

COLECCIÓN PEDRO LIRA URQUIETA

LA RESPONSABILIDAD
POR DAÑO
AMBIENTAL

JORGE A. FEMENÍAS S.

[111555]



EDICIONES UC

COLECCIÓN PEDRO LIRA URQUIETA



LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

JORGE A. FEMENÍAS S.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
C.C.I.J. "SILVESTRE MORENO CORA"
BIBLIOTECA



EDICIONES UC

EDICIONES UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE
Vicerrectoría de Comunicaciones
Av. Libertador Bernardo O'Higgins 390, Santiago, Chile

editorialedicionesuc@uc.cl
www.ediciones.uc.cl

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

Jorge A. Femenías S.

© Inscripción N° 282.177
Derechos reservados
Septiembre 2017
ISBN 978-956-14-2145-5

Diseño:
Salvador E. Verdejo Vicencio
versión | producciones gráficas Ltda.

Impresor:
Salesianos Impresores S.A.

CIP - Pontificia Universidad Católica de Chile

Femenías Salas, Jorge Andrés, autor.
El régimen jurídico de la responsabilidad por daño ambiental en Chile /
Jorge A. Femenías S.
Incluye notas bibliográficas.

1. Derecho ambiental-Chile.
 2. Responsabilidad por daño ambiental-Chile.
- I. t.

2017

344.83046 + 23

RDA

ÍNDICE GENERAL

Abreviaturas	xxvii
Prólogo	xxix
Introducción	1

PRIMERA PARTE

Regímenes de responsabilidad y responsabilidad por daño ambiental

§ 1. Aproximación al concepto y sistemática de la responsabilidad

A. El concepto jurídico de responsabilidad como cuestión preliminar	7
1. Justificación de su análisis en la presente investigación	7
2. La voz responsabilidad: cuestiones terminológicas	8
3. La responsabilidad jurídica: sus diversos significados en el Derecho	9
B. La <i>summa divisio</i> derecho público/privado como criterio clasificatorio de los regímenes de responsabilidad jurídica: breves nociones sobre responsabilidad sancionadora y responsabilidad civil	14
1. Responsabilidad sancionadora	17
1.1. Responsabilidad penal	22
1.2. Responsabilidad infraccional o administrativa sancionadora	24
2. Responsabilidad civil o responsabilidad patrimonial	26
2.1. Responsabilidad civil contractual	27
2.2. Responsabilidad civil extracontractual	29
2.3. Fines y funciones de la responsabilidad civil extracontractual	30
2.3.1. Su carácter individualista: La protección de la persona (la víctima)	31
2.3.2. Tesis ensayada por la doctrina sobre las “otras” funciones que cumpliría la responsabilidad civil	33
2.3.3. Sobre la pretendida función preventiva de la responsabilidad civil	39

§ 2. Estado de la cuestión en el régimen de responsabilidad por daño ambiental en la LBGMA

A. La responsabilidad por daño ambiental en el ordenamiento jurídico chileno: la dispersión de su regulación	42
1. Regímenes específicos de responsabilidad por daño ambiental establecidos en leyes especiales	43
2. Régimen ordinario de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA. Estado de la cuestión y justificación de su análisis: su concepción tradicional como un régimen de responsabilidad civil extracontractual	47
2.1. La inquietud sobre la naturaleza jurídica del régimen. Su concepción como un régimen de responsabilidad civil extracontractual. Aclaraciones terminológicas	49
2.2. Necesidad de un análisis profundo sobre la naturaleza jurídica, la extensión y los límites del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA	50
B. Objeto tutelado por el régimen de responsabilidad establecido en la LBGMA: el medio ambiente o uno o más de sus componentes	52
1. El medio ambiente en la Constitución Política de la República	55
2. El medio ambiente y sus componentes en la LBGMA	61
3. El alcance de la voz para "todos los efectos" legales que utiliza la LBGMA al proporcionar sus definiciones: especialmente las de medio ambiente y daño ambiental	66
3.1. Antecedentes	66
3.2. El problema de la vinculación de las definiciones que proporciona la LBGMA en sede constitucional	69
4. Recapitulando	73

SEGUNDA PARTE

Problemas actuales del régimen de responsabilidad por daño ambiental en la LBGMA y su solución a la luz de los principios del derecho ambiental

§ 3. Problemas actuales del régimen de responsabilidad por daño ambiental

A. Inconvenientes de la consideración del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA como un régimen exclusivamente de responsabilidad civil	77
---	----

