



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

DELGADO SCHNEIDER, VERÓNICA

Reparación del daño ambiental causado a las aguas subterráneas en los tribunales de Chile*

Revista de Derecho Privado, núm. 38, 2020, Enero-Junio, pp. 279-310

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n38.10>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417562528010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Reparación del daño ambiental causado a las aguas subterráneas en los tribunales de Chile*

» VERÓNICA DELGADO SCHNEIDER**

RESUMEN. Este trabajo revisa casos de daños ambientales en aguas subterráneas en Chile, conocidos por los tribunales ordinarios y ambientales. Analiza las normas que determinan cuándo existe daño, cuándo es “significativo”, en qué consiste la “reparación” material, cuándo el daño es irreparable, etc., y cómo han interpretado estas normas los tribunales. Para concluir que la jurisprudencia ha evolucionado en relación con las medidas de reparación material ordenadas, centrándose preferentemente en los aspectos preventivos. La labor científica resulta primordial para identificar medidas concretas y efectivas de reparación, y para determinar cuándo un daño es irreparable.

PALABRAS CLAVE: daño ambiental, aguas subterráneas, acuífero, reparación, daño irreparable.

* Fecha de recepción: 31 de enero de 2019. Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2019.

Para citar el artículo: DELGADO SCHNEIDER, V., “Reparación del daño ambiental causado a las aguas subterráneas en los tribunales de Chile”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 38, enero-junio 2020, 279-310, doi: 10.18601/01234366.n38.10.

** Universidad de Concepción, Concepción, Chile; profesora. Doctora en Derecho de la Università degli Studi di Roma II “Tor Vergata”, Roma, Italia. Contacto: mailto:vedelgado@udec.cl Orcid: 0000-0001-6415-5130.

Se agradece al Proyecto CONICYT/FONDAP n.º 15130015, del Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería (CRHIAM) de la Universidad de Concepción, así como a María Ignacia Sandoval Muñoz, abogada de la Universidad de Concepción.

Reparation of the environmental damage caused to underground waters in the courts of Chile

ABSTRACT. This paper reviews cases of environmental damage to Groundwater in Chile, known by the Ordinary and Environmental Courts. It will explain the norms that determine when there is damage, when it is “significant”, what material “reparation” consists of, when the damage is irreparable, etc., and how these norms have been interpreted by the Courts. It is concluded that the Jurisprudence has evolved, but remains diverse, in the ordered material reparation measures, focusing rather on the preventive ones. Scientific work is essential to identify concrete and effective reparation measures, and to determine when damage is irreparable.

KEYWORDS: Environmental Damage, Underground Waters, Aquifer, Reparation, Irreparable Damage.

SUMARIO. Introducción. I. Regulación del sistema de responsabilidad civil por daño ambiental. II. Legitimados para demandar ante el tribunal ambiental la reparación del daño ambiental puro. III. No es obligatorio acreditar ilegalidad, pero conviene hacerlo. IV. Plazo de prescripción. V. Existencia del daño ambiental “puro”. VI. La alteración al ambiente o uno de sus componentes debe ser “significativa”. VII. Contenido de la “reparación” del daño ambiental y la decisión de considerar un daño como “irreparable”. VIII. Estudio de casos. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Desde el año 1994, con la entrada en vigencia de la Ley n.º 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, surge en Chile la posibilidad de demandar la reparación *material* (no en dinero) del daño ambiental, mediante una acción ante tribunales, para que el condenado ejecute una serie de obras y actividades que permitan *recuperar* el estado del ecosistema dañado. Desde el año 2012, con la promulgación de la Ley n.º 20.600, estas demandas dejan de ser conocidas y resueltas por los tribunales ordinarios de justicia y pasan a ser competencia de los tribunales ambientales como tribunales especializados, cuyas decisiones luego pueden ser revisadas por el máximo tribunal chileno, la Corte Suprema.

Antes de la entrada en vigor de los tribunales ambientales se tuvo un importante caso de daño ambiental en aguas subterráneas, el que, desestimado en primera y segunda instancia, fue acogido por la Corte Suprema en el año 2011. Lo analizaremos.

