangibles*, basándose en la definición dada por la Ley 19300, en concordancia con disposiciones contenidas en normativa nacional e internacional. Dentro de estas últimas destacan las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT.²⁷

²⁶ Ibid. Pág. 6

²⁷ Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de Junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado por Decreto Supremo N° 236 de 14 de Octubre de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Publicado en el Diario Oficial con la misma fecha, y que entró en vigencia en nuestro país a contar del 15 de Septiembre de 2009. Pertinente son las normas contenidas en el artículo 4 N° 1, 5, 8 y 13 N° 2. Así el 4 N°1 establece que “se deberán adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Art. 5 “Deberá reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas, y espirituales propias de dichos pueblos. En el mismo sentido, el artículo 8. Luego el artículo 13 establece que “Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores

En este sentido, el Considerando Décimo Quinto establece “Que tomando como base el concepto amplio de medio ambiente indicado, el significado de Menoko, de medicina antropológica, de tierra para el mundo indígena relacionado con los valores Dignidad y Libertad y apreciados de acuerdo a la sana crítica, todos los antecedentes acompañados, es claro que, se ha cometido un acto ilícito, ello en primer lugar por lo expuesto en el informe del organismo especialista en la materia, como lo es la Dirección de Aguas de la Araucanía, que declara que en el lugar materia de estudio, existen 3 manantiales, manantiales que según el informe de la CONADI, representan espacios culturales de carácter sagrado para la etnia mapuche y, en especial, con el rol etnoterapéutico del o la machi. Esta ilicitud se desprendería además de la tala de árboles y arbustos nativos dentro de un perímetro de los 400 metros que nazcan de los cerros y de los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto que la vertiente tenga su origen hasta aquel en que llega al plano. Como también, en cuanto la ladera sureste del Cerro Rahue se realiza una corte de bosque nativo, sin que exista un plan de manejo”

g) Concepto de medio ambiente y el elemento sociocultural en la Ley 19.300.

Conforme a la definición de medio ambiente vista anteriormente, éste se define como un “sistema global compuesto por elementos naturales, artificiales y socioculturales...”. Respecto a los elementos naturales no existe dificultad en su determinación y no es difícil encontrar fallos²⁸ que acojan daños por reparación del medio ambiente en sus elementos naturales, como lo sería el daño ocasionado con la tala ilegal de alerces vivos, y otras especies nativas sin plan de manejo aprobado, contaminación por vertidos tóxicos a un lecho de un río, la caza de especies declaradas en vía de extinción, etc. Esta

espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna u otra manera y en particular N° 2 “que la utilización del término tierras deberá incluir el término territorio, los que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera.

²⁸ Estado de Chile con Sociedad Agrícola Mañío Limitada, acción ambiental por Corta no autorizada de bosque nativo, consistente principalmente en coigue, araucaria y lenga, utilizando la técnica denominada “floreo”, esto es la selección de los mejores individuos, dejando los peores en pie., lo que no asegura la regeneración futura del bosque. / Fisco con Cereceda Zuñiga Raúl Germán. Acción de reparación ambiental **por tala ilegal intensa de alerce vivo y otras especies de bosque nativo, sin plan de manejo aprobado por CONAF, en predio de propiedad del autor de daño ambiental.** Ver URIARTE RODRIGUEZ, Ana Lya. “Jurisprudencia Ambiental”. En Revista Consejo de Defensa del Estado. N°16. Año 2006.

tendencia poco a poco se está proyectando en el ámbito del patrimonio cultural y el patrimonio arqueológico, cuyo reconocimiento ha sido explicitado en los fallos vistos en el punto anterior. Lo que queda por establecer, es qué ocurre respecto de la extensión del concepto medio ambiente a los elementos socioculturales en su faz intangible, por cuanto hasta el día de hoy no existe constancia de alguna acción de reparación ambiental de este tipo de elementos. Los únicos pronunciamientos que recogen estos elementos en el concepto de medio ambiente emanan de los tribunales superiores de justicia conociendo de los Recursos de Protección.

El profesor Brañes señala en lo pertinente “que la protección del patrimonio cultural de la nación es una materia que por lo general se trata dentro de lo que se denomina el “ambiente construido”, porque una visión restringida de ese patrimonio, pero que es la que predomina en los ordenamientos jurídicos, conduce a que el objeto de la protección sean los bienes culturales, que son bienes “construidos”²⁹. Contestes con el sentido de patrimonio construido están los fallos pronunciados en juicios de reparación ambiental.

A mí entender, existirían tres normas de trascendencia en la Ley 19.300 que hacen referencia explícita e implícita al patrimonio sociocultural, ya no en el sentido de bienes construidos, sino que en el sentido de bienes sociales en su faz intangible como lo serían los sistemas de vida, la tradición, el idioma no escriturado, costumbres de un pueblo, etc.

En primer lugar el Art. 2 literal m) cuando define medio ambiente como sistema global constituido por elementos naturales y artificiales..., **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.**”

Luego el artículo 4, en su reciente inciso segundo incorporado por Ley 20.417 al establecer como deber de los órganos con competencia ambiental el propender por la adecuada conservación, desarrollo, y fortalecimiento de la identidad, idiomas,

²⁹ Citado por Ropert Rodrigo y otro. Ob. Citada. Pág.12.

instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas..”

Y por último, el artículo 11 literal b) al establecer que deben presentar Estudio de Impacto Ambiental, los proyectos o actividades señaladas en el artículo 10, cuando generen reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. Norma que se ve complementada por lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental³⁰, al definir comunidades humanas y establecer dimensiones que deben ser medidas para efectos de evaluar si el proyecto o actividad genera alteración significativa de los sistemas de vidas y costumbres de grupos humanos.

De este modo, el art. 8 antes singularizado considera como “comunidades humanas o grupos humanos a todo conjunto de personas que comparte un territorio, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas, y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo”

³⁰ **Artículo 8.-** El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas, se considerará el desplazamiento y reubicación de grupos humanos que habitan en el área de influencia del proyecto o actividad, incluidas sus obras y/o acciones asociadas.

Se entenderá por comunidades humanas o grupos humanos a todo conjunto de personas que comparte un territorio, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas, y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo.

Asimismo, a objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, se considerará el cambio producido en las siguientes dimensiones que caracterizan dicho sistema de vida:

a) dimensión geográfica, consistente en la distribución de los grupos humanos en el territorio y la estructura espacial de sus relaciones, considerando la densidad y distribución espacial de la población; el tamaño de los predios y tenencia de la tierra; y los flujos de

comunicación y transporte;

b) dimensión demográfica, consistente en la estructura de la población local por edades, sexo, rama de actividad, categoría ocupacional y status migratorio, considerando la estructura urbano rural; la estructura según rama de actividad económica y categoría ocupacional; la población económicamente activa; la estructura de edad y sexo; la escolaridad y nivel de instrucción; y las migraciones;

c) dimensión antropológica, considerando las características étnicas; y las manifestaciones de la cultura, tales como ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones, celebraciones, festivales, torneos, ferias y mercados;

d) dimensión socio-económica, considerando el empleo y desempleo; y la presencia de actividades productivas dependientes de la extracción de recursos naturales por parte del grupo humano, en forma individual o asociativa; o

e) dimensión de bienestar social básico, relativo al acceso del grupo humano a bienes, equipamiento y servicios, tales como vivienda, transporte, energía, salud, educación y sanitarios.

De todas las normas antes transcritas, se pueden extraer los siguientes componentes del elemento sociocultural, en su faz intangible: sistemas de vida, costumbres, intereses comunitarios, sentimiento de arraigo, identidad, idiomas, instituciones y en general tradiciones sociales y culturales. Todos estos componentes permiten ir delimitando el concepto de elemento sociocultural, y como correlato el contenido del concepto de medio ambiente.

Tomando como base los componentes del elemento sociocultural, cabe preguntarse por ejemplo, por los efectos que genera actualmente la pesca industrial, sobre la pesca artesanal de pequeñas caletas de pescadores que han visto mermada significativamente la extracción de peces y especies bentónicas, actividad que se afecta aún más con prácticas de pesca de arrastre. Si bien las zonas más afectadas por estas mermas significativas tradicionalmente se asocian a pequeñas caletas del sur del país, lo cierto es que corresponde a un escenario que se repite y aumenta en todas las caletas del país³¹. Este deterioro en el medio ambiente originado por el daño directo sobre elementos naturales, como lo constituye la sobreexplotación de estos recursos, trae aparejada la alteración significativa de las costumbres, tradiciones, identidad en las caletas que se desarrollan en torno a esta actividad extractiva. Más preocupante es la situación si se considera que éste tipo de daño difícilmente puede atribuirse a una compañía pesquera determinada.

También se podrían considerar las alteraciones significativas que pueden afectar a pequeñas comunidades indígenas y campesinas en el norte del país a consecuencia de proyectos mineros, o la afectación significativa en los sistemas de vida que podría llegar a provocar la construcción de mega represas para fines hidroeléctricos en la región de Aysén. Pensar por ejemplo en el aumento considerable de población que llegaría atraída por la demanda laboral de mano de obra, mientras dure la construcción

³¹ En un reportaje de un noticiero nacional se entrevistó a un pescador de la Caleta el Membrillo de Valparaíso que, ante a la disminución considerable de la extracción de peces, decidió cambiar de oficio al de fotógrafo en la misma Caleta. Caleta que hoy en día subsiste mayormente por la atracción turística que generan sus tradiciones, como lo constituye la fiesta de San Pedro. Tradiciones y costumbres cuya subsistencia dependen directamente de la existencia de los pescadores y sus relaciones e interacciones, las cuales se mantendrán mientras no desaparezca la fuente de esta actividad, cual es la extracción de recursos pesqueros y bentónicos. Caleta que por lo cierto, contribuye en la configuración de la identidad y patrimonio cultural de la comuna de Valparaíso, cuyo casco histórico ha sido declarado Patrimonio Cultural de la Humanidad por la UNESCO.

de la infraestructura de una represa, y los consiguientes impactos que pueden afectar a una zona con baja densidad poblacional con gran sentimiento de arraigo por su patrimonio natural y sus costumbres.

2. Análisis del concepto medio ambiente libre de contaminación.

Como se expuso en los acápites anteriores, el derecho que consagra la constitución en el artículo 19 N° 8, corresponde al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Estableciendo el deber del estado de velar por la preservación de la naturaleza y la no afectación de este derecho. Norma que establece finalmente que podrá la ley establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente. En este contexto y con este fundamento constitucional el ordenamiento jurídico chileno contempla como mecanismo de protección ante la vulneración de éste derecho, el Recurso de Protección Ambiental consagrado en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, y la acción de reparación ambiental consagrada en el artículo 53 de la Ley 19.300.- cuya base se encuentra reafirmada en el artículo 3 de la misma ley, acción que se analizará en el capítulo siguiente.

Partiendo de la base que la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuenta con mecanismos u acciones destinadas a restablecer el imperio del derecho vulnerado, cabe entonces delimitar qué se debe entender por medio ambiente libre de contaminación.

La expresión anterior no debe entenderse en el sentido de medio ambiente totalmente exento de contaminación. Ello por cuanto, dado el estado actual de desarrollo sería un objetivo utópico e inalcanzable. De considerar el texto en su sentido literal implicaría que ante cualquier afectación del medio ambiente que implique algún grado de contaminación del mismo, se activarían los mecanismos contemplados en la constitución, como el recurso de protección ambiental. Asimismo el Estado violaría en forma constante su deber de protección del medio ambiente consagrado en la constitución. De sostener esto último, por ejemplo, carecería de sentido el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que se basa justamente en el desarrollo de

actividades sea industriales, extractivas, urbanísticas, etc., que en sí misma implican un impacto al medio ambiente, actividades que se encuentran establecidas en el artículo 10 de la ley.

Por ende, en un primer acercamiento, es posible sostener que la expresión medio ambiente libre de contaminación proyecta su alcance a un objetivo de menor ambición, a un medio ambiente con un grado de contaminación tolerable, esto es, que no afecte la calidad de vida de las personas.

i) Extensión concepto medio ambiente libre de contaminación en la Constitución de la República.

Si bien el derecho consagrado en el artículo 19 N° 8, hace expresa mención al medio ambiente libre de contaminación, el contenido de esta expresión no fue determinado por el constituyente, motivo que lleva a dilucidar su sentido en las discusiones de la comisión constituyente. Consta en la historia de la redacción de la norma, que el señor Evans efectuó cambios en la redacción propuesta por la CONICITYT, quedando la norma redactada en el siguiente sentido: “La Constitución asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de **toda** contaminación. Corresponde al Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de los recursos naturales.

“La ley podrá establecer determinadas restricciones al ejercicio de algunos derechos o libertades para proteger el medio ambiente.”

Ante tal indicación, a propuesta del señor Diez, se suprimió la palabra “toda”, quien argumentó lo anterior en razón que la civilización lo ha hecho imposible, y agrega que “dejaría, simplemente, la frase “libre de contaminación”. Finaliza señalando que “esta expresión la entiende referida al sentido natural de un ambiente que permita desarrollar la vida humana en condiciones normales, porque, en realidad, no existe en la civilización un ambiente libre de “toda” contaminación”³²

³² Acta oficial de la comisión constituyente. Tomo VI. Sesión 184 celebrada de 03 de Marzo de 1976. Biblioteca Congreso Nacional. Página 122.

ii) Extensión del concepto medio ambiente libre de contaminación en la Ley 19.300.

El artículo 2, literal m) de la Ley, define al medio ambiente libre de contaminación como “aquel en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y periodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental.” Norma que debe ser complementada con las definiciones de contaminación y contaminante contenidas en los literales c) y d) del art. 2 de la ley 19.300. El literal c) define contaminación como la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores según corresponda a las establecidas en la legislación vigente; y literal d) define contaminante, como todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo , pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental.”