1. La responsabilidad que regula el régimen se refiere al daño ambiental o daño ecológico puro: conceptualización y características de este fenómeno	79
2. La relación de causalidad en las acciones de reparación de los daños ambientales	83
3. Fin de la norma: protección del medio ambiente versus justicia conmutativa o correctiva	84
4. El objeto de la pretensión: reparación del medio ambiente versus indemnización de los perjuicios civiles	86
5. Otros problemas clásicos de los daños ambientales que no encuentran respuesta en la estructura tradicional de la responsabilidad civil	90
5.1. La contaminación anónima o crónica	90
5.2. La contaminación histórica	90
5.3. Los daños transfronterizos	91
6. Recapitulando y a modo de corolario de lo expuesto	91
B. La relectura de las normas de responsabilidad por daño ambiental establecidas en LBGMA: bases para una solución a los problemas que la concepción actual del régimen presenta	92

§ 4. Principios del Derecho ambiental como bases para la solución de los problemas del régimen de responsabilidad: integración y supletoriedad de la LBGMA

1. El papel de los principios del derecho ambiental en la interpretación de las normas de la LBGMA	97
1.1. Cuestiones preliminares	97
1.2. Principio de corrección o reparación del daño ambiental, preferentemente en su fuente	102
1.2.1. Concepto y contenido	102
1.2.2. Origen y consagración positiva en el Derecho comunitario	106
1.2.3. Manifestaciones en el Derecho positivo chileno	106
1.2.4. Herramientas que proporciona al régimen de responsabilidad por daño ambiental	109
1.2.4.1. La imposición de obligaciones propias de la reparación del daño ambiental antes de su verificación efectiva: medidas para el <i>ataque</i> a la fuente del daño a través de la imposición de medidas precautorias	109

1.2.4.2. Proporciona orientaciones a los jueces que conocen las acciones de reparación ambiental	110
1.3. Principio quien contamina paga	111
1.3.1. Concepto y significado	111
1.3.2. Origen y evolución histórica	116
1.3.3. Consagración positiva en el Derecho comparado	117
1.3.4. Manifestaciones en el Derecho positivo chileno	118
1.3.5. Aportes del principio al régimen de responsabilidad por daño ambiental	120
1.3.5.1. Aportes en su faz preventiva	120
1.3.5.2. Aportes en su faz restauradora	122
1.4. Principio preventivo	124
1.4.1. Concepto y significado	124
1.4.2. Origen	127
1.4.3. Consagración positiva en el Derecho comparado	127
1.4.4. Manifestaciones en el Derecho positivo chileno	128
1.4.5. Herramientas que proporciona al régimen de responsabilidad por daño ambiental	131
1.4.5.1. Cuestiones generales	131
1.4.5.2. Aportes en la protección frente al daño ambiental contingente o la amenaza de un daño ambiental: su consideración en el otorgamiento de medidas cautelares	132
1.4.5.3. Entrega de herramientas para la valoración de la prueba	133
1.4.5.4. Principio preventivo y regulación de actividades económicas por medio de la imputación de responsabilidad	133
1.4.5.5. Aportes en la determinación de la culpa o elemento subjetivo de la responsabilidad por daño ambiental	134
1.5. Principio precautorio	135
1.5.1. Concepto y significado	135
1.5.2. Origen y consolidación positiva en el Derecho internacional del medio ambiente	138
1.5.3. Consagración positiva en el Derecho comparado	140
1.5.4. Manifestaciones en el Derecho positivo chileno	142

1.5.5. Fines y funciones del principio precautorio y su aporte al régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA	143
1.5.5.1. Principio precautorio y medidas cautelares	147
1.5.5.2. Su aporte en la determinación de la culpa o el dolo del causante del daño ambiental	152
1.5.5.3. Principio precautorio e inversión de la carga de la prueba y dulcificación de la acreditación de la causalidad	153
1.5.5.4. Límites en su aplicación	157
1.6. Otros instrumentos jurídicos que justifican la aplicación de estos principios al régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA	161
1.6.1. Consagración en los tratados internacionales ratificados por Chile	161
1.6.1.1. Antecedentes	161
1.6.1.2. Tratados que reconocen o poseen manifestaciones de los principios analizados	168
a) Relativos al principio de corrección del daño ambiental preferentemente en su fuente	168
b) Relativos al principio quien contamina paga	169
c) Relativos al principio preventivo	171
d) Relativos al principio precautorio	172
1.6.1.3. Síntesis y recapitulación	175
1.6.2. Aplicación de los principios estudiados al régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA, en virtud de su condición de principios del Derecho ambiental	176
1.6.2.1. Importancia de su condición de principios del Derecho ambiental	176
1.6.2.2. Aplicación de los principios estudiados, como principios de Derecho ambiental, en la jurisprudencia nacional	179
1.6.3. <i>Soft law</i> y aplicación de los principios de Derecho ambiental	183
1.6.3.1. Antecedentes introductorios	183
1.6.3.2. Conceptualización del <i>soft law</i>	185