Desde la vigencia de estos tribunales ambientales existen nueve casos de condena de daño ambiental ejecutoriados, es decir que ya no pueden ser objetos de nuevos recursos judiciales. De estos casos, tres se relacionan con daños ambientales o riesgos de daños a aguas subterráneas.

Este trabajo tiene por objeto analizar estos casos para determinar cuándo existe daño ambiental (“significativo”) a las aguas subterráneas y cómo se ha condenado a reparar materialmente (*in natura*) este daño. Para un mejor entendimiento de este asunto, previamente se revisa de manera general en qué consiste el sistema de responsabilidad por daño ambiental en Chile.

I. Regulación del sistema de responsabilidad civil por daño ambiental

Las aguas subterráneas y sus ecosistemas asociados pueden sufrir, por la actividad humana, diversas alteraciones y menoscabos que, si son *significativos*, pueden llegar a constituir un *daño ambiental*, como cuando se contamina un acuífero o se sobre-explota. Y de ese daño ambiental, a su vez, se pueden derivar daños a la salud o al patrimonio de las personas, como cuando personas beben del agua contaminada de un pozo y se intoxican, o se pierde una producción agrícola por falta de agua para regarla.

Se distingue entonces entre el *daño ambiental puro*¹ o *colectivo* o *público*² y el *daño ambiental personal, reflejo u ordinario*. El primero (al que en este trabajo llamaremos daño ambiental) se solicita ante el tribunal ambiental competente, y el segundo (el daño personal) ante un tribunal ordinario. Tras la reforma a la Ley n.º 19.300 de 1994 por medio de la Ley n.º 20.600 de 2012, sobre tribunales ambientales, para demandar los daños personales es necesario que previamente el tribunal ambiental constate la existencia del daño ambiental del cual se derivan estos daños personales³.

En los artículos 51 y siguientes de la Ley n.º 19.300 se distingue entonces entre la acción para pedir la reparación del daño ambiental *puro* (acción ambiental) y el daño ambiental *reflejo* en el patrimonio o persona de los particulares (acción indemnizatoria ordinaria).

Ambas acciones están reguladas en la Ley n.º 19.300 y en la Ley n.º 20.600. En la Ley n.º 19.300 se consagra el régimen general de responsabilidad por daño ambiental, regulando los requisitos para que proceda esta responsabilidad (debe existir

1 BENJAMÍN, A., “A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado”, *Roma e America, Diritto romano comune*, Universidad de Roma “Tor Vergata”, n.º 6, 1998, 129-130, citando al francés M. Prieur, quien en 1984 planteó por primera vez el tema de la “autonomía” del daño ambiental puro respecto del daño reflejo.

2 BUSNELLI, F., *Illecito civile (estratto dall’aggiornamento I della Enciclopedia Giuridica 1991)*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, 15, se refiere a una “peculiar dimensión del daño colectivo”, que define como un daño público. Y ANDORNO, L., “Aspectos constitucionales de la protección al medio ambiente”, *Jurisprudencia Ambiental*, Arg., n.º IV, 1998, 9, también lo define como un daño “colectivo”.

3 Para una visión general del régimen de responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental en Chile antes de la reforma, véase, en especial, CORRAL TALCIANI, H., “Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de bases del medio ambiente”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 23, n.º 1, 1996, 143-177, y BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 2006, 1230.

una acción u omisión que, con culpa o dolo, cause el daño al ambiente o uno de sus componentes, etc.). Se regula también quién puede presentar estas demandas y el plazo de prescripción de la acción. La Ley n.º 20.600, en cambio, detalla dos procedimientos distintos para cada una de estas acciones y permite, en el caso de la demanda de daño ambiental puro, que se le soliciten al tribunal ambiental medidas cautelares⁴.

De esta manera, toda demanda de daño ambiental debe sujetarse a las reglas generales de estas leyes, a menos que exista una norma especial de responsabilidad civil, en otra ley (pero solo en *otra ley* y no en meros reglamentos o actos administrativos de rango inferior), caso en el cual la norma especial prevalece, como sucede, por ejemplo, en relación con la contaminación del mar por hidrocarburos⁵. Y en todo lo que no regule esta ley especial, se aplicará la Ley n.º 19.300 (arts. 51 ss.) y, en lo que esta omitió, el título xxxv del libro iv del código civil, es decir, las normas generales de responsabilidad extracontractual en Chile.