Con las definiciones antes mencionadas, desaparece la indeterminación del concepto medio ambiente libre de contaminación, dejada por el constituyente, desprendiéndose de las mismas normas que el legislador acepta un margen de contaminación tolerable, cuyo límite estaría determinado por el riesgo:

- a la salud de las personas
- a la calidad de vida de la población
- a la preservación de la naturaleza, o
- a la conservación del patrimonio ambiental.

Esta idea de contaminación tolerable, se ve reafirmado con el Sistema de Evaluación Ambiental contenido en la ley, siendo pertinente mencionar el contenido en el literal k) que define Impacto Ambiental, como la “alteración del medio ambiente provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”, concepto

que debe relacionarse con el artículo 10 y 11, el primero prescribe “Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes...” y el segundo establece que “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias...”.

Por ende, el legislador acepta el desarrollo de actividades susceptibles de causar impacto en el medio ambiente, pero este impacto no podrá sobrepasar los márgenes establecidos por el legislador y por las normas primarias y secundarias de calidad ambiental.³³

iii) Bien jurídico protegido en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Previo a desarrollar este punto, es preciso aclarar que los conceptos dados por la Ley 19.300 en ningún caso pueden considerarse como leyes interpretativas de la constitución, pues para ello requerirían de un quórum de aprobación especial.³⁴ Sin embargo éstas tendrán una clara y decisiva influencia en la interpretación de las normas constitucionales cuando corresponda hacerlo a los tribunales requeridos.³⁵ Como acertadamente lo señala el profesor Bermúdez es la más autorizadas de las interpretaciones, esto es la legal, y además, el propio artículo 1 de la ley señala que la regulación del medio ambiente libre de contaminación se regulará por las disposiciones de la misma.

Precisado lo anterior, y delimitados los conceptos de medio ambiente y medio ambiente libre de contaminación, procede delimitar cuál es el bien jurídico protegido en el

³³ Artículo 2, letra n) y ñ) de la ley 19.300 **definen Norma Primaria de Calidad Ambiental**, como aquella que establece los valores de las concentraciones y periodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, residuos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población; y **la Norma Secundaria de Calidad Ambiental**, como aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza.

³⁴ Bordalí Andrés. Ob. Citada. Página 2

³⁵ Bordalí, Andrés. Ob. Citada. Página 4.

derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Siguiendo al profesor Andrés Bordalí, para poder determinar el bien jurídico protegido, se debe responder ¿qué se protegería reconociendo un derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación?

En este punto, existen posturas que ven en este derecho un bien jurídico autónomo que se protege, como lo es la calidad de vida y el bienestar de las personas. Postura que sería minoritaria en doctrina. Y por otro lado, estaría aquella postura mayoritaria que vería en la norma la protección de bienes jurídicos como la vida, la salud, la integridad física y psíquica de las personas³⁶. Entre los primeros, que a juicio personal constituye la sana doctrina, se encontrarían los profesores Bordalí y Nogueira.

a) Postura que considera el ambiente libre de contaminación como bien jurídico no autónomo.

Para esta postura, el bien jurídico protegido con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sería la vida, la integridad física y psíquica o la protección de la salud. “Este derecho no protegería bienes jurídicos nuevos dentro del orden constitucional, sino que reforzaría los ya tradicionalmente existentes, que ya se han mencionado.”³⁷ En lo referente, Bordalí sostiene que la idea de concebir a este derecho como instrumento de garantía de otros derechos no tiene ningún sentido. Agrega el autor, si una persona sufre una perturbación en su derecho a la vida o integridad física o psíquica, por la vía que sea, puede presentar una demanda judicial para la defensa de estos derechos³⁸. Nada impediría por ejemplo la interposición de un Recurso de Protección conforme al artículo 20 de la Constitución Política de la República. Siguiendo con lo planteado por el autor, si el ambiente contaminado es sólo otro medio por el cual se puede perjudicar a ese derecho a la vida o a la integridad física o psíquica, se estaría confundiendo –al consagrarlo como derecho fundamental- el derecho con los supuestos de hecho de una agresión. En un catálogo de derechos fundamentales reconocidos, ningún derecho puede subsumir o reemplazar a otro, lo cual no quiere decir que se niegue su relación y que por unos mismos hechos se puedan ver afectados

³⁶ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: “Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente”. Editorial Fallos del Mes. Santiago. Año. 2004. Página 109.

³⁷ Idem.

³⁸ Ibid. Página 111.

conjuntamente varios derechos. Para una mejor comprensión, da como ejemplo una fabrica que arroja sustancias tóxicas a la casa y a una finca plantada con frutales del vecino, la cual puede afectar conjuntamente el derecho a la vida o salud de éste, su derecho de propiedad, así como su derecho a disfrutar de un medio ambiente libre de contaminación, pero insiste, “ningún derecho se subsume en el otro” y finaliza diciendo que “Todos esos derechos fundamentales protegerían bienes jurídicos autónomos y diferentes”.³⁹

b) Postura que considera el ambiente libre de contaminación como bien jurídico autónomo.

Este sector minoritario de la doctrina nacional, al cual adscribo, sostiene que existiría un bien jurídico autónomo, desvinculándolo de los derechos a la vida y a la salud⁴⁰. Sin perjuicio de la conexividad e interrelación de los derechos fundamentales⁴¹. El bien jurídico protegido sería el bienestar de las personas, entendiendo por tal, la relación perceptible por el ser humano entre éste y el estado de las propiedades del medio. Se le asimila en palabras de Bordalí, con el concepto de calidad de vida, escala de vida, estado de vida. Se trata no ya de la aptitud de vivir en un determinado medio ambiente, para cuya defensa están los derechos a la vida, integridad física y psíquica y a la protección de la salud, sino de vivir con unas determinadas condiciones de calidad respecto del bien ambiente.

De este modo, si se considera que lo dañado es la calidad de vida o el bienestar del ser humano, el correlato lógico para obtener la reparación del medio ambiente, sería la restitución del medio ambiente a condiciones que permitan una calidad de vida acorde que permita el bienestar humano, propendiendo acercarse de la mejor forma posible al estado de calidad de vida existente antes de la ocurrencia del daño. Para lo cual dependiendo del elemento afectado por el daño, sea el aire, agua, paisaje, patrimonio

³⁹ Ibid. Página 112.

⁴⁰ En este punto seguiré lo señalado por el profesor Bordalí en orden a que el derecho en cuestión protege a personas humanas y no al medio ambiente, a la naturaleza o determinados bienes ambientales, y que cuando se protege a la naturaleza, como lugar en donde el hombre desarrolla su vida, se protege al hombre como único sujeto de derechos, y ese es el sentido de toda protección jurídica del medio ambiente. Dejar en claro el sujeto de protección jurídica hoy en día toma relevancia, sobre todo tomando en cuenta que existen países que consideran al medio ambiente como sujeto de derechos, como ocurre actualmente en la Constitución Política del Ecuador.

⁴¹ Nogueira, Humberto. Ob. Citada. Página. 632.

cultural etc., se deberá establecer mecanismos de reparación que permitan tal objetivo. Punto, este último que será abordado en el capítulo siguiente.

3. Análisis del concepto daño ambiental.

Delimitados ya los conceptos de medio ambiente y medio ambiente libre de contaminación, y el bien jurídico que protege tanto el constituyente como el legislador, corresponde delimitar el concepto de daño ambiental, el cual deberá estar en armonía con los dos conceptos que le preceden, medio ambiente y medio ambiente libre de contaminación. Lo anterior se explica, porque el concepto de daño ambiental debe tener la cualidad de poder ser aplicado a la afectación del medio ambiente en sentido general, como también a uno o más de los elementos que lo componen, sean estos naturales, artificiales o socioculturales. Así mismo, debe recaer sobre hechos lesivos del medio ambiente que sobrepasen los parámetros de afectación permitidos, tanto en la normativa legal como reglamentaria, y no establecer estándares más exigentes lo establecido en éstas.

La importancia de delimitar este concepto está dada según se verá, por la entidad, gravedad, circunstancias o características que debe reunir el hecho lesivo que afecte al medio ambiente o alguno de sus componentes. Ello por cuanto, una vez reunidas estas circunstancias se estará frente a un daño ambiental, cuya reparación podrá perseguirse por la vía de la acción de reparación ambiental contemplada en el artículo 53 de la Ley 19.300, acción que se analizará en el próximo capítulo.

i) Concepto de daño ambiental en Doctrina y Derecho Comparado.

El daño al medio ambiente reviste características especiales que lo distinguen del daño civil tradicional. Estos factores diferenciadores tendrán repercusión directa en la forma de reparación que se adopte en un ordenamiento jurídico determinado. El primer factor a considerar lo constituye la naturaleza del bien jurídico que se verá afectado con el daño ambiental; y en segundo lugar, la entidad de la afectación que permita configurar un daño al medio ambiente.

a) Naturaleza del bien jurídico afectado con el daño ambiental.

La doctrina sostiene que, el bien jurídico protegido corresponde a un bien de carácter colectivo, cuya titularidad en el disfrute pertenece a la colectividad. Este disfrute emana directamente de los bienes y servicios que reporta el medio ambiente a la colectividad, como lo serían a vía de ejemplo la captura de carbono, regulación del clima, recreación etc.

Se trata de bienes que no pertenecen al sujeto en el sentido clásico, (no como algo estrictamente suyo), sino que su titularidad se fragmenta entre una cantidad de indefinidos sujetos particulares, a veces con repercusión en seres todavía inexistentes (el llamado daño a la tercera generación). Dicho carácter colectivo incidirá directamente en las características del daño ambiental.⁴²

De lo expuesto en el párrafo anterior se desprende que, ante el daño a un bien jurídico de tal naturaleza estaremos en presencia de un daño colectivo. En este mismo sentido Matilde Zavala de González, afirma que “hay daños colectivos cuando se lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía, y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una realidad grupal. A su vez el daño grupal es calificable como difuso cuando el goce de un interés se muestra extendido, difundido, dilatado; se propaga o diluye entre los miembros del conjunto, sea que éste se encuentre o no organizado o compacto”⁴³.

Al respecto, el profesor Cafferatta sostiene que “se trata de un daño supraindividual que no consiste en la suma de daños individuales. Ni en un perjuicio de bienes propios y particulares de los individuos, sino una lesión actual y concreta, solo desde el punto de vista de la entera colectividad que los sufre. El daño colectivo, el daño difuso afecta simultánea y coincidentemente al grupo. Cada miembro es titular de un fragmento del interés lesionado, y se trata de un mismo y único daño”⁴⁴.

⁴² CAFFERATTA NÉSTOR A.: “Breves Reflexiones sobre la Naturaleza del daño ambiental colectivo”. En Revista Centro de Estudios Judiciários. Brasília. N° 29. Año 2005. Pág. 22.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

b) Entidad de la afectación que permite configurar un daño ambiental.

En materia de daño civil tradicional se sostiene que todo daño debe ser indemnizado, dejando fuera las meras molestias. Tratándose del daño ambiental la situación es muy distinta, ello por cuanto se acepta un grado de afectación o impacto al medio ambiente.

De este modo, en Doctrina y Derecho Comparado se establecen parámetros que permiten determinar cuando la afectación sobrepasa los límites o márgenes tolerados por un ordenamiento jurídico determinado, configurándose por tanto el daño ambiental.

En este sentido, el **Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)** ha definido al daño ambiental como “Un cambio que tiene un impacto adverso considerable sobre la calidad de un particular ambiente o alguno de sus componentes, incluyendo sus valores utilitarios y no utilitarios y su capacidad para soportar una calidad de vida aceptable y sustentable y un equilibrio ecológico viable”⁴⁵.

La reciente **Ley General del Ambiente Argentina** en su Art. 27 lo define como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.⁴⁶

La **Directiva 2004/35 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales**, define el daño ambiental como “el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente”⁴⁷. Esta definición está en armonía con el concepto restringido de medio ambiente que contempla dicha Directiva.

Nótese que en las definiciones antes dadas siempre se agrega un adjetivo calificativo a la alteración, perturbación o amenaza, tales como “**adverso**” en la Directiva; “**relevante**” en la Ley argentina y “**considerable**” por parte del PNUMA. Cuestión que

⁴⁵ González, José. Ob. citada Pág. 26.

⁴⁶ Ley General del Ambiente de Argentina. Nº 25 675 – B.O. 2002 – 11 -27

⁴⁷ Artículo 2, n° 2 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

constituirá en definitiva una de las características principales para configurar el daño ambiental, haciendo exigible la reparación ambiental.

En definitiva no puede tratarse de cualquier daño, pues el “Desarrollo de las Sociedades” siempre importará un sacrificio al medio ambiente, pero la idea es que este sacrificio o daño sea de poca envergadura y no sobrepase los parámetros que lo lleven a ser significativo, relevante o considerable, aspecto sobre el cual en definitiva, el juez que conozca de la causa será quien deba pronunciarse.

ii) Concepto de daño ambiental en la Constitución Política de la República.

El término daño ambiental no está consagrado expresamente en la Constitución Política de la República, no obstante, implícitamente estaría incorporado en la segunda parte del numeral 8, del artículo 19, tras referirse al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, agrega que “es deber del Estado velar porque este derecho no se vea afectado”, por lo cual existiría implícita e indirecta referencia al daño ambiental, ello porque al establecer el deber de velar por la no afectación del derecho, indirectamente está velando por la no afectación del medio ambiente.

iii) Concepto de daño ambiental en la Ley 19.300.

