

DAÑO AMBIENTAL: LAS LECCIONES DEL CASO “EMBALSE PITAMA”

CAMILA BOETTIGER PHILIPPS*

RESUMEN: La autora comenta las sentencias de la Corte Suprema en el caso del Embalse Pitama, que invalidan una sentencia de alzada y cambian lo decidido por los jueces de fondo en materia de responsabilidad por daño ambiental. En relación a este caso, analiza el estándar de diligencia aplicado al causante del daño, así como la necesidad de mantener una exigencia de previsión razonable, de acuerdo a las autorizaciones ambientales otorgadas.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Sistema Chileno de Daño Ambiental. 3. El Caso del Embalse Pitama. 4. Lecciones del caso. 5. Nivel de diligencia exigible en materia de daño ambiental. 6. Síntesis

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho Ambiental, una de las decisiones judiciales que sin duda no pasó inadvertida el 2011 fueron las sentencias de casación y de reemplazo con las cuales la Corte Suprema resolvió el juicio por daño ambiental del embalse Pitama. Inicialmente desechada la demanda en primera y segunda instancia, conociendo del recurso de casación en el fondo, nuestro más alto tribunal resolvió casar de oficio la sentencia de alzada por un vicio de casación en la forma, dictando sentencia de reemplazo en la cual acogió la demanda por daño ambiental.

* Abogada, Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Quisiera agradecer la colaboración de Natalia Fajardo Arellano, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, y los valiosos comentarios del profesor de Derecho Ambiental de la misma Facultad, Felipe Leiva Salazar, en la elaboración de este trabajo.

Como tuvimos la oportunidad de resaltar al comentar este caso en otra ocasión¹, analizar esta jurisprudencia nos parece relevante por varias razones. Primero, porque no son muy frecuentes las sentencias, como en este juicio, que condenan por daño ambiental. Segundo, por ser una oportunidad en que la Corte Suprema dicta sentencia de reemplazo como sentencia definitiva, que permite que aprecie directamente la prueba y se refiera a los hechos del juicio, lo que por regla general no le corresponde como tribunal de casación. Y tercero, dada la creciente importancia y judicialización que está teniendo el problema ambiental en nuestro país, es esperable que aumenten los conflictos jurídicos de este tipo, por lo que es importante revisar la decisión de la Corte Suprema e identificar los criterios aplicados por el máximo tribunal en esta materia.

Primero haremos un breve resumen del sistema de responsabilidad por daño ambiental en Chile, para situarnos en el contexto dogmático y jurisprudencial del juicio. Luego revisaremos el caso, con los argumentos de las partes y la decisión de la Corte Suprema. Finalmente, nos referiremos a ciertos puntos importantes que este caso nos deja como lecciones en la materia, en el contexto de una necesaria evolución del Derecho Ambiental en Chile y de reglas claras en este tipo de procesos, para el desarrollo sustentable en una sociedad libre.

2. EL SISTEMA CHILENO EN MATERIA DE DAÑO AMBIENTAL

La responsabilidad por daño ambiental en Chile se configura como un régimen **especial que tiene como base el sistema de responsabilidad civil extracontractual**². Siendo uno de los principios de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante “LBMA”) el principio de responsabilidad, además de enunciarlo expresamente en su artículo 3³, instituye su aplicación en

¹ Hacemos referencia a nuestro comentario de jurisprudencia publicado en la revista *Actualidad Jurídica*, N° XXIII, julio 2011: “Embalse Pitama: jurisprudencia de daño ambiental”, pp. 405-426. Este artículo es una versión revisada del citado.

² Consagrado en el Título XXV, Libro IV, artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

³ Artículo 3 LBMA: “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.”

el ámbito de la protección ambiental a través de la reglamentación del régimen de responsabilidad por daño ambiental consagrado en los artículos 51 a 63 de esta ley. Un sistema de responsabilidad civil subjetiva, de acuerdo al régimen general (sin perjuicio de existir regímenes especiales en los que se aplica la responsabilidad objetiva⁴), al cual se le aplican las reglas generales con las modificaciones específicas⁵ que establece la LBMA.

Los **elementos de la responsabilidad ambiental**, tomando de base los requeridos para la responsabilidad civil extracontractual, son los siguientes: acción u omisión dolosa o culposa, imputable a un sujeto capaz y determinado, que provoca un daño⁶. Para la responsabilidad civil por daño ambiental, cada uno de ellos debe analizarse sobre la base del régimen civil general, con las adecuaciones que establece la LBMA y que obedecen a la especialidad de la materia, según se verá.

1.1 Acción u omisión: Primeramente se requiere la existencia de un hecho⁷, acción u omisión de un sujeto determinado. El artículo 51 inciso primero de la LBMA aplica este sistema de responsabilidad a “todo el que” cause un daño ambiental, quien debe repararlo: “No solo los particulares, sea personas

⁴ Sin perjuicio de la existencia del régimen de responsabilidad antes descrito, existen leyes especiales que consagran otro tipo de sistemas los que, según el artículo 51 de la LBMA, prevalecerán por sobre sus normas. Los ejemplos más claros son la regulación por responsabilidad civil contenida en la Ley de Protección Agrícola, Decreto Ley N°3.557 de 1981, por aplicación de plaguicidas, en la Ley de Navegación, contenida en el DL 2.222, por contaminación marina, transporte de hidrocarburos y sustancias peligrosas, y en la Ley N° 18.302 sobre Seguridad Nuclear artículos 49 y 56. Estos son casos de responsabilidad objetiva, en que se debe responder del daño sin necesidad de acreditar dolo o culpa en la acción que lo provoca.

⁵ Brañes considera que la reparación de los daños ambientales requiere regulación especial principalmente por dos factores: la naturaleza colectiva o difusa que por lo general representa este tipo de daño, y por el interés social que habitualmente está presente en su reparación, en tanto afecta no solo a las personas individualmente en su salud o patrimonio sino también a la sociedad en su conjunto como titular del patrimonio ambiental. BRAÑES (1994) pp. 229-230.

⁶ ALESSANDRI (1983) p. 129. Aplicado a la responsabilidad por daños al medio ambiente, son igualmente enumerados por BARROS (2006) p. 799 y CORRAL (1999) p. 80.

⁷ Ejemplos de acciones que producen daño ambiental: tala de especies protegidas como alerce, coihue y mañío (caso “Forestal Candelaria”, Corte Suprema (2010) Rol 5027-2008); acopio de barriles con metales tóxicos que provocan la contaminación de aire y suelo (caso “Promel - Arica”, Corte de Apelaciones de Arica (2005) Rol 464-2004); excavación del suelo en profundidad para extracción de áridos (caso “Compañía Minera Santa Laura”, Corte Suprema (2010) Rol 7749-2008).

naturales o jurídicas, sino que también el Estado a través de sus órganos pueden, perfectamente, por su actividad, y principalmente por su inactividad, causar un efecto de daño ambiental, con lo que su responsabilidad se regularía por las disposiciones de la LBGMA”⁸.

1.2 Culpa o Dolo: Se refiere al elemento volitivo característico del sistema de responsabilidad subjetiva. Hay dolo cuando el autor del hecho u omisión obra con el propósito deliberado de causar daño, cuando el móvil de su acción o abstención, el fin que persigue con ella, es precisamente dañar la persona o propiedad de otro. Por su parte, la culpa se entiende como un error de conducta, que supone un descuido, imprudencia, negligencia, falta de precaución, atención o vigilancia⁹.