1.6.3.3. Aplicación del <i>soft law</i> en materia ambiental	186
2. Régimen supletorio: el rol y significado de la remisión del artículo 51 inciso 3° de la LGBMA a las normas del título XXXV del Libro IV del Código Civil	191

TERCERA PARTE

La incidencia de los principios del derecho ambiental en los presupuestos esenciales de la responsabilidad por daño ambiental

§ 5. El daño ambiental o ecológico puro

1. Delimitación positiva del daño ambiental en la LBGMA	202
1.1. Concepto de daño ambiental en la LBGMA: cuestiones preliminares. Su tipología	202
1.1.1. Los daños ambientales o daños ecológicos puros como objeto de regulación de la LBGMA	203
1.1.2. Autonomía de los daños ambientales o ecológicos puros como efecto lesivo reparable	208
1.2. El resultado lesivo que configura el daño ambiental: “pérdida, disminución, detrimento o menoscabo”	214
1.3. La entidad del daño ambiental en la LBGMA: este debe ser “significativo”	215
1.3.1. Antecedentes preliminares e importancia del carácter significativo como exigencia del daño ambiental	215
1.3.2. Ausencia de criterios o parámetros para la determinación del carácter significativo del daño ambiental	218
1.3.3. La configuración del elemento significativo a la luz de la jurisprudencia y los principios que informan el Derecho ambiental	220
1.3.3.1. Primer criterio: si el daño ambiental (actuando como medio transmisor de la actividad dañosa) ocasiona a su vez un daño o afectación a la salud de las personas	223
1.3.3.2. Segundo criterio: la irreversibilidad o la condición de irrecuperable del componente ambiental dañado	227
1.3.3.3. Tercer criterio: las condiciones especiales del medio ambiente o del componente ambiental dañado o su representatividad	230

1.3.3.4. Cuarto Criterio: los parámetros que proporciona el Reglamento del SEIA para determinar si una actividad debe ingresar a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental	232
1.3.3.5. Otros criterios utilizados por la jurisprudencia	235
1.3.3.6. Otras propuestas formuladas por la doctrina	236
1.3.4. El carácter significativo del daño ambiental como elemento diferenciador de la responsabilidad civil extracontractual	236
2. Delimitación negativa del daño ambiental: <i>daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental</i> . su exclusión de la LBGMA	239
2.1. Argumentos basados en la interpretación literal y sistemática de la LBGMA que demuestran su exclusión	239
2.1.1. Referencia del artículo 53 de la LBGMA: independencia de la acción ambiental y la acción ordinaria civil	239
2.1.2. Relación entre los artículos 1 y 53 inciso 2° de la LBGMA y 43 inciso 4° de la LOSMA: Ámbito de aplicación de la LBGMA	241
2.1.3. Causal de justificación del artículo 55 de la LBGMA	242
2.1.4. Aplicación de la presunción de responsabilidad del artículo 52 de la LBGMA a los daños civiles. Interpretaciones posibles	243
2.1.5. Síntesis de los argumentos expuestos	246
2.2. Criterios que justifican la exclusión de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental	249
2.2.1. Cuestiones de justicia	249
2.2.2. Resultados prácticos indeseados para el Derecho	251
2.2.3. La experiencia comparada: el ejemplo europeo. Directiva 2004/35/CE y Ley española 26/2007 de 23 de octubre, sobre responsabilidad ambiental	252
2.3. Formas de demandar la indemnización de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental. Integración de las previsiones de la LBGMA en la reparación de los daños civiles	257
2.3.1. Requerimiento de una indemnización de perjuicios a través de las normas de la responsabilidad extracontractual en un procedimiento ordinario	258
2.3.2. Requerimiento de una indemnización de perjuicios a través del procedimiento especial del artículo 46 de la LTA. Utilización de las previsiones normativas de la LBGMA	261