El literal e) del artículo 2 de la Ley 19.300, define daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”

El profesor **Rafael Valenzuela**, integrando los conceptos de Ambiente y Daño Ambiental dados por la Ley 19.300 obtiene el siguiente concepto “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al 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; así como toda pérdida, disminución, detrimento o

menoscabo significativo infligido a uno o más de los componentes de este sistema global”⁴⁸

Por su parte, Ruiz Piracés critica la redacción dada por la Ley 19.300, y postula que se debería distinguir entre daño ambiental y daño ecológico, ya que éste último está inmerso en la definición de daño ambiental, el cual agrupa y da un mismo tratamiento a daños tan disímiles como el daño causado a bienes de carácter cultural y el daño que se genera a biotipos. Fundamenta su crítica en razón que, “a diferencia del concepto de daño ambiental, el daño ecológico se caracteriza por la naturaleza material del bien lesionado. El daño ecológico se refiere a daños en bienes naturales. Estos son, en su gran mayoría, bienes de muy difícil delimitación que, formando parte de sistemas de relaciones altamente complejos, poseen funciones precisas, ya sea como productores, consumidores o destructores⁴⁹. “Distinta situación ocurre respecto de los bienes culturales, que si bien, al igual que con los bienes naturales, la sociedad tiene un interés en la mantención y conservación de estos bienes, a diferencia de los naturales, la calidad de bien cultural es producto de un consenso social, mientras que en el caso de los bienes naturales ello dependerá de su naturaleza material”⁵⁰. Otra desventaja importante se presentaría en la acreditación del nexo causal, ya que tratándose del daño ecológico esta exigencia se enfrenta a serias dificultades probatorias, ya que muchos daños proceden de fuentes lejanas, de fuentes múltiples o son el resultado de largos procesos de incubación.^{51/52}

a) Condiciones de gravedad, entidad o características que debe reunir el daño para estar frente a un daño ambiental conforme a la Ley 19.300.

El concepto de daño ambiental dado por la ley hace referencia al término significativo, de modo que para estar frente a un daño ambiental será necesario estar frente a una

⁴⁸ FIGUEROA B, Eugenio y otros: “La Responsabilidad civil ambiental, el daño al medio ambiente y su valor: “Una aproximación económica”. En Revista de Derecho Ambiental. Universidad de Chile. N° 2. Año 2006. Pág. 72 y 73

⁴⁹ Ver RUIZ PIRACÉS, Roberto. “Hacia un nuevo tratamiento legal del daño ecológico en la ley ambiental chilena”. Revista Ambiente y Desarrollo. Vol. XII. N 4. Año 1996. Pág. 50.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Ibid. Pág. 56.

⁵² El autor agrega que respecto del daño ecológico debiere flexibilizarse la rigurosidad en la prueba causal con la incorporación de un mayor número de presunciones legales, las cuales debieran apuntar, básicamente, a cubrir casos de daños ecológicos distantes o de sumación. En esta clase de daños se percibirían las mayores externalizaciones negativas, justamente por la dificultad probatoria que implican.

alteración, pérdida o menoscabo significativo en el medio ambiente o uno de sus componentes, sean estos naturales, artificiales o socioculturales.

Ruiz Piracés aplicando el término significativo al daño ecológico lo define como “aquel que por su intensidad, magnitud y duración supera la medida de lo aceptable y no puede ser idóneamente absorbido por los bienes ecológicos lesionados”⁵³ Agrega que su contenido está determinado mayoritariamente por el estado de la ciencia y la técnica, y su umbral por la naturaleza de los bienes afectados. Así por ejemplo, en el caso de daños a suelos o aguas, de deterioro de biotipos y de hábitats de ciertos animales, el carácter de la significación estará influido por la función de bien ecológico, su capacidad de regeneración, la región donde ocurrió el daño y su escasez, entre otros aspectos.

Ahora bien, cabe preguntarse qué se debe entender por alteración significativa tratándose de daños a los elementos socioculturales tangibles e intangibles. ¿Cuándo estaremos en presencia de una alteración, pérdida o menoscabo significativo de una ruina arqueológica, de una tradición indígena? La ley nada dice al respecto, ni tampoco nos aporta parámetros que permitan determinar el grado de significación del daño⁵⁴.

⁵³ Ruiz, Roberto. Ob. citada. Pág. 52

⁵⁴ No obstante lo anterior, y con el objeto de permitir un acercamiento a la delimitación del carácter significativo del daño en elementos socioculturales intangibles, resulta relevante traer a la vista la definición de “alteración significativa de grupos humanos” contenida en la **Guía de Criterios para Evaluar la Alteración Significativa de los Sistemas de Vida y Costumbres de Grupos Humanos en Proyectos o Actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)**, que entiende por tal la “Acción o intervención temporal o permanente, atribuible al proyecto o actividad, en el espacio territorial común de un grupo humano que genera: **a)** Pérdida, menoscabo y/o deterioro de espacio territorial común (incluyendo las condiciones de conectividad, libre circulación y tiempos de desplazamiento de sus miembros, así como la afectación de sus recursos naturales, suelo, agua y aire), y/o **b)** Efectos sobre el sistema de vida que impidan o dificulten el desarrollo normal de relaciones sociales, económicas y culturales, y/o eventualmente **c)** Condiciones que dificulten la manifestación de tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo.” “Las alteraciones significativas de los grupos humanos *se manifiestan: sobre un territorio común, incluida la conectividad y sus recursos naturales; las relaciones sociales, económicas y culturales, y eventualmente las tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo.* Dichas alteraciones se pueden evaluar a través de la evolución de las dimensiones, que reflejan los atributos del grupo humano susceptible de ser afectado debido a la ejecución de un proyecto o actividad.”. Agrega la citada guía: “Los efectos sobre los grupos humanos pueden concentrarse en determinados segmentos dentro de un mismo grupo. Por ello, la descripción de los efectos debe hacerse de manera detallada, ya que un juicio de carácter general puede ocultar alteraciones significativas sobre dichos segmentos. En este sentido, se recomienda considerar: Carácter de los cambios, identificando: intensidad, grado de reversibilidad, temporalidad, extensión territorial y social, recuperabilidad. Imposibilidad de replicar las relaciones sociales, económicas, culturales, tradiciones, intereses comunitarios y sentimiento de arraigo, en el espacio territorial común, de los grupos humanos antes de la ejecución del proyecto y que son valoradas por ellos”. Ver “Guía de Criterios...” Departamento de Educación Ambiental y Participación Ciudadana y la División de Evaluación y

Como señaló precedentemente Ruiz Piracés, la calidad de estos depende de un consenso social, y no de la materialidad como acontece en los elementos naturales, y será en definitiva el juez que conozca de la causa quien deba pronunciarse sobre este carácter significativo.

A mayor abundamiento, respecto de los elementos naturales la ley establece normas primarias y secundarias que vendrían a establecer o fijar los parámetros de calidad permisibles, de modo que todo parámetro que exceda estos límites permitiría determinar la calidad deseable al menos en materia de daño ecológico, calidad que servirá de guía para la determinación del carácter significativo del daño.

b) Carácter significativo en la Jurisprudencia chilena.

Respecto al carácter significativo contemplado en el concepto de daño ambiental, en el fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en juicio caratulado Consejo de Defensa del Estado con Compañía Industrial Puerto Montt. S.A., ya visto anteriormente, se señaló “que la determinación de si el daño es o no significativo, corresponde precisamente a la Jurisprudencia, en base a las pretensiones que se le presenten, ir creando un concepto dinámico y flexible que pueda ser aplicado a cada caso en particular” En este contexto, El fallo para fundamentar el valor arqueológico de los sitios dañados, el sentenciador recurre a los informes de los arqueólogos acompañados al proceso quienes coinciden en que los sitios documentan más de cinco mil años de historia, siendo un hito clave para entender la prehistoria del área y la región .., como también hace referencia a las declaraciones prestadas por los propios arqueólogos que ratificaron la importancia cultural de los sitios, destacando que representan un testimonio único e irremplazable de la ocupación prehistórica del área.

Tratándose de daño al patrimonio cultural, en el fallo de la Corte Suprema, caratulado Consejo de Defensa del Estado con STARTEL S.A., se estableció que la entidad y características del daño ambiental que generaba la antena altera la forma y diseño del

Seguimiento Ambiental de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. CONAMA. Año 2006. Pág. 30 y siguientes.

conjunto armónico que conforma la zona típica, pudiendo ser visible esta antena, dada su excesiva altura de aproximadamente 30 metros desde cualquier punto de La Serena, sin guardar relación alguna con las alturas medias de la zona.

En definitiva, las políticas de desarrollo de un país, permitirán que se realicen actividades extractivas o industriales, y quienes lleven a cabo dichas actividades deberán procurar en lo posible el menor daño al medio ambiente. Lo anterior, no quiere decir en caso alguno, que no alteren el equilibrio ecológico o el patrimonio sociocultural tangible o intangible. En el caso chileno las actividades extractivas por ejemplo, podrán emitir contaminantes pero siempre limitadas por las normas de emisión y normas de calidad que dicte la autoridad competente. Ahora bien, si en la práctica estas normas se cumplen y si existe la capacidad de fiscalización por parte del Estado es otro tema, que por la extensión de este estudio no procede analizar.

II CAPITULO SEGUNDO: REPARACIÓN AMBIENTAL.

1. Fundamento de la reparación del daño ambiental.

Hablar de reparación ambiental necesariamente implica relacionar este tema con los principios de derecho ambiental reconocidos internacionalmente, los que sirven de guía y fundamento al tratamiento y regulación de los sistemas de reparación ambiental en los diversos ordenamientos jurídicos. En el caso chileno, estos principios sirvieron de fundamento en la creación de la Ley 19.300, según se desprende del mensaje del Ejecutivo, con el que ingresó el proyecto de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente al Congreso Nacional⁵⁵. Me refiero en lo pertinente, al principio de responsabilidad y el principio contaminador-pagador.

i) El **Principio de Responsabilidad** se traduce en el deber de reparación del daño por parte de quien lo provoca. Dependiendo del sistema en cuestión será necesaria la culpa del infractor (sistema subjetivo) o bastará acreditar la relación de causalidad entre el hecho y el daño, no siendo necesario acreditar culpa (Sistema Objetivo).

El mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional, señala que “con este principio se pretende que los responsables por los daños ambientales reparen a sus víctimas de todo daño. Además, se busca reparar materialmente el daño causado al medio ambiente, obligando al causante del daño a restaurar el paisaje deteriorado.” Agrega el ejecutivo “En consecuencia, el principio de la responsabilidad supera los ámbitos de lo que se denomina responsabilidad civil, creando una nueva figura que podría denominarse "responsabilidad por daño ambiental".

ii) **Principio Contaminador Pagador** tiene su origen en el Derecho Internacional en el principio 22 de la Declaración de Estocolmo y el 13 de la Declaración de Río.

El Principio 22 de la Declaración de Estocolmo, señala que “Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de contaminación y otros daños

⁵⁵ Ver Historia de la Ley 19.300.- Biblioteca Congreso Nacional.

ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen en zonas situadas fuera de su jurisdicción. Por su parte, el Principio 13 de la Declaración de Río, establece “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 asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.”

En términos generales puede entenderse en la siguiente expresión: El agente generador de contaminación debe asumir su costo. Sin embargo, tras esta simple idea hay un significado más profundo y es que “el costo de la contaminación debe asumirse por quien se beneficie de ella, ya sea tomando todas las medidas necesarias para impedirla o reducirla, ya sea minimizando o reparando en su totalidad sus efectos, una vez ocurrida”⁵⁶. De lo anterior se desprende una doble faz del principio: una faz preventiva que busca evitar o disminuir el daño y una faz represiva en virtud de la cual quien contamina debe reparar el daño. Es ésta última la que interesa en el objeto del presente estudio.

Este principio, según lo señala el mensaje del ejecutivo ya referido, “se funda en la idea de que el particular que actualmente contamina o que lo haga en el futuro, debe incorporar a sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación. De ahí se desprende que los primeros responsables de disminuir la contaminación, serán los particulares. El Estado deberá fiscalizar adecuadamente el cumplimiento de las normativas dictadas, y de los sistemas de regulación que se creen, sean directos o indirectos.”

⁵⁶ MUÑOZ VALENZUELA, Macarena: “El principio quien Contamina Paga a la luz de la legislación Medioambiental Chilena”. En Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado (Nº 12). Pág. 1 y 2. Año 2004.

2. Sistemas de Reparación Ambiental en Doctrina.

En materia de reparación ambiental la doctrina hace aplicable los sistemas de reparación existentes en materia de responsabilidad civil, en la cual se distingue entre reparación in natura y reparación por equivalente. Dentro de esta última, entre reparación por equivalente monetario y no monetario.

La reparación in natura, también llamada reparación en especie, consiste en restablecer las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad a la perpetración del daño, haciendo cesar el mismo. En cambio, la reparación por equivalente busca restablecer el equilibrio roto mediante prestaciones en dinero o en especie, con el objetivo de compensar el daño ocasionado, sin lograr con ello el restablecimiento a la situación material anterior. Esto es sin hacer cesar el daño.

Ahora bien, dado que el daño ambiental afecta un bien jurídico de carácter colectivo, cuyo disfrute como señalé anteriormente corresponde a la colectividad en su conjunto, la forma que adopte la reparación debe velar por devolver el disfrute que proporcionaba el medio ambiente con anterioridad al daño. Daño cuya reparación al ser solicitada por un agente legitimado para impetrar la acción de reparación, beneficiará no sólo a éste, sino que a la colectividad en su conjunto. Lo anterior, se lograría obteniendo una reparación material del medio ambiente dañado, mediante acciones que permitan devolver a su estado anterior, haciendo cesar el daño. Al respecto, la doctrina mayoritaria señala que la forma de reparación que debe aplicarse primariamente es la reparación in natura o en especie. En este sentido, González Márquez, señala que “a diferencia de lo que sucede con los daños civiles tradicionales el daño ambiental no puede ser abordado exclusivamente desde una óptica económica y, por consiguiente, la compensación monetaria o indemnización por daños y perjuicios debe ser subsidiaria en relación con la indemnización in natura”⁵⁷. Pensar por ejemplo, en el daño ocasionado por la contaminación de un lago que presta servicios ecosistémicos, recreacionales, etc. no sólo a la comunidad adyacente al lugar, sino también a los turistas que año a año llegan a visitar el lago, sea por sus condiciones paisajísticas, recreativas, etc. O también el daño causado por la destrucción de una edificación en una zona típica o pintoresca

⁵⁷ González, José. Ob. citada. Página 68.

como se vio en el capítulo anterior. El ordenamiento jurídico en cuestión deberá establecer como primera opción una forma de reparación que permita devolver el disfrute de ese bien para la colectividad, lo cual se obtendría con una reparación in natura, devolviendo el medio ambiente al estado anterior del daño, dejando por tanto, la reparación por equivalente monetario como subsidiaria⁵⁸.

i) Reparación por equivalente monetario en materia ambiental.