Frente a la dificultad que tiene la prueba de este elemento subjetivo, y considerando que la apreciación de la culpa se hace innecesaria si esta proviene del incumplimiento de una obligación determinada impuesta por la ley o algún reglamento, la LBMA en su artículo 52 establece una presunción que beneficia a la víctima del daño en su carga de probar la culpa del causante del mismo: “Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambien-

⁸ BERMÚDEZ (2007) p. 229. Este mismo autor reconoce las complejidades que puede tener la responsabilidad ambiental cuando el causante es el Estado o alguno de sus organismos, pero creemos que no por eso el Estado o sus organismos pueden quedar al margen del principio de responsabilidad. En efecto, aunque la mayoría de los demandados en casos de daño ambiental han sido particulares, y demandados por el Consejo de Defensa del Estado, existe un caso en que fue condenado el Servicio de Salud de Arica por no haber adoptado medidas para evitar la contaminación por plomo, arsénico y otros metales en un acopio de barriles, sabiendo de la existencia de este, en una actitud que la Corte calificó de “inercia y falta de servicio”. Corte de Apelaciones de Arica (2005) Rol 464-2004, considerando 10º.

⁹ Artículo 44 del Código Civil. En el caso Promel-Arica, no se aplicó la presunción sino que se consideró que dado el conocimiento de la naturaleza peligrosa y tóxica de las sustancias minerales que los demandados copiaron, sin haber hecho nada para evitar las consecuencias perniciosas de dicho acopio, los hacía “plenamente responsables de su acción dolosa conforme lo señala el artículo 51 de la Ley 19.300.” Corte de Apelaciones de Arica (2005) Rol 464-2004, considerando 5º.

tales, establecidas en la presente ley, o en otras disposiciones legales o reglamentarias”¹⁰.

Se requiere, para que opere la presunción, de un hecho anti-jurídico por parte del autor del daño: la infracción de normas ambientales, sean estas legales o reglamentarias¹¹. Es una presunción legal, que admite prueba en contrario, por lo que el imputado como autor del daño, para desvirtuarla, debe probar que cumplió con sus obligaciones ambientales¹².

1.3 Daño ambiental: La existencia de un daño es requisito indispensable para que sea procedente la responsabilidad civil. La LBMA define daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”¹³.

Esta definición circunscribe el objeto de la acción a todos los daños ocasionados al medio ambiente, también definido en la LBMA¹⁴. Sin embargo, esto poco acota, ya que la definición de medio ambiente en nuestra legislación es muy amplia, de manera que cualquier componente del medio ambiente, sea natural o artificial, puede sufrir daño ambiental¹⁵. Pero si

¹⁰ En el caso Forestal Candelaria la Corte Suprema consideró bastante para que operara la presunción del artículo 52 de la LBMA el haberse talado especies de alerce vivo en un predio de propiedad de la demandada, especie que se encuentra protegida como Monumento Natural. Corte Suprema (2010) Rol 5027-2008, considerando 6º. Por otro lado, en el caso Vertedero Casablanca, se precisa correctamente que el incumplimiento a la normativa ambiental no sirve para configurar un daño significativo, sino la culpa, que es un elemento distinto de la responsabilidad. Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008) Rol 1016-2008, considerando 6º.

¹¹ BERMÚDEZ (2007) p. 231.

¹² Según Valenzuela, como por la contravención de la norma se presume la culpabilidad, solo podría desvirtuarse que el daño no es producto de la infracción, pero no cabría impugnar la presunción por la vía de acreditar que el agente infractor actuó igualmente con la diligencia y cuidado debidos, “pues la sola circunstancia de que haya existido de su parte infracción de ley o reglamento descarta que haya podido tener un comportamiento acorde con el celo y diligencia a que lo obligaba la normativa en vigor...”. VALENZUELA (2010) p. 324.

¹³ Artículo 2 letra e) LBMA.

¹⁴ Artículo 2 letra II) LBMA define Medio Ambiente como: “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.”

¹⁵ BERMÚDEZ (2007) pp. 233-234. CORRAL (1999) p. 81, la critica, observando que esta definición tan abierta “está condenada a su inoperancia legal”.

se limita en cuanto a que no cualquier menoscabo al medio ambiente da pie a la responsabilidad, sino cuando este sea significativo¹⁶, de importancia¹⁷; deberá entonces atenderse a la magnitud o entidad del perjuicio al medio ambiente o uno de sus componentes para que jurídicamente se esté frente o no a daño ambiental, lo que en definitiva tendrá que ser apreciado en cada caso por el juez¹⁸.

¹⁶ “La exigencia de que los efectos sobre el medio ambiente tengan carácter significativo restringe el ámbito del daño ambiental. La referencia al medio ambiente en cambio, lo amplía, hasta el límite mismo de la realidad biogeofísica. La palabra significativo conlleva la idea de una cierta valoración negativa mínima para el medio ambiente, de tal manera que los daños cuya entidad se encuentren por debajo de ese mínimo no constituyen daño ambiental, aunque comporten un cierto grado de pérdida, disminución, detrimento o menoscabo para el medio ambiente o uno de sus componentes.” Valenzuela (2010) p. 318.

¹⁷ BERMÚDEZ (2007) p. 237. El mismo autor hace la prevención que “Si se admitiera que cualquier daño por leve que sea engendra responsabilidad ambiental se llegaría a la inoperatividad de la institución, toda vez que toda actividad humana importa un daño o menoscabo al medio ambiente. Es por ello que, hoy en día, no es posible hablar de contaminación cero, sino de niveles aceptables de contaminación y consecuentemente niveles aceptables de daño al medio ambiente.”

¹⁸ En este punto es relevante el examen caso a caso que deben hacer los jueces para apreciar si hubo daño significativo o no. Por ejemplo, en el caso “Vertedero Casablanca”, se estimó que no se había acreditado la existencia de daño ambiental ya que “solo pudo establecerse la existencia de malos olores (no su intensidad o periodicidad) y que en el vertedero hay basura a la vista”. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en términos que son citados por la sentencia de la Corte Suprema, considera que los términos empleados por la LBMA son de carácter técnico, por lo que era necesaria la explicación pericial de cómo la actividad del vertedero habría provocado un daño y cómo este afectaba el medio ambiente. Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008) Rol 1016-2008, considerando 5°. Por otro lado, en el caso Promel-Arica se consideró la existencia del daño ambiental por la contaminación del terreno por las sustancias tóxicas acopiadas, la cual afectó la salud y calidad de vida de las poblaciones vecinas; Corte de Apelaciones de Arica (2005) Rol 464-2004, considerando 5°. En el caso Forestal Candelaria, el daño provocado por la tala de especies protegidas se consideró significativo por ser irreparable la corta de 25 especies de alerce, especie que es monumento natural y que habrían tenido alrededor de 3.000 años, y que la corta ilegal de alerce verde, coihue y mañío había afectado los componentes del medio ambiente: agua, suelo y biota. Corte Suprema (2010) Rol 5027-2008, sentencia de casación, considerando 4°. Finalmente, otro ejemplo es el del caso Compañía Minera Santa Laura, en que se consideró “daño de gran magnitud” el ocasionado por la actividad de extracción de áridos de la demandada, lo que físicamente produjo un pozo de alrededor de 50 metros de profundidad y 26 hectáreas de extensión, lo que afectó gravemente el componente suelo del medio ambiente, basándose en un informe de peritos que establecía que el daño ambiental más importante producido por la intervención de la empresa era la pérdida de la capacidad de uso del suelo, que antes era agrícola y que habría quedado totalmente inutilizado para estos efectos. Corte de Apelaciones de Santiago (2008) Rol 1065-2005, considerando 9°, y Corte Suprema (2010) Rol 7749-2008, considerando 9°.

1.4 Relación de causalidad: Según nuestro sistema de responsabilidad, hay relación de causalidad cuando la acción dolosa o culposa es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin ella este no se habría producido. En el caso del daño ambiental, igualmente solo habrá lugar a la responsabilidad si se acredita relación de causa a efecto entre la acción u omisión y el daño producido¹⁹. La relación de causalidad, a diferencia de la culpa, nunca se presume, y debe probarse siempre. Este es uno de los problemas más complejos de la responsabilidad ambiental²⁰, ya que aquí pueden intervenir factores como la pluralidad de causas para un hecho dañoso²¹, la falta de conocimiento científico respecto de los agentes contaminantes y sus efectos²², lo que dificulta a veces establecer una relación causal directa entre hecho y daño.