2.4. Recapitulando	262
3. La reparación del daño ambiental en la LBGMA	265
3.1. Definición de reparación en la LBGMA	265
3.2. Elementos que integran el concepto de reparación del daño ambiental en la LBGMA	266
3.2.1. La acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes dañados	267
3.2.2. La reposición del medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño	268
3.2.3. El restablecimiento de las condiciones básicas del medio ambiente ante la imposibilidad de su reposición a una calidad similar	270
3.3. Tipos de reparación del Daño ambiental y su aplicación en la LBGMA	272
3.3.1. Reparación <i>in natura</i>	272
3.3.1.1. Sentido en el cual se utiliza el término reparación <i>in natura</i> en este trabajo	272
3.3.1.2. La reparación <i>in natura</i> como el mecanismo más idóneo para la reparación del daño ambiental: objetivos y obligaciones que comprende	274
3.3.1.3. Vertientes de la reparación <i>in natura</i> : reposición a un <i>status quo ante</i> o reposición al estado hipotético en que se encontraría el medio ambiente si el daño no se hubiese producido	277
3.3.2. Los límites a la reparación <i>in natura</i> : reparación y principio de proporcionalidad	278
3.3.3. ¿Reparación del daño ambiental como indemnización sustitutoria en la LBGMA?	283
3.3.3.1. Interpretación según la cual los artículos 3 y 52 inciso 2° dan cuenta de una antinomia insoluble de la LBGMA	286
3.3.3.2. Interpretación según la cual los artículos 3 y 52 inciso 2° se refieren a hipótesis en que el daño ambiental es irreversible o irreparable: <i>mutación del objeto de la reparación</i>	287
3.3.3.3. Interpretación según la cual los artículos 3 y 52 inciso 2° se refieren a los daños civiles derivados	

del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental	296
3.3.4. La compensación ambiental como mecanismo de reparación del daño ecológico puro: su aceptación en la LBGMA	297

§ 6. La relación de causalidad

1. Introducción al estudio de la relación de causalidad en el derecho	302
1.1. Comentario preliminar	302
1.2. Estado del arte: teorías que intentan explicar la relación de causalidad en la responsabilidad jurídica	302
1.2.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones	303
1.2.2. Teoría de la causa adecuada	307
1.2.3. Teoría de la causa próxima	309
1.2.4. Teoría de la causa eficiente	310
1.2.5. Teoría de la imputación objetiva o de la causalidad como imputación	311
2. La relación de causalidad en la responsabilidad por daño ambiental	313
2.1. Determinación de la relación de causalidad en las acciones de reparación del daño ambiental: estado de la cuestión	313
2.1.1. Dificultades que presenta la determinación de la causalidad en la responsabilidad por daños al medio ambiente: desconocimiento del entorno y causalidad compleja	317
2.1.1.1. Desconocimiento del entorno	318
2.1.1.2. Presencia de una causalidad compleja	319
2.1.2. Problemas que presenta la utilización exclusiva de los mecanismos de la responsabilidad civil extracontractual: necesidad de aplicación de los principios del Derecho ambiental	322
2.1.3. La relación de causalidad como antecedente demostrativo de la especialidad y autonomía del régimen de responsabilidad por daño ambiental establecido en la LBGMA	324
2.1.4. Problemas prácticos que presenta –en el conocimiento de acciones ambientales– la utilización exclusiva de herramientas de la responsabilidad civil extracontractual	326
2.1.4.1. Diversas hipótesis de daño ambiental quedan sin reparación	326
2.1.4.2. Dificultad mayor para reconstruir la relación de causalidad en la responsabilidad por daños al medio ambiente	327

2.1.4.3.	Imposibilidad de encontrar una relación de causalidad directa entre la acción ilícita y el daño	328
2.1.4.4.	Dificultades en la determinación de la autoría del daño que inciden en la fijación de la relación de causalidad	329
2.1.5.	Síntesis de los argumentos expuestos	330
2.2.	Evaluación de la existencia de la relación de causalidad en las acciones de reparación del daño ambiental: de la certeza a la probabilidad	334
2.2.1.	Criterio de la probabilidad preponderante	335
2.2.1.1.	Nociones generales: Concepto, características, elementos definitorios	335
2.2.1.2.	Parámetros auxiliares para la identificación de una probabilidad preponderante o determinante	338
2.2.2.	Criterio de la causalidad probabilística	340
2.2.2.1.	Causalidad estocástica	341
2.2.2.2.	Responsabilidad por cuota de mercado	342
2.2.2.3.	Responsabilidad por cuota de emisión	345
2.2.3.	Otros mecanismos que permiten facilitar la determinación de la relación de causalidad en las acciones de reparación de daño ambiental: de las presunciones	347
2.2.3.1.	Regla general en materia de carga de la prueba: el sujeto activo del daño ambiental debe acreditar los presupuestos de su acción	347
2.2.3.2.	Presunción legal de la relación de causalidad. ¿Hipótesis contemplada en el artículo 52 de la LBGMA?	349
a)	Tesis que niega que la presunción del artículo 52 de la LBGMA se extienda al presupuesto de la relación de causalidad	350
b)	Tesis que afirma que la presunción del artículo 52 de la LGMA se extiende al presupuesto de la relación de causalidad	351
2.2.3.3.	Las presunciones judiciales de la relación de causalidad	356
a)	Contexto general	356
b)	Utilización de la presunción judicial en la experiencia nacional y comparada	356