La reparación por equivalente monetario aplicada en materia de reparación del daño en su faz pública, implica efectuar una valoración económica del daño ambiental. Valoración que plantea como primer obstáculo la asignación de valor económico a los bienes o componentes del medio ambiente dañado, y determinado éste, surge el problema de delimitar quienes serían los destinatarios de las sumas de dinero que el causante del daño debe pagar, y qué destino debe darse a estos recursos.

No obstante estas precisiones preliminares, Castañón del Valle, postula y fundamenta el desarrollo de la valoración ambiental, señalando que “ Sólo una lógica abrumadora puede hacernos pensar que la creación de tablas o baremos, donde se evalúen económicamente los bienes ambientales, deba ser la antesala de todo sistema de responsabilidad por daño ambiental, ya que si no se sabe cuánto vale reparar un elemento ambiental, difícilmente se podrá realizar una labor de restauración con mínimas garantías de éxito”⁵⁹.

Esta valoración es muy compleja, y hasta ahora, en palabras de González Márquez⁶⁰, “en ningún sistema jurídico se ha establecido un método de evaluación económica capaz de hacer frente a la complejidad del daño ambiental” Agrega “al respecto se ha dicho

⁵⁸ En la misma línea el español Sánchez Sáez, en su artículo la reparación in pristinum como mecanismo deseable para la reparación del medio ambiente, al referirse a las diferencias de reparación del daño tradicional y el daño ambiental señala que “el factor diferenciador lo introduce la propia caracterización de los bienes ambientales como bienes fungibles, consumibles y no fácilmente reparables. El vector económico que tanto se usa en el derecho privado no puede servir con exclusividad para restaurar los daños ambientales, y se requieren técnicas de mayor imaginación para compensar los riesgos y lesiones causados. Pero comoquiera que la necesidad de restauración es uno de los principios fundamentales del Medio Ambiente, en contra de lo que muchos pretenden ficticiamente hacer pensar, nos hallamos en la obligación de intentar devolver el alma y el cuerpo de la naturaleza dañada a su anterior estado.”

⁵⁹ Castañón Manuel. Ob. citada. Página 55.

⁶⁰ González, José. Ob. citada. Página 76.

que la valoración del daño ambiental resulta una tarea imposible que únicamente admite valoraciones por aproximación basadas en el estado general de la ciencia, es decir, en lo que razonablemente se puede dar como conocido.”⁶¹ Siguiendo al último autor, de concebir un sistema de reparación de valoración económica del daño, el ordenamiento jurídico, y en especial la normativa ambiental, tendría el papel de determinar “la forma normativa que tales estrategias deben asumir dentro del orden legal. Así, el derecho comparado y la doctrina ius ambiental muestran varias alternativas a este paradigma, a saber: que el valor de la indemnización sea igual al costo de la restauración; que el legislador establezca un parámetro indemnizatorio; que se negocie su monto; o, que el juez o la administración determinen su cuantía”^{62 /63}. No obstante lo anterior, alguno de ellos poseen un mercado (maderas de los bosques, minerales, recursos hidrológicos, entre otros), **-lo cual facilita su valoración-**⁶⁴ en cambio con los servicios ambientales (saneamiento del aire, captura de carbono o asimilación de residuos) no sucede lo mismo, y el problema se acentúa más cuando pretende valorarlos”.⁶⁵

Como señalé al inicio del desarrollo del presente tema, la reparación por equivalente monetario no solo vislumbra dificultades en cuanto a la determinación del valor económico de los bienes o componentes del medio ambiente afectado, sino que de fijarse este monto, se presenta la dificultad de determinar los destinatarios de estos recursos y el destino de éstos. ¿Se debería entregar a quienes impetraron la acción ambiental, al municipio, al fisco, o a una colectividad determinada?, ¿Qué se debería hacer con estos recursos? Como señala González Marquez, “En primera instancia puede sustentarse la idoneidad de repartir o dividir el monto de la condena entre los miembros de la comunidad afectados, pero esta posibilidad no es aplicable cuando el bien dañado (el medio ambiente) no es de apropiación individual”⁶⁶. En este punto creo que no debe

⁶¹ Ibid. Página 75

⁶² Ibid. Página 77

⁶³ Castañón del Valle, hace referencia al método del precio de mercado, método de reemplazo o sustitución, método de la estimación del precio hedónico, método del costo del viaje, método de valoración contingente, método de la productividad. Métodos que serían el comienzo para establecer un sistema integral de valoración del daño ambiental, debiendo ser usados todos en forma armónica y complementarse unos con otros) Para mayor información ver, Castañón del Valle, Manuel. Valoración del Daño Ambiental. Página 57 y siguientes.

⁶⁴ Lo establecido en negrilla, corresponde a un comentario personal, y no del autor citado.

⁶⁵ Miguel Sarmiento, citado por Caffaretta Nestor. Ob. citada. Cuantificación del daño ambiental.

Página 2.

⁶⁶ González José. Ob. Citada. Página 80.

perderse de vista, que lo que se debe retrotraer a una calidad anterior, es el medio ambiente dañado, medio ambiente que antes del menoscabo significativo aportaba un bienestar, una calidad de vida acorde a los parámetros aceptados y exigidos por una colectividad, colectividad muchas veces se torna difusa.

ii) Fondos Ambientales

Frente al problema del destino de las sumas dadas en equivalencia del daño causado, surge la idea de crear fondos destinados a recoger y administrar las indemnizaciones que vienen a ocupar el lugar de la reparación in natura cuando ésta se vuelve imposible⁶⁷, o bien cuando la ley en un ordenamiento jurídico determinado establece como mecanismo primario de reparación, la reparación por equivalente pecuniario. Un ejemplo del primer caso lo constituye la Ley General del Ambiente de la República Argentina, que en su artículo 28 dispone que para el evento que no sea factible técnicamente la reparación in natura, la indemnización por equivalente deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental, que para tal efecto la misma ley crea.⁶⁸ Ejemplo del segundo caso, esto es, cuando se establece como mecanismo primario la reparación in natura, lo constituyen la Ley de Medio Ambiente de Bolivia, en su artículo 102, al establecer que el resarcimiento al Estado, ingresará al Fondo Nacional para el Medio Ambiente, y se destinará preferentemente a la restauración del medio ambiente dañado por los hechos que dieron lugar a la acción⁶⁹; Ejemplo que también se encuentra en el Derecho Brasileño, en el cual se establece que los montos provenientes de indemnizaciones por daño ambiental deben destinarse a fondos conformados por el Consejo Federal o de los Estados, destinados a preservar y reparar

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Art. 28 Ley General del Ambiente: “El que cause daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el fondo de compensación ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.”

⁶⁹ Art. 102. (Ley de Medio Ambiente - Bolivia) La acción civil derivada de los daños cometidos contra el medio ambiente podrá ser ejercida por cualquier persona legalmente calificada como un representante apropiado de los intereses de la colectividad afectada. Los informes elaborados por los organismos del Estado sobre los daños causados, serán considerados como prueba pericial preconstituida. En los autos y sentencias se determinará la parte que corresponde de la indemnización y resarcimiento en beneficio de las personas afectadas y de la nación. **El resarcimiento al Estado ingresará al Fondo Nacional para el Medio Ambiente y se destinará preferentemente a la restauración del medio ambiente dañado por los hechos que dieron lugar a la acción.**

el ambiente⁷⁰. En todos estos casos, el fundamento de la creación de los fondos, es la determinación del destino que debe otorgarse al dinero recibido por concepto de indemnización pecuniaria.

También se señala como fundamento de la creación de fondos ambientales, la socialización de los daños ambientales con base en el principio de solidaridad. En este sentido se crean fondos de reparación que “son instrumentos ambientales para resarcimiento de los daños una vez producidos éstos, a través de los cuales el daño se solidariza o colectiviza pero de una manera subsidiaria, cuando por cualquier motivo no se ha encontrado a los causantes de la lesión, o cuando sabido quien es el potencial contaminador no ha podido imputarse el daño por debilidad del nexo causal. En efecto, a través de los fondos se produce un reparto equitativo de la carga financiera entre todos aquellos cuyas actividades son o pueden ser causa del daño ambiental”⁷¹. Los recursos de estos fondos, podrán venir de fuentes tales como tributos ambientales⁷², multas por infracción a la normativa ambiental, donaciones de empresas, etc.

En definitiva un sistema de reparación ambiental, basado en políticas que tiendan a asegurar primeramente el bienestar de la colectividad, devolviendo el disfrute que esta tenía con anterioridad a la perpetración del daño, difícilmente podría optar por privilegiar una indemnización monetaria, antes que una reparación in natura o en especie. Y para el evento de daño irreparable, la política ambiental del país en cuestión, deberá determinar si es procedente establecer un fondo especial, al cual ingresen las indemnizaciones, multas, tributos y demás recursos, estableciendo previamente como

⁷⁰ Lry. No. 7.347. Disciplina a ação civil publica de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e directos de valor artistico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e dà outras providencias. Art. 13.- Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados á reconstituição dos bens lesados.

⁷¹ González José. Ob. Cit. Página 105.

⁷² González Marquez, señala que “La tributación ambiental busca por un lado incrementar la recaudación, pero fundamentalmente evitar la producción de daños al ambiente, y en todo caso, si éstos se producen, contar con los recursos suficientes para afrontar la restauración. El problema viene dado por la vinculación de los tributos últimos con la restauración del daño que produce en el ambiente la ejecución de la conducta gravada. La solución a este problema dice el autor, apunta en dos direcciones: la primera conferir a las contribuciones ambientales un destino propio, y la segunda la creación de los llamados fondos de reparación que se alimentan entre otras fuentes de las contribuciones ambientales.” Es en este último punto donde se conecta lo ya señalado.

destino de estos recursos, actividades de reparación y/o conservación del medio ambiente.

iii) Extensión de la Reparación y el Principio de Reparación Integral del Daño

Habiendo descrito las formas de reparación aplicable en materia medio ambiental, es preciso analizar la extensión que debe tener la reparación.

En materia de reparación ambiental la doctrina hace aplicable los sistemas de reparación de la responsabilidad civil, el cual se ciñe al principio de reparación integral del daño. De este modo, ante la existencia de un hecho antijurídico que ocasione daño a una persona o sus bienes, se debe reparar tanto el daño patrimonial, (daño material lucro cesante y daño emergente), como el daño extrapatrimonial (daño moral) si ello fuese procedente.

La pregunta que cabe hacer ahora es si procede la aplicación del principio de reparación integral aceptado en materia de daño civil tradicional en este tipo de daño, que escapa a la esfera individual, tornándose en un daño de afectación a un bien jurídico colectivo. Lo cual implica que el daño ocasionado perjudica a toda la colectividad, sin que pueda fraccionarse el daño e imputarse una porción a un individuo determinado. Lo mismo acontece, con la reparación, que al ser impetrada por un agente legitimado, beneficiará a toda la colectividad, cuando la reparación sea en especie.

Pertinente es lo postulado por el español Sánchez Sáez⁷³, quien distingue entre reparación in pristinum, reparación in natura y reparación in integrum. Haciendo uso de estos latinismos, el autor quiere explicar en forma resumida los grados de reparación que pueden aplicarse en materia ambiental. Por un lado, señala que “ con la reparación in pristinum expresión, más común en el derecho civil romano, donde se hablaba de in pristinum statum redire, se hace referencia a la devolución de los bienes dañados a su estado primario, mediando reparación a cargo del que lesionó. En cambio, la reparación

⁷³ SANCHEZ SÁEZ, José: “La "restitución in pristinum" como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente” En: Revista Electrónica Medio Ambiente y Derecho. N°3. Año 1999. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/saez225.html> última vista 30/08/2010.

in natura sería un concepto más amplio, ya que haría alusión no solamente a la restitución de la cosa a su estado inicial tras una lesión a la misma, sino que englobaría también la evitación de futuros daños a la misma gracias a la adopción de medidas correctoras.” Finalmente se refiere a la reparación in integrum que no sería otra cosa que la reparación integral del daño. Para el autor, la reparación in pristinum, sería el mecanismo deseable para la reparación del medio ambiente, siendo una institución lábil, resbaladiza y difícil porque marca la frontera entre la lógica y la justicia en el mundo del medio ambiente.

De lo anteriormente expuesto, se puede señalar que existen a lo menos tres grados o extensión que puede asumir la reparación en materia ambiental. De menos a más, la reparación in pristinum, la reparación in natura, y finalmente la reparación in integrum. La adopción de una de éstas por parte de un ordenamiento jurídico determinado dependerá de las políticas ambientales y económicas que subyacen en el mismo. De este modo se pueden encontrar sistemas que, fundamentados en los costos elevados de reparación de los daños ambientales, opten por una reparación que busque únicamente la reparación básica, que cubra o retrotraiga al estado anterior sin la adopción de mayores medidas correctoras del daño. En la otra arista, se pueden encontrar sistemas que busquen una reparación integral del daño, mediante el restablecimiento al estado anterior, y la compensación de los daños acaecidos en el tiempo intermedio entre el hecho lesivo y la reparación del medio ambiente.