La LBMA contempla dos tipos de **acciones por el daño ambiental**: una acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, y la acción indemnizatoria ordinaria²³. La **acción ambiental de reparación** tiene como único y exclusivo objeto obtener la reparación del medio ambiente dañado²⁴. Para ejercer esta acción, la LBMA reconoce como titulares al directamente afectado (personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño), y como representantes de un interés público, general y colectivo, a las Municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, las que pueden ser requeridas de intervenir por cualquier persona²⁵, y al Estado, por

¹⁹ Artículo 52 inciso 2° LBMA.

²⁰ BANFI (2004) p. 32.

²¹ BERMÚDEZ (2007) p. 240.

²² BARROS (2006) p. 806.

²³ El artículo 53 de la LBMA señala que “Producido el daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria. A su vez, el artículo 3° de la Ley establece que “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 fuera posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”.

²⁴ Para la LBMA la reparación es “la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar con la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas.” Artículo 2 letra s) LBMA.

²⁵ El artículo 54 inciso final otorga el derecho a cualquier persona para requerir a las Municipalidades la interposición de la acción ambiental, sobre la base de los antecedentes

intermedio del Consejo de Defensa del Estado²⁶. Por otro lado, la **acción de indemnización de perjuicios** tiene por objeto la reparación pecuniaria de los perjuicios producidos por el daño ambiental, solo puede ser ejercida por el directamente afectado, de acuerdo con las reglas generales y complementadas por las normas de la LBMA²⁷.

En cuanto a las **formas de reparación**, el artículo 3° de la LBMA establece que el que cause daño ambiental “estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad la ley,” concordante con las acciones de reparación y de indemnización reguladas en el artículo 53 de la misma Ley. De esta manera, el daño ambiental puede generar dos obligaciones²⁸: primero la **reparación de daños al medio ambiente**, que en la especie consistirá en una o más obligaciones de hacer, que tengan por objeto la ejecución de actos o la adopción de medidas que repongan el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño, o de no ser eso posible, restablecer sus propiedades básicas²⁹. Esta fórmula responde a la naturaleza jurídica del bien que sufre el daño, ya que la reparación es-

que el requirente le proporcione; la Municipalidad deberá demandar en el plazo de 45 días, y si no lo hiciere deberá emitir un pronunciamiento fundado. La falta de este requerimiento la hará solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasionare al afectado.

²⁶ De hecho la mayoría de las causas por daño ambiental son los casos iniciados por el Consejo de Defensa del Estado, como titular de la acción de reparación, los que en general han tenido resultados positivos, y otros que han terminado por la vía de la transacción. Puede consultarse un listado de los casos de daño ambiental llevados por el Consejo de Defensa del Estado en su página web: www.cde.cl, específicamente en: http://www.cde.cl/wps/portal!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os_hg_yAjT2czYwP3UG8XAYNjN38vQ38nA3cDU6B8pFm8s7ujh4m5j4GBhZGvsYGRk6mZWZi_ubGBpykB3eEg-_CqwCd-v4GYMkcdnP0jeAAwNND388jPTdUvyI0wyPTUdQQAUEIsDQ!!/d13/d3/L3dDb0EvUU5RTGtBISEvWUZSdndBISEvNI9TT1IySUM2MzA4MUK1MDJKU-DZJVk41MIBIMg!!/

²⁷ Los bienes jurídicos protegidos son el medio ambiente, para cuya reparación se otorga la acción ambiental, y las personas en su ámbito patrimonial y extrapatrimonial cuando estos son afectados directamente por el daño ambiental, para lo cual se les otorga acción de indemnización de perjuicios que, por lo demás, igualmente tendrían de acuerdo al régimen general de responsabilidad civil. Por tanto, debe distinguirse claramente entre el daño ambiental, y los daños que sufren las personas o su patrimonio producto de ese mismo daño, los que son protegidos de manera diferente por la LBMA. BERMÚDEZ (2007) p.235.

²⁸ BERMÚDEZ (2007) p. 241.

²⁹ Según la definición legal de reparación citada más arriba.

pecífica del medio ambiente dañado es, muchas veces en la práctica, imposible. Por otro lado, frente a la acción indemnizatoria corresponderá el pago de una **indemnización de perjuicios**, reparación en equivalencia que según las reglas generales de la responsabilidad civil, consistirá generalmente en una cantidad de dinero en la que se avalúa el perjuicio sufrido por la parte directamente afectada.

Finalmente, la LBMA contempla una regla especial en cuanto a la **prescripción de las acciones** para hacer valer la responsabilidad por daño ambiental: la acción ambiental y las acciones civiles derivadas del daño ambiental prescriben en el plazo de cinco años contados desde que el daño se hace evidente, esto es, cuando es “claro y manifiesto y tan perceptible que nadie puede racionalmente dudar de él...”³⁰. Esta modalidad de cómputo se aviene más con la naturaleza del daño ambiental, que suele tardar mucho tiempo en revelarse³¹.

3. EL CASO DEL EMBALSE PITAMA

3.1 Resumen del caso

En 2003 se inició el juicio sumario caratulado “Asociación de Canalistas del Embalse Pitama con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A.”, seguido ante el 10° Juzgado Civil de Santiago. En dicho juicio se dedujo demanda de acuerdo al artículo 51 de la LBMA en contra de las Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. (en adelante “la Sociedad”, “la demandada” o “la Concesionaria”), con el objeto de que reparara el daño ambiental que habría provocado en el Embalse Pitama (en adelante “el Embalse”) e indemnizara los perjuicios sufridos por la Asociación de Canalistas del Embalse Pitama (en adelante, “la Asociación” o “la demandante”) por este daño³².

³⁰ FERNÁNDEZ (2004) p. 138.

³¹ VALENZUELA (2010) p. 332. La Corte de Apelaciones de Arica rechazó la excepción de prescripción de la demandada en el caso Promel-Arica, ya que aunque la acción de importación y acopio de residuos metálicos se había realizado en 1984, los efectos del daño ambiental se hicieron evidentes en 1997, por lo que solo desde entonces podría contarse el plazo de cinco años de la LBMA. Corte de Apelaciones de Arica (2005) Rol 464-2004, considerando 7°.

³² Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 1°.

El 30 de enero de 2005 se dictó sentencia de primera instancia que desestimó la acción con costas. La Asociación interpuso un recurso de apelación que fue desechado por la Corte de Apelaciones de Santiago el 17 de octubre de 2008³³. Contra esa sentencia de segunda instancia se entabló recurso de casación en el fondo, a raíz del cual la Corte Suprema procedió a invalidar de oficio el fallo, por estimar que adolecía de un vicio de casación en la forma³⁴.

Finalmente, en la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema acogió las demandas de reparación ambiental y de indemnización de perjuicios, además de imponer una multa de 100 Unidades Tributarias Mensuales a la Concesionaria. De dicha sentencia de reemplazo³⁵, expondremos a continuación los argumentos de las partes y los razonamientos de la Corte Suprema para decidir el caso de forma diferente a los dos tribunales de instancias inferiores.

3.2 Argumentos de las partes

En 1998 la Sociedad se adjudicó un contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación del Proyecto de Interconexión Vial Santiago-Valparaíso-Viña del Mar. Según la **Asociación**, dueña del embalse de riego denominado “Embalse Pitama”, ubicado a un kilómetro de la Ruta 68 y alimentado por diversos esteros y corrientes que desembocan en él, la ejecución de dichos trabajos en la cuenca hidrográfica del Embalse comprendió cortes en los cerros, relleno de quebradas naturales, movimiento del material extraído y su acumulación al borde de la carretera o reintegro en las excavaciones, sin posterior compactación ni arraigo al terreno, en forma irregular e ilegal, “sin darse cumplimiento a las exigencias y condiciones que se le han impuesto por la autoridad, la

³³ Corte de Apelaciones de Santiago (2005) Rol 2386-2005.