c) Condiciones para el reconocimiento de la presunción judicial del vínculo causal en la responsabilidad por daños al medio ambiente	360
2.3. El problema de la pluralidad de causas posibles en el daño ambiental	362
2.3.1. El problema de la causalidad concurrente	363
2.3.2. El problema de la causalidad complementaria	365
2.3.2.1. Causalidad complementaria aditiva	365
2.3.2.2. Causalidad complementaria por asociación	366
2.3.3. Causalidad alternativa	370
2.3.4. Causalidad hipotética	372

§ 7. La culpa y el dolo

1. Nociones generales sobre los regímenes de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva o estricta	374
1.1. Responsabilidad por culpa	375
1.2. Responsabilidad objetiva o estricta	377
2. La exigencia de culpa o dolo en la responsabilidad por daño ambiental regulada en la LBGMA	381
3. La presunción de responsabilidad del artículo 52 de la LBGMA	386
3.1. Antecedentes generales	386
3.2. Elementos de la presunción de responsabilidad establecida en la LBGMA	389
3.2.1. Naturaleza jurídica de la presunción: presunción <i>iuris tantum</i>	389
3.2.2. Supuesto de hecho que da origen a la presunción: daño ambiental infligido con ocasión de una infracción de normas ambientales legales o reglamentarias	389
3.2.2.1. Infracción a las normas de calidad ambiental y normas de emisión	390
3.2.2.2. Infracción a los planes de prevención o descontaminación	392
3.2.2.3. Infracción a regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental	393
3.2.2.4. Infracción de normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias	394

3.2.3. Alcance de la presunción en relación con el factor de imputación subjetivo: presunción exclusivamente de culpa	396
3.2.4. Presunción de responsabilidad e infracción de la Resolución de Calificación Ambiental	396
3.2.5. Descarga de la presunción	397
3.2.6. Comentarios al inciso 2° del artículo 52 de la LBGMA. Remisión	398
4. Criterios de imputación subjetiva de los daños ambientales y sistema de evaluación de impacto ambiental	399
4.1. Daños ambientales ocasionados por actividades que se encuentran obligadas a ingresar al SEIA	402
4.1.1. Daños ambientales ocasionados por actividades que encontrándose obligadas a ser ingresadas al SEIA no lo hicieron	402
4.1.2. Daños ambientales ocasionados por actividades que encontrándose obligadas a ingresar al SEIA sí lo hicieron	403
4.1.2.1. Efectos significativos adversos para el medio ambiente pronosticados y autorizados en la Evaluación de Impacto Ambiental	403
a) Interpretación según la cual se niega que los efectos significativamente adversos autorizados por la Evaluación Ambiental correspondan a daños ambientales	406
b) Interpretación según la cual se afirma que los efectos significativamente adversos son daños ambientales autorizados por la Evaluación Ambiental respectiva	407
4.1.2.2. Daños ambientales pronosticados por la Evaluación Ambiental y expresamente prohibidos o no autorizados	409
4.1.2.3. Daños ambientales que no fueron pronosticados en la Evaluación de Impacto Ambiental	414
a) De la responsabilidad del titular del proyecto o actividad en aquellas hipótesis en que los daños ambientales no pronosticados sí eran previsibles	415

b) De la responsabilidad de la Administración por deficiencias en la Evaluación Ambiental: hipótesis en que los daños ambientales no pronosticados que ocasionó el titular de la actividad o proyecto sí eran previsibles	420
– Antecedentes generales	420
– Hipótesis específicas de responsabilidad de la Administración que se pretenden analizar	421
– Circunstancia fáctica que justifica la responsabilidad de la Administración	425
– Factores de imputación subjetivos	425
– Fundamentos jurídicos de la responsabilidad de la Administración	427
– La relación de causalidad en esta precisa hipótesis de responsabilidad de la Administración	429
– Régimen según el cual se debe perseguir la responsabilidad de la Administración por los daños ambientales que ocasione	431
– Concurrencia de responsabilidad entre el tercero autorizado y la Autoridad administrativa	435
c) Hipótesis en que los daños ambientales no pronosticados eran imprevisibles: de la ausencia de responsabilidad del titular y de la administración	436
4.2. Daños ocasionados por actividades o proyectos que no se encuentran obligadas a ingresar al SEIA	440
Bibliografía	441