3. Sistemas de Reparación en Derecho Comparado.

A nivel comparado, encontramos diversas legislaciones que dan cuenta de la tendencia generalizada de optar primeramente por una reparación in natura o en especie del daño ambiental. Así ocurre en América Latina en países como: Argentina, El Salvador, Cuba, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Chile.⁷⁴ Misma tendencia se puede encontrar en la Directiva sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales de la Unión Europea, normativa que desarrollará con especial atención dado que contempla un sistema de reparación que logra acercarse en mayor medida a una reparación integral del daño.

⁷⁴ Ver González, José. Ob. Citada. Página. 71 y siguientes.

La Directiva regula la reparación de los daños ocasionados a las aguas, especies y hábitats naturales, y al suelo. De lo anterior se desprende un concepto restringido de medio ambiente que sólo abarcaría los componentes o elementos naturales, dejando fuera los elementos socioculturales. No obstante esta advertencia, me enfocaré en las formas de reparación contenidas en la Directiva con el objeto de delimitar los estados o extensión de reparación del medio ambiente recogido en ésta, los cuales sirven igualmente de guía o criterio aplicable a la reparación del medio ambiente en un sentido extensivo.

Los conceptos que son pertinentes para el objeto del presente estudio, son los de medida reparadora, estado básico y recuperación. Todos contenidos en el artículo 2 de la Directiva, numerales 11, 14 y 15 respectivamente.

La Directiva define **medida reparadora**, como toda acción o conjunto de acciones, incluidas las medidas paliativas o provisionales, que tenga por objeto reparar, rehabilitar o reemplazar los recursos naturales y servicios dañados, o facilitar una alternativa equivalente a los mismos según lo previsto en el Anexo II.; **Recuperación**, el retorno de los recursos naturales y servicios dañados a su estado básico; y **Estado Básico**, como el estado en que, de no haberse producido el daño medioambiental, se habrían hallado los recursos naturales y servicios en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible.

La definición de medida reparadora debe ser complementada con el anexo II de la Directiva, que al referirse a la reparación del daño ambiental (a las aguas, especies y hábitats protegidos) señala que esta se consigue restituyendo el medio ambiente a su estado básico mediante medidas reparadoras primarias, complementarias y compensatorias.

De este modo, el anexo define la **reparación primaria** como toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico; la **reparación complementaria** se define igualmente como toda medida reparatoria, pero esta vez, adoptada en relación con los recursos naturales y/o servicios, para compensar el hecho que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución

de los recursos naturales y/o servicios dañados. Y por último, **reparación compensatoria**, sería toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto.

i) Extensión de la Reparación en la Directiva de Responsabilidad Ambiental de la Unión Europea.

De la interpretación de los conceptos de medida reparadora, reparación primaria, reparación complementaria y reparación compensatoria reproducidos precedentemente, se puede colegir que la Directiva establece como forma de reparación primaria lo que en doctrina se denomina reparación in natura o en especie. Pero aún más, siguiendo la distinción de Sánchez Sáez estaríamos ante una reparación que podría acercarse a la reparación in integrum, pues con estas medidas no sólo se hace cesar el daño y retrotrae el medio ambiente al estado anterior, sino que además se compensan las pérdidas sufridas en el tiempo intermedio entre el hecho lesivo del medio ambiente y la reparación material. Ello por cuanto no sólo se restablece al estado básico, esto es al estado que tenía el bien con anterioridad al daño ambiental, sino que además se contempla la reparación o compensación de las “pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto.”

4. La Reparación Ambiental En La Ley 19.300, Sobre Bases Generales Del Medio Ambiente.

Expuestos los sistemas de reparación ambiental en doctrina y derecho comparado, corresponde analizar la regulación de la reparación ambiental en el ordenamiento jurídico chileno, en particular la contemplada en la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

i) Breve Historia de la Reparación Ambiental en Chile.

Hasta antes de la promulgación de la Ley de Bases del Medio Ambiente, nuestro país no contaba con una Ley General de Medio Ambiente y mucho menos con una acción de

reparación ambiental. A partir de la constitucionalización del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y del establecimiento del Recurso de Protección Ambiental, el ordenamiento jurídico chileno contempla un mecanismo de protección general del medio ambiente. Hasta esa fecha, sólo existían normas dispersas y sectoriales que regulaban la afectación de alguno de los componentes del medio ambiente. Así por ejemplo, la regulación contenida en la Ley de Energía Nuclear, o la contenida en la Ley de Navegación.

En el año 1992 se lleva a cabo la Convención de las Naciones Unidas sobre Medioambiente, conocida también como Convención de Río (sucesora de la Convención sobre Medio Humano desarrollada en Estocolmo el año 72), que establece en su Principio 13 la necesidad que los Estados adopten legislación sobre responsabilidad por daño ambiental -y la consecuente indemnización-, tanto a nivel nacional como internacional. Principio que como se vio anteriormente, establece el principio de responsabilidad en materia ambiental, obligando a todo aquel que comete un acto que importe un daño al medio ambiente, a repararlo o indemnizarlo.

Nuestro país siguiendo este llamado legisla por primera vez en nuestra historia sobre esta materia en la Ley 19 300, convirtiéndose en pionero en Latinoamérica en establecer la acción ambiental o acción de reparación ambiental.

ii) Regulación de la acción de reparación ambiental en la Ley 19.300.

Ante el deterioro o menoscabo significativo del medio ambiente o algunos de sus elementos, sean estos elementos naturales, artificiales o socioculturales, se podrá accionar ante los tribunales de justicia solicitando se repare materialmente el medio ambiente dañado, y la indemnización respectiva para el directamente afectado. Siendo objeto del presente estudio únicamente la reparación del medio ambiente dañado, entendiéndose como la reparación a un bien jurídico colectivo cuyo disfrute pertenece a la comunidad en su conjunto. Esto es, reparación ambiental en su faz pública.

Esta diferencia de acciones se explica con los siguientes ejemplos:

- Daño ambiental ocasionado al ecosistema del río Mataquito⁷⁵, comuna de Licantén, Provincia de Curicó, Región del Maule. El daño fue provocado por la descarga de aproximadamente 20.000 m³ de residuos industriales líquidos no tratados, entre el 4 y 5 de junio de 2007. Con posterioridad a este primer evento, el 18 de junio se produjo un segundo derrame, producto de la filtración de una línea de descarga del sistema de tratamiento de efluentes, estimándose una descarga directa de 50 m³ al río Mataquito de estos residuos. En este caso nos encontramos frente a un daño ambiental constituido por la contaminación de las aguas del río, daño del ecosistema existente en él y la muerte masiva de los peces de dicho lugar. Este hecho además trajo perjuicio a los pescadores que vieron mermada su actividad económica al no poder extraer peces del lugar y un daño al Patrimonio Ambiental de Chile.

- Otro ejemplo dado por Magariños de Melo es la contaminación de la playa del barrio de Carrasco, lugar que antes era un balneario exclusivo de la ciudad de Montevideo, en el cual desemboca un arroyo que nace en las cercanías de una zona industrial. Este arroyo fue contaminado por las industrias que descargaron sus riles sin ningún tipo de tratamiento, convirtiendo al arroyo y sus afluentes en cloacas al aire libre y a la playa en uno de los lugares con más alto índice de colibacilos. Este ejemplo demuestra en sí un daño al medio ambiente y por otro lado un daño al comercio local que sufrió un enorme perjuicio, especialmente el sector hotelero, ya que la playa de esa zona es turísticamente inutilizable⁷⁶.

En el presente título se analizará la reparación del medio ambiente en su vertiente pública, delimitando el concepto de reparación contemplado en la ley, la extensión de la reparación que proceda, como asimismo la delimitación de los titulares de la acción ambiental. Todo lo anterior, con el objeto de determinar si el sistema de reparación ambiental contenido en la Ley 19.300 propende a un sistema de reparación integral del daño ambiental causado.

⁷⁵ El río Mataquito corresponde a un sitio prioritario para la conservación de la Biodiversidad, reconocido por la Estrategia Regional de Biodiversidad, aprobada por la Comisión Regional del Medio Ambiente.

⁷⁶ Magariños, Mateo. Ob. citada. Pág. 217 y 218

iii) Fuentes y Prelación Normativa⁷⁷ de la Reparación Ambiental en Chile.

Conforme a lo señalado por el profesor Rafael Valenzuela, tres son las fuentes normativas de la responsabilidad por daño ambiental, a saber: “el derecho común, representado por el Título XXXV del Libro IV del Código Civil; la legislación especial dictada sobre la materia, caracterizada por su carácter disperso, inorgánico y sectorial, y la Ley 19.300, de 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, particularmente su Título III, denominado “De la Responsabilidad por Daño Ambiental”.⁷⁸ Esta conclusión se extrae del tenor del artículo 51 de la Ley 19.300 que establece lo siguiente:

El artículo 51, prescribe “Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley.

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

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

Estas normas según se desprende del artículo 53 de la Ley 19.300, tienen un sistema de prelación en su aplicación, de modo que ante la existencia de un daño ambiental, se aplicará en primer lugar la legislación especial que regule la materia, como por ejemplo los daños causados con motivo de la aplicación o aspersion de plaguicidas, en conformidad a los artículos 8 y 36 del D.L. sobre protección agrícola⁷⁹; la regulación por daños nucleares establecidos en la Ley sobre Seguridad Nuclear⁸⁰, y daños causados al medio ambiente marino por derrame o vertimiento de hidrocarburos u otras sustancias nocivas provenientes de naves o artefactos navales, en conformidad al artículo 144 de la

⁷⁷ Hago uso del mismo título que asigna el profesor Rafael Valenzuela, por considerar que este es el más acorde con el tema a tratar a continuación.

⁷⁸ VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael: “El derecho ambiental, presente y pasado”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Año 2010. Página 317.

⁷⁹ Decreto Ley N°3.557 sobre protección agrícola, publicado en el D.O. de 09 de Febrero de 1981. Ejemplo citado por el profesor Valenzuela.

⁸⁰ Ley 18.302, sobre Seguridad Nuclear, publicada en el D.O. de 2 de Mayo de 1984.

Ley de Navegación⁸¹. Para el evento de no existir normativa especial se aplica el sistema de reparación contemplado en la Ley 19.300, y si este último no es posible de aplicar, opera el sistema de reparación civil extracontractual contemplado en el Código Civil.

iv) Sistema de reparación del daño ambiental en la Ley 19.300.

El punto de partida del presente análisis, es la existencia de un daño ambiental en su faz pública, respecto del cual no existe regulación o normativa especial, siendo aplicable por tanto, el sistema de reparación contemplado en la Ley 19.300.

Las normas pilares de este tema son cuatro, a saber: el **artículo 2 literal S, 3, 51 y 53 de la Ley 19.300.**

En un orden lógico el artículo que contiene la base del sistema de responsabilidad en materia ambiental, corresponde al artículo 3 que prescribe: “Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará **obligado a repararlo materialmente**, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley.” Esta norma, establece el principio de responsabilidad en materia ambiental, basado en un sistema de responsabilidad subjetiva, al exigir una conducta culposa o dolosa. La norma además es consagración expresa del principio contaminador- pagador, ya que establece la obligación para el causante del daño de repararlo **“a su costo”**.

Luego, el legislador opta por concretar aún más este principio en el Título III de la Ley 19.300 denominado de “Responsabilidad por daño ambiental”, en los artículos 51 y 53.

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

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

⁸¹ Decreto Ley N°2.222 Ley de Navegación, publicado en el D.O. de 31 de Mayo de 1978.

la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.” Artículo que se ve complementado con la incorporación de un inciso segundo, en virtud de la reciente modificación introducida por la Ley 20.417, que señala "No procederá la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado cuando quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente."

Los artículos 3 y 51 establecen el deber para el agente causante de responder por los daños causados por su culpa o dolo. Mientras que el artículo 53, está redactado, ya no mirado desde el punto de vista del hechor, sino más bien desde el punto de vista del legitimado activo para impetrar ante los tribunales de justicia la acción de reparación ambiental.

Todas estas normas se ven complementadas con el artículo 2, literal S, de la ley, que define reparación 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, restablecer sus propiedades básicas.”

De las normas antes expuestas se desprende que, producido un daño ambiental originado por una conducta dolosa o culposa del agente causante del daño, la Ley 19.300 establece el deber del agente causante de reparar el daño ambiental, consagrando para tal efecto la acción de reparación ambiental. Mediante ésta se podrá solicitar reponer materialmente el medio ambiente o uno o más de sus elementos a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas. (Reparación In Natura o en Especie). Esta acción no podrá impetrarse para el evento que el hechor cumpla con el plan de reparación establecido por la Superintendencia del Medio Ambiente. Esto último, cuando la reparación material sea posible.

Tratándose de daño irreparable, al no existir norma expresa que establezca un mecanismo de reparación para este tipo de daños, se deberá aplicar la prelación normativa establecida en el artículo 51, siendo aplicable por tanto la normativa común

contenida en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil. (Reparación por equivalente)

v) Extensión de la reparación del daño ambiental en la Ley 19.300.

En principio puede sostenerse que el daño ambiental afecta materialmente el medio ambiente o uno o más de los elementos que lo componen, sean naturales, artificiales o socioculturales. Partiendo de la idea precedente, cabe preguntarse si el daño causado en estos elementos es o no reparable, y, por consiguiente, si los actos de reparación, restablecerán el bienestar que la colectividad tenía respecto de dichos bienes con anterioridad al daño.

En una primera hipótesis, si se trata de un **daño reparable**, procede la aplicación del sistema de reparación en especie contemplado en la ley, el cual establece como mecanismo primario de reparación el reponer materialmente el medio ambiente o **uno o más de sus elementos a una calidad** similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, **restablecer sus propiedades básicas**.

En esta materia es de vital relevancia dejar en claro que una restauración idéntica al estado anterior de producido el daño, es científicamente imposible, sobre todo tratándose de daño ecológico. Es por eso que nuestra ley habla de reponer a una calidad **“similar”** y no habla de volver un estado idéntico.