³⁴ La Corte Suprema consideró que en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago se vulneró el artículo 170 N°4 del Código de Procedimiento Civil y el N° 7 del Auto Acordado de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 1920, por haberse omitido algunas consideraciones de hecho o de derecho, fundamentaciones que faltan y resultan relevantes para decidir acertadamente acerca de la pretensión y defensas opuestas; y dado que ese error influía sustancialmente en lo dispositivo de dicha resolución, la Corte procedió a invalidar de oficio la sentencia. Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de casación, considerandos 5° y 6°.

³⁵ Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo.

ley, el reglamento y el contrato que regula dichas obras”³⁶. A causa de estos trabajos, se habría interrumpido el libre curso de las aguas en algunos sectores y además con la lluvia se habría producido el escurrimiento de dicho material (tierra, arena y otros materiales contaminantes) al Embalse, rellenándolo de fango y sedimentos.

Con el tiempo, esta situación habría producido la alteración del Embalse, cambiando la composición y características de sus aguas, con lo que se sobrepasaron los límites permitidos para los fines que estas eran y pretendían ser destinadas y que cumplían satisfactoriamente con anterioridad. Específicamente, las aguas del Embalse eran utilizadas antes del daño para el riego de cultivos destinados al consumo humano, para lo cual eran distribuidas por equipos automáticos que requieren para su buen funcionamiento la ausencia de sedimentos. Además, la Asociación afirmó que se pretendía desarrollar un proyecto turístico en el Embalse que ha sido descartado por el estado de este por el embancamiento. Por lo anterior, la demandante solicitó que el daño ambiental fuera detenido y reparado y que además se condenara a la Concesionaria al pago de indemnizaciones por los perjuicios causados³⁷.

Por su parte, la **Sociedad demandada** negó la responsabilidad que se le atribuía, especialmente que los trabajos que pudiere haber efectuado en la zona se hubieren realizado en forma irregular o ilegal, “no habiendo incurrido en ninguna clase de incumplimiento o infracción a las exigencias tanto legales como reglamentarias que rigen su actividad”³⁸. Finalmente, negó haber ejecutado algún acto o incurrido en alguna omisión que pudiese ser causa de los perjuicios

³⁶ La demandante, citando las Bases de Licitación de la obra vial de la Concesionaria y la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto adoptada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso (Resolución Exenta N°166/2001), reclama que la Concesionaria se obligó a adoptar durante la concesión todas las medidas para evitar daños a terceros y su propiedad, a los trabajadores y al medio ambiente, además de construir las obras que permitan el libre escurrimiento de las aguas superficiales en el entorno del proyecto. Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 1°.

³⁷ La demandante solicitó la indemnización del daño emergente, compuesto por una serie de obras que deben ejecutarse para reparar los daños experimentados por el Embalse Pitama a causa de las obras dañinas ejecutadas por la demandada; y del lucro cesante, por la pérdida de los beneficios que hubiera obtenido, por la imposibilidad de desarrollar el proyecto turístico denominado “Centro Recreacional Embalse Pitama”. Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 1°.

³⁸ Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 2°.

demandados, y que aún en evento de ser efectivas las circunstancias descritas en la demanda, carecía de toda responsabilidad legal en ellas.

3.3 Razonamientos y decisión de la Corte Suprema en la sentencia de reemplazo

Luego de revisar la prueba presentada por las partes, que comprendió documentos, declaraciones de testigos, absoluciones de posiciones e informes de peritos, el tribunal dio por acreditados, entre otros, los siguientes **hechos**³⁹:

- Se contempló en el Proyecto de Mejoramiento de la Ruta 68 adjudicado a la Sociedad, que el material sobrante sería depositado en el botadero Melosilla, que se encuentra en un sector aledaño al Embalse Pitama.
- A través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se calificó favorablemente el proyecto, condicionándolo al cumplimiento de ciertos requisitos, exigencias y obligaciones; en particular, atendida la naturaleza de la obra, debían preverse obras de drenaje acorde con los escurrimientos naturales, que permitieran el libre escurrimiento de las aguas superficiales en el entorno del proyecto, evitando la interferencia de este y las posibles anegaciones.
- Por el plan de manejo del Botadero Melosilla la demandada se obligó a llevar a cabo determinadas acciones para la mitigación del impacto ambiental de los trabajos asociados a este, y se establecieron condiciones para el cierre del mismo.
- La Concesionaria llevó a cabo “actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones”.
- Las medidas de mitigación y protección ambiental no fueron efectivas, encontrándose acreditado que existe erosión que afecta los taludes de escombros del Botadero, que no se han evitado la aparición de procesos erosivos que tienen como consecuencia el arrastre de material hacia los cursos de agua existentes, que el sistema de drenaje no da garantías de estabi-

³⁹ Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 14º.

lización del Botadero, y que la plantación de especies arbóreas y arbustivas en la zona de los taludes no ha sido efectiva.

- El fracaso de las medidas ha ocasionado un proceso de contaminación de las aguas del Embalse, ya que el escurrimiento de las aguas arrastra material del Botadero.
- Por la afectación de las aguas del Embalse Pitama, tanto en su pureza como en su escasa disponibilidad, los predios han visto perjudicado su riego y la Asociación ha debido abstenerse de concretar el proyecto turístico.

Sobre la base de los hechos recién expuestos, la Corte Suprema analizó los siguientes puntos para arribar a su decisión:

- Respecto a la **culpa** de la acción que produjo el daño, señaló que para atribuirle responsabilidad era necesario establecer el factor de imputación, dado por la culpabilidad en la acción que se le reprocha. Además de reseñar las obligaciones ambientales de la demandada⁴⁰, declaró que “no basta en la especie con el cumplimiento formal de los planes de manejo presentados, sino que su obligación es llevar a cabo un adecuado desarrollo ambiental de su proyecto que permita evitar todo daño que su actividad causa al medio ambiente.” Siguiendo esta premisa, para la Corte Suprema el elemento subjetivo de la culpa se cumplía, puesto que acorde a las capacidades y conocimientos técnicos de la demandada le era exigible una conducta determinada, el **deber de previsión y diligencia** que era posible esperar de ella; y que era suficiente, para la existencia de responsabilidad, que se haya podido prever el daño. En todo caso, se constataron incumplimientos al plan de manejo por la perito, la autoridad ambiental y el tribunal en su inspección personal, con lo que se acredita el incumplimiento que exige el artículo 52 de la LBMA para presumir la culpa⁴¹.

⁴⁰ Estas obligaciones ambientales serían generales, contenidas en las normas de la legislación ambiental y de concesiones, y específicas, contenidas en las Bases de Licitación y la resolución que califica su proyecto favorablemente (resolución de calificación ambiental). Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 25°.

⁴¹ Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 28°.

- En cuanto al **daño ambiental**, analiza el concepto dado por la LBMAde “perjuicio significativo”: “Para evaluar la significación del daño ambiental, no solo deben considerarse parámetros técnicos que justiprecien el grado de contaminación específica en un momento dado de un recurso natural, sino que debe analizarse como la conducta acreditada generará con certeza un daño que pueda ser calificado de significativo...” Según este criterio, no resulta razonable esperar un mayor, grave e irreparable daño para dar lugar a la acción ambiental, para mitigar y reparar los efectos de una conducta que afecta al medio ambiente de manera relevante, y por lo mismo, significativa. Establece que la conducta de la demandada amenaza de forma cierta y precisa seguir intensificando la afectación de la calidad de las aguas del Embalse, y que además, el daño ambiental significativo quedaba demostrado con la declaración de los testigos, que sostienen que el agotamiento de la vida del Embalse es causa de su estado. El perjuicio al medio ambiente, es, específicamente, la desaparición del Embalse Pitama⁴².
- De la **relación de causalidad**, la Corte consideró que los incumplimientos de la demandada iniciaron un proceso de contaminación de las aguas del Embalse, por la erosión, escurrimiento de sedimentos y embancamiento de residuos arrastrados por las lluvias, la falta de tratamiento de las tierras removidas por la demandada y la falta de vegetación, con lo que habría quedado demostrada la relación de causalidad entre el daño y la acción de la Concesionaria.

Sobre la base de estos razonamientos, la Corte Suprema revoca la sentencia apelada, dando lugar a la demanda por reparación ambiental, debiendo la Sociedad cumplir los compromisos ambientales asumidos y además, dentro del plazo de un año, efectuar e implementar un proyecto que, entre otros requerimientos, elimine el embancamiento del Embalse, limpie los residuos y purifique el agua del mismo; estructure un sistema efectivo de drenaje o saneamiento del botadero; ejecute medidas de afianzamiento y reapertura de taludes para afianzar la tierra superficial depositada; extraiga todos los

⁴² Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 30º.

residuos sólidos de los cauces naturales del Embalse Pitama; realice un programa de revegetación y reforestación efectivo; y cumpla con todas las medidas de prevención, mitigación y reparación señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental.

Se acogió también la demanda por indemnización de los perjuicios particulares originados en el daño ambiental, accediendo a la pretensión de la demandante relativa a la reserva de la determinación de los perjuicios para un juicio posterior. Además, como se dijo, la Corte Suprema condenó a la demandada al pago de las costas del juicio, y al pago de una multa de 100 UTM en atención al artículo 57 de la LBMA⁴³.

4. LECCIONES DEL CASO

Ya hemos hecho referencia a la relevancia del caso por el cambio de decisión que realizó la Corte Suprema a través de la casación de oficio. En esta sección queremos resaltar ciertos tópicos importantes de la responsabilidad por daño ambiental que aparecen tratados en la decisión del máximo tribunal en el caso analizado, que nos parece requieren mayor desarrollo en el Derecho Ambiental y de una clara definición para este tipo de procesos.

4.1 Rol de la responsabilidad por daño ambiental en nuestro sistema de protección del medio ambiente

El mecanismo más conocido y a raíz del cual se ha producido la mayor jurisprudencia en materia ambiental es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), instrumento de gestión ambiental de carácter preventivo. El SEIA tiene por objeto evaluar los impactos ambientales de un proyecto en un área determinada, verificar que este cumpla con la normativa ambiental, y que se tomen las medidas necesarias para mitigar, compensar o reparar los

⁴³ Aunque esta norma fue derogada por la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, no hace ninguna mención respecto a su aplicación temporal, nos parece que por el artículo 7 transitorio de esa misma ley es posible su utilización: “Los procedimientos de fiscalización y los sancionatorios iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente ley, seguirán tramitándose conforme a sus normas hasta su total terminación.”

impactos ambientales del proyecto⁴⁴. Como se puede apreciar, este instrumento es de carácter preventivo⁴⁵; el rol de este sistema en la protección del medio ambiente es previo a la ejecución de una actividad y la idea es anticiparse a los efectos negativos que esta pueda producir en el medio ambiente. Luego viene además la posterior fiscalización del cumplimiento de las normas y medidas impuestas por la autoridad, lo que permite también actuar si alguna variable del medio ambiente no evoluciona como se predijo en la evaluación ambiental en el SEIA⁴⁶.

La responsabilidad por daño ambiental, por otro lado, se basa en el principio jurídico general de la responsabilidad, de responder por los actos u omisiones que causen daño a otros que no debían soportarlo; sobre esa base la LBMA especifica la obligación de responder por el daño ambiental, reparándolo, e indemnizando a los directamente afectados⁴⁷.

Hay grandes diferencias entre uno y otro mecanismo jurídico. El SEIA debe funcionar antes de la ejecución de un proyecto, su objeto es la evaluación de los impactos ambientales del mismo y detallar la forma en que el proyecto debe ejecutarse dentro de la normativa ambiental. De las resoluciones de calificación ambiental del SEIA nacen obligaciones ambientales específicas, las cuales si son incumplidas acarrearán sanciones administrativas. En cambio, la responsabilidad por daño ambiental es el último recurso que se tiene frente a una acción que, pudiendo haber sido evaluada ambientalmente o no, produce un menoscabo de importancia al medio ambiente o sus componentes, el que a su vez puede producir o no un daño a personas. La principal función de la responsabilidad civil, como se sabe, es reparatoria⁴⁸.

La evaluación ambiental es previa, podríamos decir que busca evitar el daño ambiental, ya que dicho procedimiento previene que ciertas

⁴⁴ Artículos 2 letra j y 16 de la LBMA.

⁴⁵ BERMÚDEZ (2007) pp. 189-191.

⁴⁶ Artículo 25 quinquies de la LBMA.

⁴⁷ Aquí es importante hacer la diferencia entre el principio de responsabilidad con el de contaminador-pagador: la obligación de indemnizar los daños causados por la contaminación tiene su fuente en la responsabilidad extracontractual, no en la internalización de los costos ambientales de una actividad, que es lo que busca el principio del que "contamina-paga". VALENZUELA (2010) p. 312.

⁴⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (1990) p.135; RODRÍGUEZ (1999) pp. 14-15.

actividades se realicen sin tomar resguardos específicos para no alterar gravemente el medio ambiente, y eventualmente llegar a dañarlo.

Por otro lado, se ha reconocido en doctrina, no solo en el ámbito civil⁴⁹ sino también específicamente en el ambiental, la función preventiva de la responsabilidad civil⁵⁰: además de las sanciones administrativas que podrían imponérsele al autor del daño, la obligación de reparación del mismo y de indemnizar a los afectados, debería actuar como un disuasivo más en la ejecución de estas conductas, al agregar consecuencias gravosas al actuar dañoso del autor⁵¹. En el caso analizado, si bien la Corte Suprema no hace ninguna declaración expresa en cuanto a ese punto, podemos aventurar que el mensaje de su decisión final es claro: las acciones que provoquen daño ambiental no quedarán impunes; una vez convencida de la existencia de la responsabilidad ambiental, condenó a la demandada a reparar, indemnizar y además le aplicó multas, todo lo que estaba permitido por la LBMA.

4.2 Diferencias entre impacto, contaminación y daño ambiental

Existe en Derecho Ambiental una tríada de conceptos que muchas veces presenta dificultades en su aplicación práctica; los significados son teóricamente diferentes pero se identifican los mismos hechos con diferentes concepciones, que teóricamente producen efectos jurídicos diferentes. Nos referimos a los conceptos de impacto ambiental, contaminación y daño ambiental.

El primer concepto es el de **impacto ambiental**, definido legalmente como “la alteración del medio ambiente provocada

⁴⁹ Véase por ejemplo BARROS (2006) p. 791. BANFI (2004) p. 45 piensa distinto, cree que la evolución de los seguros, el carácter accidental de muchos de los eventos que dan lugar al daño ambiental y la falta de evidencia empírica sobre la función preventiva de la responsabilidad en este ámbito han disminuido la importancia de esta función de la responsabilidad.

⁵⁰ La Corte Suprema en el caso Forestal Candelaria, menciona explícitamente la función preventiva de la responsabilidad como razón para dar la indemnización de perjuicios. Corte Suprema (2010) Rol 5027-2008, considerando 18°.