Del concepto de reparación se desprenden las siguientes consecuencias:

- a) El primer supuesto, restablecimiento a una calidad similar, constituye la mayor reparación exigible por el legislador al causante del daño. En caso que esto no sea posible, el legislador renuncia a un grado de extensión de la reparación al dejar abierta la posibilidad de restablecer solamente las propiedades básicas. Esta denuncia denota una menor exigencia que se justificaría principalmente tratándose del daño ecológico, ya que al restablecer a las propiedades básicas se podría esperar en el tiempo una regeneración a una calidad similar al estado anterior del daño.

b) Al hablar de “**calidad similar**” o “**restablecer a sus condiciones básicas**” no se contempla reparar el daño ocasionado en el tiempo intermedio entre el hecho dañoso y la reparación misma, esto es las pérdidas provisionales. Renunciando el legislador a una reparación integral del daño.

Distinto ocurre en ordenamientos comparados en los que la extensión de reparación deseable va más allá de una reparación al estado básico, estableciéndose en ellos expresamente medidas que compensen las pérdidas acaecidas en el tiempo intermedio entre el hecho lesivo y la reparación misma, cuestión que no es abordada en la Ley 19.300.

c) La ley nada dice respecto del daño irreparable como lo sería la destrucción total de un patrimonio arqueológico o la extinción de los últimos ejemplares de una especie endémica.⁸²

d) Al conjugar los parámetros de reparación material, calidad anterior o estado básico con los elementos o componentes del medio ambiente, se puede señalar que, respecto del primer parámetro no es difícil subsumir una hipótesis de daño a elementos naturales o socioculturales tangibles. Respecto del segundo, tratándose de daño a los elementos naturales, bastaría con devolver al medio ambiente a condiciones tales que permita la regeneración de los organismos o ecosistemas que en él se desarrollaban, por lo cual no existiría mayor inconveniente de aplicación. Pero tratándose del daño al patrimonio sociocultural, surge y aparece un ámbito de aplicación dudosa. Así las cosas, cabe preguntarse ¿Qué se puede entender por devolver sus propiedades básicas?, más aún, ¿Qué sucede con el daño sociocultural en su faz intangible como sería la reparación del daño a una fiesta religiosa arraigada en la idiosincrasia de una determinada zona, como lo es la Fiesta de la Tirana en el norte del país?, ¿Cómo es posible restablecer a una colectividad en el disfrute de este bien ambiental? Aparece nuevamente de manifiesto la regulación inorgánica de la Ley 19.300, que si bien en sus primeras normas parte estableciendo un concepto de medio ambiente amplio en el cual quedan comprendidos todos los elementos antes

⁸² Ejemplos de especies endémicas lo constituyen el Quillay y la Palma chilena.

aludidos, a poco andar evidencia signos de una regulación que no se corresponde del todo con esta definición amplia. Así ocurre con el concepto de reparación, y en cierta medida con el concepto de daño ambiental, visto en el capítulo anterior.

Con todo, la aplicación de la reparación in natura no es del todo fácil, pues para recomponer el medio ambiente al estado anterior o a sus propiedades básicas exige disponer de criterios científicos capaces de calcular el grado de reconstrucción del medio ambiente dañado. Estos criterios aceptados por la comunidad científica deben encontrar cobijo legal suficiente que garantice su aplicación efectiva⁸³. Ello sin dejar de lado la necesidad de contar con datos y registros históricos de los bienes ambientales objeto de daño⁸⁴.

Dicho lo anterior, cabe dilucidar qué sucede ante la ocurrencia de un **daño irreparable**, esto es, aquel en que no es posible restablecer a lo menos las propiedades básicas del medio ambiente dañado. En este supuesto se estaría en presencia de un daño de tal entidad y gravedad, que requiere un mecanismo legal expreso que permita restablecer a la comunidad en el disfrute del medio ambiente dañado, o de los componentes del medio ambiente en su caso. Dejar este tipo de daños sin reparación importaría una

⁸³ González, José. Ob. Citada. Página 70

⁸⁴ En este punto, las políticas ambientales del país, deberán propender al desarrollo de evaluaciones ambientales integrales que permitan conocer no sólo el estado de los elementos naturales del medio ambiente, sino además los elementos socioculturales de los mismos. Un avance en la materia, a mi juicio, lo constituye la función del Ministerio del Medio Ambiente, establecida en el artículo 70 letra ñ) de la Ley 19.300 que establece que corresponderá especialmente al Ministerio “Elaborar cada cuatro años informes sobre el estado del medio ambiente a nivel nacional, regional y local. Sin embargo, una vez al año deberá emitir un reporte consolidado sobre la situación del medio ambiente a nivel nacional y regional. Estos informes incluirán datos sobre la calidad del medio ambiente, así como un resumen ejecutivo que sea comprensible para el público en general.” Esto último, servirá de ayuda para establecer parámetros o información que permitirá conocer el estado en que se encuentran los elementos del medio ambiente, siempre y cuando dichas evaluaciones se realicen bajo la premisa de un concepto amplio de medio ambiente. Tratándose del elemento natural del medio ambiente, de gran ayuda pueden revestir los inventarios que los organismos del Estado, deberán efectuar respecto de especies de plantas, algas, hongos y especies silvestres en áreas protegidas. Ello según se establece en el **Artículo 37.-** El reglamento fijará el procedimiento para clasificar las especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres, **sobre la base de antecedentes científico-técnicos, y según su estado de conservación**, en las categorías recomendadas para tales efectos por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN) u otro organismo internacional que dicte pautas en estas materias.

De conformidad a dichas clasificaciones el Ministerio del Medio Ambiente deberá aprobar planes de recuperación, conservación y gestión de dichas especies. El reglamento definirá el procedimiento de elaboración, el sistema de información pública y el contenido de cada uno de ellos.

Artículo 38.- El Ministerio del Medio Ambiente velará que los organismos competentes del Estado elaboren y mantengan **actualizado un inventario de especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres** y fiscalizarán las normas que imponen restricciones a su corte, captura, caza, comercio y transporte, con el objeto de adoptar las acciones y medias tendientes a conservar la diversidad biológica y preservar dichas especies.

externalización de los costos a la colectividad, que se vería gravada por una actividad realizada muchas veces en beneficio del hechor del daño.

Ahora bien, la solución que se desprende de la prelación normativa establecida en el artículo 51 de la Ley 19.300, es la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil extracontractual contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil. En virtud de éstas, se podrá solicitar una reparación por equivalente monetario, o no monetario según sea la elección del que solicita la reparación. Al respecto el profesor Alessandri señala que el código “Se limita a decir que quien causa un daño con dolo o culpa es obligado a indemnizarlo (art. 2314) o repararlo (art. 2329) y ello puede lograrse de diferentes maneras”⁸⁵. Agrega el autor que nada obsta a que ambas puedan acumularse, siempre que no procuren una reparación mayor que el daño causado⁸⁶. Mismo criterio se aplica entonces ante un daño ambiental irreparable, caso en el cual, no es posible obtener la reparación material del daño. Reparación cuya única vía será la reparación por equivalente, sea monetario o no monetario.

De este modo, para el evento que se solicite la reparación por equivalente monetario, es procedente la valoración ambiental, cuyos métodos si bien no están contemplados explícitamente en la legislación ambiental, nada impide que las partes en el juicio puedan probar por medio de informes científicos y económicos el monto o valor pecuniario de estos bienes ambientales. Lo anterior, sin perjuicio de la dificultad inherente de valoración de los elementos socioculturales intangibles. ¿Qué valor se debe dar a los bienes socioculturales? Reaparece nuevamente el carácter inorgánico de la Ley 19.300.

Otra pregunta que queda al descubierto es, ¿qué extensión debe darse a la reparación del daño irreparable, si tratándose de daño reparable el legislador renuncia a una reparación integral del daño? Se debe en este tipo de daños alcanzar la mayor reparación posible, logrando por tanto una reparación integral del daño. Al parecer, dada la aplicación supletoria de las normas contenidas en materia de responsabilidad civil extracontractual, por esta vía se podría solicitar la reparación de todo el daño

⁸⁵ ALESANDRI RODRIGUEZ, Arturo. “De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno” Tomo II. Segunda Edición. Ediar Editores Limitada. Año 1983. Página 535.

⁸⁶ El autor señala como ejemplo en materia penal, la publicación de una sentencia que declare la calumnia, y además la indemnización pecuniaria que proceda.

producido. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones administrativas que sean procedentes, en aplicación de las cuales, se podría llegar hasta la clausura o cierre de una empresa, creando de este modo un mecanismo preventivo del daño, al persuadir a la empresa de incurrir en actos que puedan ocasionar daños de tal envergadura.

Otro punto en conflicto estará dado por el destino de dichos recursos, punto que se relaciona directamente con la titularidad del bien jurídico, y la legitimación activa de la acción ambiental.

Como se ha señalado a lo largo del presente estudio, el bien jurídico protegido por la acción ambiental es el medio ambiente, bien jurídico de carácter colectivo, cuyo dominio no pertenece a la colectividad, siendo esta última únicamente titular del disfrute que reportan estos bienes. Ahora bien, para adelantar el tema, sin desarrollarlo aún, la legitimación activa en materia de acción ambiental, según el artículo 54 corresponde a: la persona natural o jurídica que sufrió el daño o perjuicio, el Estado por intermedio del Consejo de Defensa del Estado; y las Municipalidades. Por ahora tomaré como ejemplo al legitimado activo Estado, por intermedio del Consejo de Defensa. En este caso, el mencionado organismo se encuentra legitimado en virtud del interés general que subyace en la reparación ambiental, por tanto los recursos que se obtengan en virtud de una sentencia condenatoria deberían ingresar al patrimonio del estado, sin mayor obligación de destinar éstos a un fondo especial, o aún más, al Fondo de Protección Ambiental contemplado en el artículo 66 de la Ley 19.300⁸⁷ que tiene como objetivo financiar total o parcialmente proyectos o actividades orientados a la protección o reparación del medio ambiente...”⁸⁸

Otra vía posible, es que quien interponga la acción solicite una reparación por equivalente no monetario. Pensar por ejemplo en la destrucción de un bosque aledaño a la ciudad, en el cual las familias o la colectividad que se desarrollaba en el entorno adyacente, disfrutaba de los servicios ecosistémicos y servicios recreacionales del

⁸⁷ Artículo 66.- El Ministerio del Medio Ambiente tendrá a su cargo la administración de un Fondo de Protección Ambiental, cuyo objeto será financiar total o parcialmente proyectos o actividades orientados a la protección o reparación del medio ambiente, el desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental.

⁸⁸ Estimo que, mediante una modificación a la ley 19.300 se podría establecer un nuevo numeral en el artículo 67, en el cual se establezca como parte de los recursos de dicho fondo, los fondos provenientes de indemnizaciones a las que sean condenados el o los hechores, por concepto de daños irreparables al medio ambiente.

mismo. En este ejemplo, nada impide que el legitimado activo solicite al juez que se obligue a la reparación de un bosque emplazado en otro sector de la ciudad, con el objeto que quede en condiciones similares a las pertenecientes al bosque cuyo daño fue irreparable. Condenando en este caso, a la reparación del bosque existente en su reemplazo, con el objeto de devolver la misma calidad de servicios ecosistémicos y recreacionales existentes en el bosque cuyo daño es irreparable. Se busca recomponer un medio ambiente de características similares, cuya reparación se considere equivalente para aquél que solicita la reparación del daño.

Un caso que se acerca a lo que puede ser un daño irreparable al cual se aplicaron medidas de reparación por equivalente, sería el constituido por la tala de Alerces⁸⁹ vivos por el dueño de un predio de la comuna de La Unión. Los individuos cortados tenían diámetros entre 1 y 3,3 metros y edades que sobrepasaban los 1400 años, considerándose por el Consejo de Defensa del Estado en un factor irreparable en una escala de tiempo humana. En este caso, se solicitaron medidas de reparación en especie y en equivalente no monetario, que fueron acogidas por el fallo de primera⁹⁰ instancia, a saber;

- El establecimiento de una zona de protección de características similares a las originales y equivalente al área afectada por el daño ambiental (137, 7 hectáreas) en el predio en que se Hijuela 15 y en sectores aledaños. En este punto estimo que se contemplaron medidas de reparación en equivalente no monetario.
- La reforestación con individuos provenientes de un vivero certificado, con una densidad de 600 plantas por hectárea, con distanciamiento variable, junto con un monitoreo de establecimiento y repoblación de a lo menos 15 años, por un organismo competente, **para asegurar la recuperación y restablecimiento de las propiedades básicas de la regeneración del Alerce del área dañada.**
- El daño efectuado por la corta de individuos del bosque siempre verde que se encontraban en los alrededores de los alerces, en un radio de 56,4 metros, debe ser

⁸⁹ El Alerce es una especie endémica, única en nuestro país, la más longeva en Sudamérica, que puede llegar a los 2000, 3000 e incluso 4000 años de edad, difícilmente reproducible, en peligro de extinción y que ha sido declarada inviolable por el Estado de Chile conforme al Art. 2 del Decreto Supremo N° 490 del año 1976 del Ministerio de Agricultura.

⁹⁰ Fallo Ejecutoriado con sentencia favorable de Primera Instancia del año 2003, pronunciado por el Primer Juzgado Civil de Valdivia, en el caso “Fisco con Cereceda Zúñiga”

reparado a través de su reforestación y enriquecimiento con distintas especies nativas provenientes de un vivero certificado, con una densidad de 600 plantas por hectárea y un distanciamiento variable.