⁵¹ Brañes específicamente menciona a las sanciones civiles “mediante el restablecimiento de la situación anterior a la comisión del hecho ilícito, cuando ello sea posible, o a través del pago de daños y perjuicios” y resalta su importancia “...como instrumentos correctivos para la aplicación de la política ecológica”: “...la aplicación de estas sanciones funciona por lo general como un importante mecanismo de disuasión frente a la posibilidad que se continúe con las comisión de hechos ambientales ilícitos que han dado lugar a la reparación o se inicie la comisión de otros.” BRAÑES (1994) p. 226.

directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”⁵². Esta alteración puede ser positiva, neutra o negativa; y por eso es evaluable, de manera que un determinado proyecto sea susceptible de una investigación que “determine su idoneidad ambiental, mediante la cuantificación y calificación de sus impactos”⁵³. Todas las actividades humanas producen impactos o alteraciones en el medio ambiente, pero eso no las convierte *per se* en actividades contaminantes o perniciosas para el medio ambiente⁵⁴.

Luego tenemos la **contaminación**, cuya definición legal liga los efectos de ciertos elementos en el medio ambiente a lo permitido por las normas respectivas: “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”⁵⁵. De esta manera, cuando una actividad produce un impacto tal que transgrede los límites que la sociedad, a través de la autoridad, ha fijado para un determinado elemento del medio ambiente mediante una norma (agua o aire, por ejemplo), se está en presencia de contaminación. Por eso este concepto requiere, para su operatividad jurídica y técnica, de la dictación de las normas correspondientes que establezcan dichos límites. De su sola lectura, podría concluirse que contaminación es un concepto cerrado, tan reglado, que si no existen normas que fijen los límites o mínimos de determinados elementos presentes en el medio ambiente, no habría contaminación, lo cual es absurdo⁵⁶: esta definición entrega solo un parámetro para determinar si existe contaminación, pero no es el único que da la LBMA.

Este término no puede entenderse sin complementarlo con las definiciones, también de la LBMA, de **contaminante** y **medio ambiente libre de contaminación**, las cuales establecen parámetros o criterios más sustantivos de afectación de determinados bienes jurí-

⁵² Artículo 2 letra k de la LBMA.

⁵³ DEL FÁVERO (1994) p. 10.

⁵⁴ GUZMÁN (2010) p. 60, considera que impacto ambiental negativo es el concepto genérico con el que se identifican las alteraciones al medio ambiente en la LBMA, actuando de concepto “pivote” que impide la existencia de vacíos por aspectos no regulados.

⁵⁵ Artículo 2 letra c de la LBMA.

⁵⁶ GUZMÁN (2010) pp. 57-59.

dicos para estimar si existe o no contaminación: la protección de la salud y calidad de vida de las personas, la conservación del patrimonio ambiental y la preservación de la naturaleza⁵⁷. La definición de contaminación entrega un parámetro, el límite normativo ya establecido, pero en realidad se debe estudiar la afectación de los bienes protegidos, los cuales a la vez constituyen la finalidad de la garantía de vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁵⁸. No se puede esperar, para cada elemento que cause un efecto en el medio ambiente, a que el Estado legisle; la contaminación debe atenderse por los efectos que se producen⁵⁹, más que si se transgrede o no una norma respecto de un elemento determinado.

Por último, tenemos el **daño ambiental**, definido como: “Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”⁶⁰. Aunque hay opiniones que consideran que existe daño ambiental cuando existe contaminación, limitando la significancia del daño a las normas existentes⁶¹, pero hay mayor consenso en la doctrina en que para determinar la existencia de daño ambiental debe atenderse al bien jurídico protegido, el medio ambiente y sus componentes, y la entidad del perjuicio sufrido por estos (que sea significativo). Como ya se expuso más arriba, en vista que nuestra LBMA ha optado por una definición amplia de medio ambiente, esto trae como consecuencia que cualquier daño a los elementos incluidos en la definición de medio ambiente pueda ser considerado como daño

⁵⁷ Medio ambiente libre de contaminación es definido por el artículo 2 letra m de la LBMA como “aquel en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos 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.”

⁵⁸ BERMÚDEZ (2007) pp. 90-96. GUZMÁN (2010) pp. 55-56.

⁵⁹ Al respecto debe tenerse en cuenta la crítica de BERMÚDEZ (2007) p. 91, respecto a la diversidad de parámetros que entrega esta definición, ya que cada uno de ellos constituye un nivel distinto de protección (salud y calidad de vida de las personas, y preservación y conservación del medio ambiente).

⁶⁰ Artículo 2 letra e) de la LBMA.

⁶¹ Por ejemplo para DEL FÁVERO (1994) p. 11, esta norma está relacionada directamente con la de contaminación, considerando como significativos los daños no autorizados: “Si la capacidad de uso del componente del medio ambiente está delimitada por los instrumentos señalados (estudio de impacto ambiental, planes de manejo, prevención, o descontaminación), ello implica que las alteraciones al medio ambiente, aunque sean negativas, están dentro de rangos aceptables, y, consecuentemente no son significativos.”

ambiental, cobra relevancia entonces el problema de la intensidad del perjuicio para que sea considerado daño ambiental⁶².

Bermúdez señala como características del daño ambiental, de acuerdo a la definición legal de la LBMA, las siguientes: i) debe ser inferido al medio ambiente, sea en su totalidad o alguno de sus elementos⁶³; ii) puede presentarse en cualquier forma; iii) debe ser significativo⁶⁴. Este último punto es muy relevante, ya que implica aceptar que cualquier actividad puede entrañar un daño al medio ambiente, por lo que solo uno de importancia activará el mecanismo de la responsabilidad⁶⁵.

Otro punto relevante al analizar estos conceptos es el ámbito en el cual se aplican⁶⁶. Tanto impacto ambiental como contaminación son términos utilizados en los instrumentos de gestión ambiental, en el ámbito público que le cabe al Estado en su tarea de proteger el medio ambiente, y corresponden a parámetros más bien técnicos. En cambio, el concepto de daño ambiental viene de la óptica de la responsabilidad civil extracontractual, en una relación específica entre el causante y la víctima de un perjuicio, en que los efectos de la conducta son apreciados directamente por el juez⁶⁷.

Nuestra observación sobre este punto es que es necesaria una mayor precisión en el manejo de los conceptos de la LBMA por parte de los tribunales para fallar casos de Derecho Ambiental. Hay casos

⁶² BERMÚDEZ (2007) pp. 233-234; GUZMÁN (2010) p. 60.

⁶³ Para Valenzuela, la expresión “medio ambiente” en la definición de daño ambiental sirve para precisar el enfoque o perspectiva desde el cual debe darse para estos efectos la lectura de la realidad. Si un predio es un inmueble para el Derecho Civil, para el Derecho Ambiental el mismo predio es el sustrato geofísico de sistemas terrestres, y a partir de esta percepción sistémica de la realidad condicionante de la vida los daños inferidos al suelo pueden llegar a constituir daño ambiental, dependiendo de la cuantía y relevancia de su significación. VALENZUELA (2010) p. 319.

⁶⁴ BERMÚDEZ (2007) pp. 234-236.

⁶⁵ BERMÚDEZ (2007) p. 237; CORRAL (1999) p. 82; VALENZUELA (2010) p. 318: Este autor dice que el daño sea significativo “...conlleva la idea de una cierta valoración mínima negativa para el medio ambiente, de tal manera que los daños cuya entidad se encuentre por debajo de ese minimum no constituyen daño ambiental, aunque comporten cierto grado de pérdida, disminución, detrimento o menoscabo para el medio ambiente o alguno de sus componentes.”

⁶⁶ GUZMÁN (2010) p. 52, nota 177.

⁶⁷ BANFI (2004) p. 23 resalta que la responsabilidad civil opera como un complemento de la regulación ambiental: mientras la regulación atendería intereses sociales, el derecho de daños pondría a pruebas los criterios y decisiones de la autoridad.

en que los razonamientos de tribunales hacen equivalente impacto con daño⁶⁸, lo que es inexacto, ya que se confunde el efecto de cualquier actividad de alterar el medio ambiente con provocarle un perjuicio. El daño es otra cosa, es una categoría jurídica en que la actividad produce un efecto negativo, una pérdida, un detrimento al medio ambiente o uno de sus elementos; que además, debe ser significativo, no puede ser un efecto negativo menor. El daño ambiental debe acreditarse, y aunque en la práctica sus efectos sean la contaminación del medio ambiente, no se debe exigir tampoco contaminación para que exista daño ambiental⁶⁹. El daño ambiental puede ser la afectación de un elemento del medio ambiente sin que sea contaminación *per se*⁷⁰. Por otro lado la contaminación (en su estricto sentido legal) puede ser un episodio crítico de vulneración de la norma en determinados elementos pero que puede no llegar a producir daño ambiental. En suma, hechos que implican una alteración del medio ambiente pueden tener diferente significación jurídica⁷¹, la que trae diversas consecuencias; los conceptos citados están relacionados, pero no son, en ningún caso, equivalentes.

En el caso analizado, la Corte Suprema, sobre la base de lo expuesto por el informe pericial más las declaraciones de los testigos y la inspección personal, considera que el menoscabo es significativo, razonando que “para evaluar la significación del daño ambiental no solo deben considerarse parámetros técnicos que justiprecien el grado de conta-

⁶⁸ La Corte de Apelaciones de Valparaíso en el caso Vertedero Casablanca afirma que “toda actividad, especialmente la de un vertedero, produce daño ambiental”. Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008) Rol 1016-2008, considerando 5°.

⁶⁹ En el caso Vertedero Casablanca, Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008) Rol 1016-2008, considerando 5°, los jueces del fondo no dieron por acreditado el daño ambiental con la prueba allegada, aduciendo que los conceptos que se emplean en la ley son técnicos, por lo que era necesario que un perito explicara si el medio ambiente había sido dañado y por qué, si el daño era significativo, si los contaminantes se encontraban en concentraciones y períodos superiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, calidad de vida de la población, preservación de la naturaleza o conservación del patrimonio ambiental, haciendo una clara referencia a la definición de medio ambiente libre de contaminación y los parámetros que ella enumera para contaminación; pero no exige para la constatación de existencia de daño ambiental.

⁷⁰ En el caso Compañía Minera Santa Laura, no se recurrió al concepto de contaminación para la acreditación del daño ambiental; simplemente se dio por acreditado el efecto negativo de la actividad sobre el elemento suelo, que habría provocado una pérdida significativa de su capacidad agrícola. Corte Suprema (2010) Rol 7749-2008, considerando 6°.

⁷¹ GUZMÁN (2010) p. 59.

minación específica en un momento dado de un determinado recurso natural, sino que debe analizarse cómo la conducta acreditada generará con certeza un daño que pueda ser calificado de significativo”. La Corte Suprema menciona la contaminación como parte del daño, pero el principal daño, el agotamiento de la vida útil del Embalse, es el determinante para considerar la procedencia de la condena, además de la correlación entre dicho efecto y la conducta de la demandada, “por la erosión, escurrimiento de sedimentos y embancamiento de residuos sólidos arrastrados por las aguas lluvia hasta el lecho del Embalse Pitama, por la falta de tratamiento de las tierras removidas por la acción de la demandada y la falta de vegetación en el sector”⁷².

Cada caso es único, así como cada entorno tiene sus especiales características y es afectado de manera diferente por una u otra actividad; por eso los tribunales tienen la misión de, a partir de los hechos, aplicar correctamente los conceptos jurídicos que entrega la ley y desde ahí concluir los efectos que dicha situación produce.

4.3 Nivel de diligencia exigible en materia de daño ambiental: cumplimiento de obligaciones ambientales... y más

Si además de quedar claro con este caso que si hay daño ambiental se aplicarán todas las sanciones que permite la ley, el mensaje a nuestro juicio más importante que envía la Corte Suprema es respecto del nivel de diligencia que es dable exigir para evitar este perjuicio: más allá del mínimo. No solo basta con cumplir lo que establece la autorización ambiental, esto puede no eximir de responsabilidad por daño ambiental, por la entidad del efecto de la acción.

El estándar de diligencia que la Corte Suprema aplicó a la demandada para considerarla culpable del daño ambiental al Embalse, no fue solo por el incumplimiento de sus obligaciones ambientales, sino por no haber ejecutado otras medidas en vista que las ejecutadas no habían sido efectivas. Es más, se establece que “la obligación de la concesionaria no se agotaba con el cumplimiento estricto de las medidas descritas, sino que su obligación era llevar a cabo todas las acciones que permitieran mitigar y reparar adecuadamente el

⁷² Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 30°.

impacto ambiental negativo de su actividad, única forma de entender un desarrollo sustentable, que es al que tiende el legislador”⁷³. La Corte dice con claridad que no basta con cumplir con la normativa impuesta por la autoridad, y que la responsabilidad va más allá de las medidas mínimas de la regulación ambiental del proyecto⁷⁴.

Derechamente, la Corte Suprema considera que “el cumplimiento formal de las leyes, reglamentos y compromisos particulares no es suficiente para exculparse de los daños ocasionados”, pues “... la observancia de ellos no dispensa tampoco del deber de conformarse a la obligación general de previsión”⁷⁵. Creemos que aquí está la clave del reproche de la Corte Suprema hacia la Concesionaria: su actuación negligente o falta de prevención o de ejecución de medidas para evitar la afectación del Embalse por los deslizamientos de material sólido producto de la erosión y las lluvias, que tuvo por efecto su estado actual y de la calidad de sus aguas, es reprochable, sobre todo porque la afectación de los cursos de agua era previsible; sino, no se le hubieran impuesto esas obligaciones en el contrato de concesión y la autorización ambiental. Hay entonces falta de previsión de un daño que podía evitarse y que la demandada tenía capacidad y conocimientos para hacerlo⁷⁶. Según la Corte Suprema, más allá de las normas prácticas impuestas, su diligencia debía ser mayor, de acuerdo a lo esperable por su capacidad y conocimientos⁷⁷. Se le llega a imponer un deber de diligencia objetivo: “en este caso la culpa se ha apreciado de acuerdo a las circunstancias y con-

⁷³ Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 29°.

⁷⁴ CORRAL (1999) p. 88, frente a la posibilidad de eximirse de la culpa por el cumplimiento de las medidas previstas para la actividad, esáa claro que si las medidas no fueron ejecutadas, hay negligencia o descuido, y opera la presunción del artículo 52 de la LBMA. Pero... “No obstante, parece claro que el perjudicado podría acreditar que, a pesar que se hayan ejecutado las medidas previstas, hubo culpa, puesto que este tipo de medidas, atendidas las circunstancias concretas en que se produjo el daño o accidente, no eran suficiente para evitarlos.”

⁷⁵ Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 28°.

⁷⁶ Corral califica estos daños como “Daños previstos no autorizados”: “...daños que, si bien se previeron de posible ocurrencia durante la ejecución del proyecto o actividad se consideraron evitables, y con tal propósito se exigieron medidas de prevención o de control de accidentes. Para determinar la responsabilidad si se produce este tipo de perjuicios, debemos distinguir si las medidas de prevención o de control se ejecutaron de acuerdo a lo exigido o no”. CORRAL (1999) pp. 87-88.

⁷⁷ La culpa, entendida como falta al deber general de cuidado y como elemento de la responsabilidad civil, va a variar según los niveles culturales y de tecnología. Estos elementos que son especialmente relevantes en el daño ambiental.

diciones objetivas de las partes, conforme a las cuales les era exigible una conducta determinada, en este evento el deber de previsión y diligencia que es posible esperar de ellas”⁷⁸.