Con todo, “el estándar de reparación que se establezca en cada caso concreto se corresponderá con el estándar de calidad ambiental que en última ratio defiende un sistema jurídico determinado.”⁹¹ En el caso de la Ley 19.300, el estándar de reparación establecido para aquellos daños reparables, denota una renuncia a la reparación integral del daño, por cuanto renuncia a la reparación de los daños causados en el tiempo intermedio, esto es las pérdidas provisionales, y establece un sistema de menor exigencia para aquellos casos en que no sea posible restablecer a una calidad similar, entendiendo reparado el medio ambiente, con el solo restablecimiento de las propiedades básicas. De esta forma, el sistema de reparación material contenido en la Ley 19.300 se aleja de una reparación integral del daño.

Respecto de los daños irreparables, el tema queda entregado directamente en la normativa de responsabilidad extracontractual en materia civil, normas que permiten lograr una reparación integral del daño, pero que al ser aplicadas en materia de daño ambiental, se encontrarán con la dificultad de aplicación derivada de la naturaleza colectiva del bien jurídico dañado, esto es, medio ambiente.

5. Titularidad de la Acción de Reparación Ambiental en la Ley 19.300.

Delimitada la extensión que debe reunir la reparación material del daño ambiental en la Ley 19.300, cabe precisar quiénes serían los legitimados activos de la acción de reparación ambiental en virtud de la misma ley. Legitimación cuya determinación reviste de gran importancia, sobre todo cuando se esté en presencia de un daño irreparable, y la reparación se solicite en equivalente monetario.

⁹¹ González José. Ob. Citada. Página 70.

i) Legitimación Activa en la Ley 19.300.

La norma que establece quiénes son legitimados activos para impetrar la acción de reparación ambiental corresponde al artículo 54 de la Ley 19.300, que señala: “Son titulares de la acción ambiental señalada en el artículo anterior, y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Para todos los efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se presume que las municipalidades y el Estado tienen interés actual en los resultados del juicio”.

Agrega el inciso segundo “Cualquier persona podrá requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que ésta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental. La municipalidad demandará en el término de 45 días, y si resolviere no hacerlo, emitirá dentro de igual plazo una resolución fundada que se notificará al requirente por carta certificada. La falta de pronunciamiento de la municipalidad en el término indicado la hará solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasionare al afectado.”

Del tenor literal de la norma anteriormente expuesta, se puede desprender que los titulares de la acción de reparación ambiental, son:

- a) Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio.
- b) Las municipalidades por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas.
- c) El Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

a) Personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio.

La legitimación de las **personas naturales** para impetrar la acción ambiental estaría fundamentada en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación reconocido en el numeral 8 del artículo 19 de la Constitución Política. Este derecho dado la redacción del numeral 8, es atribuible a todas las personas naturales, ya que serían éstas quienes pueden ejercer la conducta descrita en la norma, cual es “**vivir**” en un medio ambiente libre de contaminación. Como acertadamente señala el profesor Bermúdez, “lo que consagra en el artículo 19 N° 8 no es el derecho a un medio ambiente incontaminado, sino el derecho **a vivir en él**”⁹² No obstante esta fundamentación genérica, siguiendo nuevamente al profesor Bermúdez, es preciso limitar la extensión del derecho a un ámbito geográfico determinado, cual es el entorno adyacente, que corresponde al lugar donde el individuo no solamente habita, sino que además desarrolla sus potencialidades⁹³. De este modo, sólo podrán impetrar la acción de reparación ambiental las personas naturales en cuyo entorno adyacente se haya producido un daño ambiental. Así las cosas, una persona que habite en Arica difícilmente podría tener éxito al impetrar la acción de reparación por un daño ambiental ocurrido en Punta Arenas, ya que el daño se produce en un lugar que no corresponde a su entorno adyacente.

Respecto de las personas jurídicas, el fundamento de legitimación estaría dado únicamente por el daño o perjuicio sufrido en su patrimonio, por cuanto el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no constituye un derecho atribuible a este tipo de personas en razón a lo expuesto en el párrafo precedente.

⁹² BERMUDEZ SOTO, Jorge: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. N°XXI. 2000. Página 10.

⁹³ El profesor Bermúdez refiriéndose a la extensión del objeto sobre el que se ejerce el derecho constitucional, sostiene que “el derecho al medio ambiente libre de contaminación no puede ser considerado tan ampliamente como para decir que cualquier alteración del medio, dónde y cómo sea que ella se produzca, afecta a tal derecho y por tanto, activa los mecanismos de protección constitucional”.⁹³ En este sentido agrega “la idea que se debe rescatar es la de medio ambiente vinculado o relacionado al ser humano que resulta necesario para que éste desarrolle sus potencialidades. Por tal, debe entenderse aquella porción de extensión variable del entorno o medio que se encuentra de forma adyacente al ser humano, la cual no se reduce a su residencia ni lugar en que desarrolla su actividad, no sólo es su entorno inmediato necesario para la vida. Sino también “el entorno adyacente”, que es el lugar necesario para que el individuo se desarrolle, es decir, el espacio en el que necesita para que pueda desplegar sus potencialidad, en definitiva el entorno necesario para alcanzar la mayor realización espiritual y material posible.”

No obstante, ante la expresión “las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio” se ha entendido por la doctrina que los particulares estarían excluidos de solicitar al órgano jurisdiccional la reparación ambiental, puesto que si con el daño al medio ambiente se lesiona a una persona en su integridad física o en sus bienes o intereses, lo que procede en ese caso no es la pretensión de reparación del ambiente, sino la indemnizatoria a cuyos fines sí se entiende y justifica que la víctima deba probar su condición de directamente afectado por el daño ambiental⁹⁴. Esta postura implica a mi juicio una interpretación inconstitucional, en razón del artículo 19 N° 26, que asegura a todas las personas “la seguridad de los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. En esta última parte, estimo que una interpretación armónica del artículo 54, del artículo 19 N° 8, y el artículo 19 N° 26, debe conducir necesariamente a rechazar a priori una interpretación que prive a las personas naturales afectadas a impetrar la acción de reparación ambiental.

En esta materia, el profesor Bordalí postula una legitimación más amplia, argumentando que las personas naturales estarían legitimadas activamente, en razón de un interés legítimo⁹⁵ colectivo⁹⁶ a vivir en un medio ambiente adecuado, interés que se

⁹⁴ Bordalí, Andrés. Ob. Citada: “Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente”. Página 271.

⁹⁵ El autor concibe al interés legítimo como “toda ventaja patrimonial o extrapatrimonial para la persona, que sea coherente con el conjunto de las normas y principios constitucionales. Estas ventajas configurarían situaciones jurídicas subjetivas no caracterizadas normativamente de modo preciso, a diferencia del derecho subjetivo en que sí lo está.” “Dicho interés puede ser de carácter individual o colectivo”. Dentro del interés colectivo estaría el interés legítimo colectivo a vivir en un medio ambiente adecuado. Se extraería de los preceptos constitucionales, entre ellos: el artículo 1 que establece el deber del Estado de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, el artículo 4 que señala que la República de Chile, es democrática. Agrega el autor que en relación a estas normas, hay que destacar que el interés legítimo en cierto modo significa poder intervenir en la vida pública de un país, no ya a través del sistema democrático representativo, sino llevando a las instancias públicas y, en último grado, a la jurisdicción, el afirmado interés de los ciudadanos cuando un aspecto de la vida de esas personas – alguna necesidad-, se pueda ver afectado por decisiones de los órganos de la administración (versión más restringida del interés legítimo), o bien por las de otros órganos públicos o incluso por los propios particulares (versión amplia del interés legítimo, que es asumida por el autor). Agrega finalmente “El interés legítimo colectivo a vivir en un ambiente adecuado puede de este modo ser considerado coherente con el principio constitucional de participación en la vida nacional y con el principio democrático.”

⁹⁶ “El interés colectivo no es un interés nuevo en sí, diferente de los intereses particulares que lo compondrían, como tampoco es una suma de simples intereses individuales.” “Con estos intereses todavía es posible visualizar posiciones individuales con respecto a una determinada necesidad, pero dichas

distinguiría del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en razón de la proximidad existente entre la persona y su ambiente^{97 /98}. Agrega el autor que el propio artículo 54 de la Ley 19.300, puede llevar a la conclusión que las personas naturales estarían legitimadas activamente. “En efecto, cuando señala que son titulares de la acción ambiental las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, tal disposición puede ser aprehendida en el sentido de que están legitimadas activamente para interponer una demanda por daños al ambiente aquellas personas que, producto de un daño al ambiente, se ven perjudicados en sus derechos⁹⁹ o intereses legítimos. Es que si se concibe al daño de un modo amplio, tal como lo hace un sector importante de la doctrina chilena, como el “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. o bien, como “toda lesión, menoscabo o detrimento a simples intereses de la víctima”; resulta que cuando se dañan los bienes ambientales, pueden verse afectados el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, o bien, cuando menos, el interés legítimo a vivir en un medio ambiente adecuado de una o varias personas, puesto que el daño al ambiente regularmente causará una molestia para la víctima que verá disminuida su vida en términos de bienestar, goce o calidad de vida.” Postura que comparto sólo en cuanto legitimación basada en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y no respecto al interés legítimo colectivo.

posiciones individuales no vienen a ser intereses estrictamente individuales, porque no son posiciones subjetivas exclusivas, sino que dan lugar a situaciones jurídicas análogas, compartidas, cualitativamente iguales, coincidentes con otras de igual contenido, que hacen referencia a diversos sujetos, unidos por el mismo fin. Dicho fines perseguible por cualquiera de esas personas de modo autónomo, sin requerirla presencia ni el consenso de los demás, puesto que se actúa por una necesidad propia de cada sujeto, aunque, y aquí entran sus rasgos esenciales y característicos, su consecución en un plano procesal no pueda sino satisfacer también a los demás sujetos que tienen ese mismo interés, esto es una necesidad referida al mismo bien conseguido.”

⁹⁷ En este punto señala “Un camino posible para tal distinción pasaría por analizar el nexo de la persona (o grupo de personas) con su ambiente, lo que puede ser considerado de dos maneras: en una primera, se podría hablar de un medio ambiente inmediato o próximo de esta persona, y en una segunda, de un ambiente medido o remoto de esa misma persona. El primer aspecto del ambiente de la persona, puede ser entendido como aquella parcela de todo el espacio ambiente que en cada instante y lugar está a su alcance para satisfacer sus exigencias ambientales, mientras que el segundo aspecto del ambiente de la persona, puede ser entendido como aquel espacio que si bien no está al alcance de un disfrute directo, es igualmente influyente y configurador del estado de propiedades de su ambiente inmediato futuro. Agrega el autor, que según este razonamiento, la figura del derecho subjetivo puede explicar e incluso acoger la necesidad entendida como un poder o facultad de una persona con respecto al ambiente inmediato o próximo

⁹⁸ Bordalí, Andrés: Ob. citada: “Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente” Pág. 141 y siguientes.

⁹⁹ Hasta este punto comparto lo señalado por el profesor Bordalí, esto es, la afectación del derecho constitucional, y no la afectación del mero interés.

Por tanto, teniendo como fundamento el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ante la presencia de una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo del medio ambiente o alguno de sus componentes, las personas naturales estarían legitimadas para impetrar la acción de reparación ambiental, en conformidad al artículo 54. Tratándose de las personas jurídicas, estarán legitimadas las que hayan sufrido un daño o perjuicio en su patrimonio. Legitimación que debe reconocerse desde un punto de vista jurídico, no obstante los inconvenientes que se puedan presentar en la práctica, inconvenientes de carácter económicos, sociales entre otros. Pensar por ejemplo en los recursos económicos necesarios para llevar adelante el juicio. Así las cosas, las personas naturales pueden tener toda la disposición y recursos económicos iniciales al interponer una acción ambiental, pero durante la tramitación del juicio podrían verse envueltas en dificultades económicas que le hagan dificultosa la prosecución del impulso del juicio. En este último punto, el legislador debe buscar la fórmula que permita una defensa eficaz de los derechos antes mencionados, sin que importe privación de la titularidad de la acción de las personas naturales.

b) Las municipalidades por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas y el Consejo de Defensa del Estado.

Me referiré a ambos organismos en forma conjunta, en razón de considerar que ambos tienen un fundamento de legitimación activa común, cual es la obligación del Estado de velar por la conservación del patrimonio ambiental, deber en el cual subyace el resguardo de un interés general de promoción del bien común¹⁰⁰.

Esta obligación estaría contemplada en primer lugar en las normas constitucionales sobre la materia, que imponen al Estado el deber de velar por la no afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y tutelar la preservación de la naturaleza. Facultando al legislador a establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

¹⁰⁰ Art. 1 inc. 3 CPR. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

En segundo lugar, en el rango legal, en el artículo 1 y artículo 2 literal b) de la Ley 19.300.

El artículo 1 al señalar que “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, y la conservación del patrimonio ambiental se regularan por las disposiciones de esta ley”. Y el artículo 2 literal b) define conservación del patrimonio ambiental, como el uso y aprovechamiento racionales **o la reparación, en su caso**, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país, que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”

Por ende, en virtud del mandato constitucional la Ley 19.300 regula la conservación del patrimonio ambiental, estableciendo para lograr este fin, la reparación de los componentes del medio ambiente, cuando sea procedente. En armonía con este articulado el artículo 54, consagra la titularidad de la acción para las Municipalidades y el Consejo de Defensa del Estado.

ii) Titularidad y daño irreparable.

Como señalé al inicio del tratamiento de la titularidad de la acción, la legitimación activa en materia de acción ambiental reviste gran importancia principalmente en materia de daño irreparable respecto del cual se solicita una reparación por equivalente monetario.

Hasta aquí he señalado que, ante una reparación por equivalente monetario, existe la dificultad de establecer los destinatarios de la indemnización, y el uso que se deberá dar a estos recursos. Puntos que en derecho comparado han sido solucionados con la delimitación expresa de las personas u organismos que recibirán la indemnización correspondiente, y en algunos casos el uso que debe darse a estos recursos.