En este caso particular, la Corte consideró que había incumplimiento de las obligaciones ambientales de la demandada, y explicó por qué el daño era previsible, y aplicó la presunción del artículo 52. Pero llama la atención el mensaje de la Corte en cuanto a que: “...el respeto de la normativa medioambiental no puede ser puerto seguro, para el evento que se originen daños a terceros producto de una acción productiva, puesto que ello es el mínimo que debe considerarse, pero nada obsta que le corresponda tener en cuenta mayores cuidados”⁷⁹. Es decir, que aunque se cumpla con lo impuesto por las normas ambientales y autoridad correspondiente, no se es suficientemente diligente... Lo peligroso sería que este estándar llegara a obligar a responder de cualquier daño por esta exigencia de prever todo daño, más allá de lo que ha previsto la misma autoridad, lo que en materia ambiental es difícil, por la diversidad de formas y efectos que pueden producir las actividades en el entorno.

Nos parece que exigir este estándar de diligencia, parece a simple vista como muy alto, por ir más allá de las normas. Es cierto que el tema ambiental ha tenido una evolución que ha elevado cada vez más las exigencias a diversas actividades, pero llevar el deber general de previsión a este nivel, esto es, a que se haga cargo más allá de lo que resulta posible prever cumpliendo con la normativa ambiental, generaría una carga injusta para los que desarrollen proyectos. Existiendo un procedimiento de evaluación ambiental previo, si el titular del proyecto cumplió con todas las obligaciones y medidas impuestas por la autoridad, y aún así se produce una situación de daño, no cabría exigir una diligencia mayor ni podría aplicarse la presunción del artículo 52; habría que probar la culpa, la negligencia en la acción, además de la relación de causalidad y el daño. Por mucho que se quieran evitar situaciones de daño ambiental, no puede entenderse que el deber general de previsión en esta materia llegue a interpretarse como una responsabilidad “casi” objetiva al imponer una diligencia mayor a la normal. Nuestro sistema de responsabilidad ambiental es subjetivo y requiere acreditar incum-

⁷⁸ Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 28°.

⁷⁹ Corte Suprema (2011) Rol 396-2009, sentencia de reemplazo, considerando 19°.

plimiento de obligaciones ambientales previamente conocidas por el autor, o negligencia en el actuar que produjo un resultado dañoso previsible al medio ambiente.

Quizás el mensaje de la Corte de exigir “más allá de las normas ambientales” puede justificarse por otra razón: se está exigiendo este nivel de diligencia, a partir de las normas mínimas ambientales, para evitar un daño y no un impacto ambiental. La responsabilidad por daño ambiental se produce cuando ya se ha sobrepasado el impacto tolerable por la sociedad y las normas, cuando se ha afectado negativa y significativamente el medio ambiente y/o alguno de sus componentes. El Derecho no puede dejar sin sanción ni reparación ese nivel de afectación si se pretende proteger el medio ambiente. Por eso el cumplimiento de las normas ambientales es el mínimo; porque el deber general de cuidado para evitar daño ambiental les es exigible a todos, con o sin componentes o actividades normadas especialmente, con o sin autorizaciones especiales. La responsabilidad por daño ambiental es la última reacción civil para proteger y reparar el medio ambiente cuando se produce daño.

5. SÍNTESIS

Las sentencias de la Corte Suprema en el caso del Embalse Pitama, invalidando la sentencia de alzada y luego cambiando completamente lo decidido por los jueces de fondo en la sentencia de reemplazo, serán un referente obligado en materia de responsabilidad por daño ambiental.

En primer lugar, por el estándar de diligencia aplicado al causante del daño, el que fija un nuevo precedente para la apreciación de la culpa en esta materia: ya no basta con cumplir con las normas ambientales y autorizaciones existentes, se debe actuar con mayor deber de prevención, y esa capacidad dependerá de las circunstancias de cada persona. Así como esto es interesante, es fundamental que los tribunales no se excedan en la aplicación de este alto estándar, de manera de mantener una exigencia de previsión razonable, de acuerdo a las autorizaciones ambientales otorgadas, y como sistema de responsabilidad subjetiva, aplicando la presunción de infracción a las obligaciones ambientales de forma adecuada a las circunstancias de cada caso. En segundo lugar, por el análisis que hizo la Corte del concepto de daño

ambiental para acoger la demanda, apreciando en concreto los efectos de la acción de la demandada en el Embalse y su entorno, yendo más allá del estado actual del Embalse al tomar en consideración que si la situación se mantenía, el daño sería mayor.

Y tercero, por el rol preventivo que tiene una condena de esta entidad en materia de responsabilidad por daño ambiental, como señal de la obligatoriedad de la reparación del medio ambiente y los directamente afectados si se llega a este tipo de casos, el último escenario que se espera en el Derecho Ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1983): *De la Responsabilidad Extra-contractual en el Derecho Civil chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica Editar-ConoSur Ltda.) Tomo I.
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2004): “De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* (Universidad Diego Portales) N° 2: pp. 19-70.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extra-contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2007): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universidad de Valparaíso).
- BRAÑES BALLESTEROS, Raúl (1994): *Manual de Derecho Ambiental mexicano* (México D.F., Fondo de Cultura Económica).
- CORDERO VEGA, Luis (2002): “El medio ambiente como título de intervención administrativa. El caso del sistema de evaluación de impacto ambiental”, en *Revista de Derecho Público. XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Universidad de Chile) Vol. 63 N° 2: pp. 128-153.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1999): “El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Pontificia Universidad Católica de Chile) Vol. 1 N° 1: pp. 79-93.

- DEL FÁVERO, Gabriel (1994): “Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente”, en *Estudios Públicos* (Centro de Estudios Públicos Chile) N° 54: pp. 1-46.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1990): “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción): pp. 125-168.
- FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro (2004): *Manual de Derecho Ambiental chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2010): *La regulación constitucional del ambiente en Chile. Aspectos sustantivos y adjetivos. Historia, doctrina y jurisprudencia* (2ª edición, Santiago, LegalPublishing).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael (2010): *El Derecho Ambiental. Presente y pasado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema (2011): Rol 396-2009, 20 de abril de 2011 (sentencia de casación resolución 15671). [Fecha de consulta: 31 de mayo de 2011] Disponible en: http://poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_estado_causa_nuevo.php
- Corte Suprema (2011): Rol 396-2009, 20 de abril de 2011 (sentencia de reemplazo, resolución 15673). [Fecha de consulta: 31 de mayo de 2011] Disponible en: http://poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_estado_causa_nuevo.php
- Corte Suprema (2010): Rol 7749-2008, 9 de septiembre de 2010 [Fecha de consulta: 22 de marzo de 2012] Disponible en: http://www.pjud.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAkAABS1IAAC&consulta=100&glosa=&causa=7749/2008&numcua=33793&secre=UNICA
- Corte Suprema (2010): Rol 5027-2008, 31 de agosto de 2010 [Fecha de consulta: 22 de marzo de 2012] Disponible en: http://www.pjud.cl/modulos/InformacionCausas/INF_causas_corte_supr.php?opc_menu=7&opc_item=2

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008): Rol 1016-2008, 29 de octubre de 2008 [Fecha de consulta: 22 de marzo de 2012] Disponible en: http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/?opc_menu=7

Corte de Apelaciones de Santiago (2008): Rol 1065-2005, 26 de septiembre de 2008 [Fecha de consulta: 22 de marzo de 2012] Disponible en: http://www.pjud.cl/modulos/InformacionCausas/INF_causas_corte_supr.php?opc_menu=7&opc_item=2

Corte de Apelaciones de Arica (2005): Rol 464-2004, 16 de mayo de 2005 [Fecha de consulta: 27 de marzo de 2012] Disponible en: http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=10&CRR_IdTramite=5168543&CRR_IdDocumento=4263800

Corte de Apelaciones de Santiago (2005): Rol 2386-2005, 29 de Marzo de 2005 [Fecha de consulta: 1 de junio de 2011] Disponible en: http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_estados_causas.php

NORMAS

Ley N° 19.300, Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, *Diario Oficial*, 9 de marzo de 1994.

Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, *Diario Oficial*, 26 de enero de 2010.