Dado el carácter colectivo del bien jurídico medio ambiente, bien que escapa a la esfera individual y que reviste un carácter indivisible, cabe preguntarse si la regulación contemplada en la Ley 19.300 asegura que la indemnización o reparación por

equivalente monetario beneficie a la colectividad afectada. Creo en este punto que la ley vuelve a manifestar una regulación inorgánica. Lo anterior en razón que, al establecer un sistema de prelación normativa, conduce necesariamente a la aplicación de los mecanismos de reparación contemplados en el código civil (reparación por equivalente monetario y no monetario). Al aplicar el mecanismo de reparación por equivalente monetario, surgiría el inconveniente de determinar cómo se podría restablecer el disfrute a la colectividad afectada beneficiándola con estos recursos monetarios, sobre todo considerando que la colectividad afectada en la mayoría de los casos se torna difusa. En este punto, creo que necesariamente la ley debe regular y zanzar este tema, estableciendo la posibilidad de solicitar reparación por equivalente no monetario, o bien, estableciendo que estos recursos monetarios sean derivados al Fondo de Protección Ambiental, velando porque estos sean finalmente destinados a actos de conservación o reparación ambiental de bienes ambientales del lugar del daño.

CONCLUSIONES

1. La protección jurídica del medio ambiente, busca resguardar un bien jurídico de carácter colectivo, y todos los elementos que lo componen. Bien colectivo, en el sentido que la titularidad de su disfrute recae en la colectividad en su conjunto, y no en un individuo determinado. Como correlato de lo anterior, los bienes ambientales pasan a ser bienes indivisibles, de modo que su disfrute no puede ser atribuido exclusiva y únicamente a un individuo determinado, ya que pertenece a toda la colectividad.
2. El bien jurídico protegido en la Ley 19300 es el medio ambiente, en un sentido extensivo. Ello por cuanto el concepto de medio ambiente contenido en la misma, engloba no solo los componentes tradicionales, esto es, los elementos naturales, sino que además los socioculturales, sean tangibles, como lo son las ruinas arqueológicas, o edificaciones emplazadas en zonas de conservación histórica, o intangibles, como las tradiciones arraigadas en los pueblos, fiestas, costumbres, idiomas de los pueblos originarios, etc.
3. Este bien jurídico se verá vulnerado, ante la existencia de una alteración o menoscabo significativo al medio ambiente o uno de sus componentes. Por ende el umbral jurídico de protección del mismo, sólo se hará extensible ante la presencia de un daño que revista tales características, y no así ante un daño de menor entidad. De este modo el legislador acepta un grado de contaminación o alteración del medio ambiente, con tal que ésta no tenga consecuencias significativas en la calidad de vida, y la preservación del patrimonio ambiental.
4. Ante la existencia de un daño ambiental, la ley establece una duplicidad de acciones, dependiendo de la naturaleza del bien jurídico afectado. Si se trata de un bien jurídico individual, el particular directamente afectado podrá impetrar las acciones civiles ordinarias. Si lo dañado es un bien jurídico colectivo, como lo constituye el medio ambiente, estaremos ante un daño ambiental con

afectación en vertiente pública, punto este último respecto del cual versa el presente estudio.

5. Tratándose de un daño al medio ambiente en su faz pública, la ley establece una acción destinada a obtener la reparación material del medio ambiente dañado consagrada en el artículo 3 y el artículo 53 de la Ley 19.300. Mediante ésta se busca recomponer el medio ambiente o sus elementos a la calidad anterior al daño, y en caso de no ser ello posible, restablecer a sus propiedades básicas. Ambos supuestos parten de la premisa de un daño ambiental reparable, en el cual se hace aplicable por imperativo legal un sistema de reparación in natura o en especie, que renuncia a una reparación integral del daño al establecer una exigencia de reparación que permita devolver solamente a su calidad anterior, o bien sólo a las propiedades básicas, dejando al descubierto los daños o pérdidas provisorias existentes entre el daño y la reparación misma. Asumiendo de esta forma, la colectividad en su conjunto parte de las pérdidas ocasionadas por el agente contaminador, atenuándose de esta forma los principios de responsabilidad y contaminador – pagador bases del sistema de reparación contenido en la Ley 19.300.
6. Tratándose del daño irreparable, no existe una solución expresa al respecto. Por lo anterior, se hace aplicable el régimen supletorio contenido en la misma ley 19300, procediendo por tanto, los sistemas de reparación contemplados en el Código Civil, en materia de responsabilidad extracontractual. La aplicación de este sistema, trae como primera complejidad la asociación de los conceptos de medio ambiente y daño ambiental contenida en la misma ley, principalmente tratándose de daño a los bienes socioculturales. Asimismo existe la dificultad de asignar valor económico a los componentes o elementos del medio ambiente que se hayan visto afectados significativamente, y determinar los destinatarios de la indemnización, cuando la reparación solicitada sea por equivalente monetario.
7. Los titulares de la acción de reparación ambiental contemplados en el artículo 54, no tienen un mismo fundamento de legitimación para impetrar la acción de legitimación. Así, las personas naturales podrán accionar en su calidad de afectados en su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación,

cuando el daño se haya producido en la esfera o entorno adyacente donde desarrolla sus potencialidades como persona. Tratándose de las personas jurídicas, públicas o privadas, éstas se encontrarían legitimadas en razón del daño o perjuicio que sufran en su patrimonio. Por último, las Municipalidades y el Consejo de Defensa del Estado, tendrán como fundamento de legitimación el deber del Estado de conservar el patrimonio ambiental, velar por la no afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y en la obligación de tutela de la preservación de la naturaleza.

8. Ahora bien, el sistema de reparación ambiental contemplado en la Ley 19300, adolece de una regulación inorgánica al establecer un concepto amplio de medio ambiente, sin establecer una regulación concordante con los elementos que forman parte del mismo, y el sistema de reparación material contenido en dicho cuerpo legal. En este sentido, existe dificultad para aplicar el concepto de reparación ambiental tratándose de elementos socioculturales, dado que la ley no especifica qué se entiende por restablecer calidad anterior o propiedades básicas ante este tipo de daño, problema que no se hace patente ante un daño ecológico. Mayor dificultad se presenta tratándose de elementos socioculturales de carácter intangible, dado que éstos muchas veces son irreparables haciéndose ilusoria la aplicación de la normativa de reparación material a este tipo de daños. En razón de lo anterior, es necesario que la ley establezca un sistema que permita enlazar armónicamente los conceptos de medio ambiente, daño ambiental y reparación ambiental.

9. En definitiva la aplicación del sistema de reparación ambiental contenido en la Ley 19300, debe partir de la base de los principios de responsabilidad y contaminador –pagador, velando por la reparación material del medio ambiente, con el objeto de restablecer el disfrute de dicho bien a la colectividad, y con ello el bienestar o calidad de vida, al estado o nivel anterior a la ocurrencia del daño. Ello, por cuanto, el bien jurídico protegido medio ambiente, corresponde a un bien de carácter colectivo, cuyo disfrute pertenece a toda la colectividad, y su carácter indivisible, permite que la acción interpuesta por un legitimado, beneficie a toda la colectividad. Ahora bien, tratándose de un daño irreparable, las políticas ambientales del país, deberán propender a establecer un sistema de

reparación por equivalente no monetario para este tipo de daño, pues de esta forma se logrará crear un sistema que devuelva el bienestar otorgado por el disfrute de los bienes ambientales a la colectividad sin distinción.

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri Rodríguez, Arturo. “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno”, Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición año 2005.

Astorga Jorquera, Eduardo. “Derecho Ambiental Chileno” Parte General. Editorial Lexis Nexis. 1ª Edición 2006. Santiago, Chile.

Barros Bourie, Enrique. “Tratado de responsabilidad extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006

Bermúdez Soto, Jorge: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XXI. Valparaíso. Año 2000

Bordalí Salamanca, Andrés. “Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente”. Editorial Fallos del Mes. Chile. Año 2004.

Bordalí Salamanca, Andrés. “Titularidad y Legitimación Activa sobre el Medio Ambiente en el Derecho Chileno”. Rev. Derecho (Valdivia). [online]. dic. 1998, Vol. 9, No. 1 [citado 28 Julio 2009], pp. 43-63. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

Cafferatta Néstor A. “Breves Reflexiones sobre la Naturaleza del Daño Ambiental Colectivo. Artículo en formato electrónico disponible al 29 de Julio de 2009 en <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/658/838>

Cafferatta Néstor A. : “Cuantificación del Daño Ambiental”. Publicación del Centro Froward de Derecho Ambiental. Universidad de Magallanes. Chile. Año 2007

Castañón del Valle, Manuel. “Valoración del Daño Ambiental” Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental N° 15 del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (PNUMA), México, Diciembre de 2006

Fernández Bitterlich, Pedro. Manual de Derecho Ambiental Chileno. Editorial Jurídica de Chile. 2ª Edición Actualizada. Chile. Año 2004.

Figueroa Eugenio, Asenjo Rafael, Valdés Sebastián y Prauss Sergio. “Responsabilidad Civil por daño al Medio Ambiente y su valor”. Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile. N° 2. Chile. Año 2006.

González Márquez, José. “Responsabilidad por Daño Ambiental en Latinoamérica”. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. 1ª Edición. México. Año 2003.

Huerta Huerta, Rafael y Huerta Izar de la Fuente, Cesar. “Tratado de Derecho Ambiental. Editorial Bosch. 1ª Edición. España. Año 2000.

Magariños de Melo, Mateo. “Medio Ambiente y Sociedad”. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 1ª Edición. Uruguay. Año 2005.

Martín Mateo. “Valoración de los daños Ambientales”. Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile. N° 1. Chile. Año 2003.

Muñoz Valenzuela, Macarena. “El principio quien contamina paga a la luz de la Legislación Medioambiental chilena”. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. [online] Diciembre 2004, N° 12. [Citado 29 de Julio de 2009] Disponible en: <https://www.cde.cl/revista.php?id=121>

Nogueira Alcalá, Humberto. “Derechos fundamentales y garantías constitucionales” Tomo 2. Editorial Librotecnia. Santiago, 2008.

Peña Chacón, Mario. “La Nueva Directiva Comunitaria Sobre Responsabilidad Ambiental En Relación Con La Prevención Y Reparación De Los Daños Ambientales Y

Su Relación Con Los Regímenes Latinoamericanos De Responsabilidad Ambiental”. Rev. Electrónica Medio Ambiente y Derecho. España. Dic. 2005. N° 12-13. [citado 29 de Julio de 2009]. Disponible en:

<http://www.cica.es/aliens/gimadus/12-13/RESPONSABILIDAD.htm>

Ropert Fuentes, Rodrigo y Saavedra Fernández, Rubén. “La Protección Cultural en la Ley 19300 de Bases Generales del Medio Ambiente a la Luz de Dos Sentencias recientes” Rev. Derecho del Consejo de Defensa del Estado. Chile. Junio 2004. N° 11. [citado 29 de Julio de 2009]. Disponible en: <https://www.cde.cl/revista.php?id=126>

Ruiz Piracés, Roberto. “Hacia un nuevo tratamiento jurídico del daño ecológico en la ley ambiental chilena”. Rev. Ambiente y Desarrollo. Chile. Dic. 1996, Vol. XII, N° 4. [29 de Julio de 2009]. pp. 50-57. Disponible en: http://www.cipma.cl/RAD/1996/4_Ruiz.pdf ISSN 0716-1476

Ruiz Piracés, Roberto. “Monetización de daños ambientales: una visión desde el derecho ambiental”. Rev. Ambiente y Desarrollo. Chile. Junio. 2001, Vol. XVII, N° 2. [29 de Julio de 2009]. pp. 17-26. Disponible en: http://www.cipma.cl/RAD/2001/2_Ruiz.pdf ISSN 0716-1476

Sabsay, Daniel Alberto y Di Paola, María Eugenia. “El Daño Ambiental Colectivo y la Nueva Ley General del Ambiente” Publicado en: Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo. Año 2003. N° 17. pp. 1-9. Argentina. Disponible en: <http://www.farn.org.ar/docs/art17.pdf>

Sánchez Sáez, José. La "Restitutio In Pristinum" como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente. Rev. Electrónica Medio Ambiente y Derecho. España. Nov. 1999. N° 3. [citado 29 de Julio de 2009]. Disponible en: <http://www.cica.es/aliens/gimadus/03/RESTITUIO%20IN%20PRISTINUM.htm>

Tapia Suárez, Orlando. “De la Responsabilidad Civil en General y de la Responsabilidad Delictual entre los contratantes” Colección de Monografías. Editorial Lexis Nexis. 2ª Edición 2006.

Uriarte Rodríguez, Ana. “Jurisprudencia Ambiental”. Rev. Consejo de Defensa del Estado. Chile. Diciembre de 2006. N° 16. [citado 29 de Julio de 2009] Disponible en: <https://www.cde.cl/revista.php>

Valenzuela Fuenzalida, Rafael. “El derecho ambiental. Presente y pasado”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo constituye la etapa final de un proceso extenso y enriquecedor, en el que fueron partícipes importantes, familia y amigos. Es por este motivo, que aprovecho esta instancia para dar mi más sincero agradecimiento en primer lugar a mis padres, doña Merle Ramírez Sáez y don Arturo Donoso Torres; a mi difunta abuelita doña Brunilda Sáez Rivera; a mis tías doña Katherine Flores Sáez y doña Alicia Ramírez Gatica; a la familia Canales Angulo, en especial a doña Evelyn Angulo Vergara, don Pedro Canales Seguel, y a mi gran amigo Sebastián Canales Angulo.

Agradezco también, a don Tito Gargari Zelaya, Miguel Papic Vargas y Javier Valle Silva, por sus comentarios en la etapa de revisión del presente trabajo.

Finalmente, quiero destacar y agradecer al profesor Carlos Dorn Garrido, por su permanente disposición y orientación, como asimismo por sus considerables aportes que permitieron dar forma y un mejor contenido a la presente memoria.