Por otra parte, como destacan Pastén y Parot⁶, desde el año 2010 existe la novedosa y útil alternativa de reparar daños en sede administrativa. En efecto, la Ley n.º 20.417 permitió que el causante del daño pueda presentar ante la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) un programa de reparación del daño ambiental, cuando dicho organismo lo investigue administrativamente. En este caso, la ley señala que, si dicho programa es aprobado y ejecutado satisfactoriamente, ya no se podrá ejercer la acción por daño ambiental puro, como un incentivo a este tipo de programas (art. 53 de la Ley n.º 19.300).

II. Legitimados para demandar ante el tribunal ambiental la reparación del daño ambiental puro

Los legitimados para demandar la reparación del daño ambiental *puro*, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley n.º 19.300 (y el art. 18 núm. 2 de la Ley n.º 20.600) son solo el Estado (por intermedio del Consejo de Defensa del Estado), las municipalidades y las personas naturales o jurídicas que hayan *sufrido* el daño.

A juicio de Delgado⁷, se trata de una legitimación muy limitada, que ha hecho fracasar el número de acciones ejercidas en estos 20 años, que no se condice con

4 Sobre la aplicación en materia ambiental de las medidas cautelares y el principio precautorio, véase FEMENÍAS, J., *La responsabilidad por daño ambiental*, Colección Pedro Lira Urqueta, Santiago, Ediciones UC, 2017, 143-152.

5 La doctrina, en este punto, está dividida: para Corral, el listado es amplio; para la mayoría, donde me incluyo, ese listado solo establece normas especiales para los daños personales y no para el daño ambiental puro. Véase BERMÚDEZ, J., *Fundamentos de derecho ambiental*, 2.ª ed., Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014, 390, y FEMENÍAS, *La responsabilidad por daño ambiental*, cit., 44-47.

6 PASTÉN, B. y PAROT, G., “Diversificación de la reparación del daño ambiental en Chile: perspectivas para los planes de reparación”, *Revista Justicia Ambiental*, FIMA, año iv, n.º 4, 2012, 189-190.

7 DELGADO, V., “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. xxv, n.º 1, 2012.

el carácter colectivo de los intereses en juego y que, al menos, debiera permitir la acción de las ONG, dado el carácter difuso o colectivo de dichos intereses. Coincide Tisné al afirmar que nuestro ordenamiento no ofrece una idónea tutela a los intereses ambientales⁸, ni en materia de las demandas por daño ambiental, ni en sede constitucional⁹. Delgado es partidaria incluso de extender esta titularidad hasta el extremo de la acción popular (que la demanda la pueda presentar *cualquier persona del pueblo*), como sucede con otras acciones en el derecho chileno, considerando además que, en el caso de la demanda por daño ambiental, se trata solo de solicitar una reparación *in natura* y no en dinero¹⁰.

Las demandas que más prosperan son las presentadas por el Consejo de Defensa del Estado (CDE), que maneja una unidad especializada para ello. Sin embargo, cuando es el propio Estado quien causa el daño ambiental solo resta esperar que ejerzan las demandas los otros legitimados, que en la práctica no están debidamente preparados, ni jurídica ni económicamente, en comparación con el ente estatal.

En efecto, las municipalidades, por ejemplo, pocas veces presentan demandas (solo 17 del total de 79 desde la entrada en vigencia de los tribunales ambientales y hasta el año 2018), y muchas de ellas no logran siquiera ser notificadas, o son rechazadas por no acreditar el daño o solicitar pretensiones ajenas al juicio, como indemnizaciones por daños personales, reflejando además ignorancia en el tema¹¹.

Ahora bien, cuando se trataba de determinar si el demandante tenía o no la calidad de persona que hubiera *sufrido el daño*, los tribunales ordinarios (antes de la reforma) exigían acreditar un perjuicio en el patrimonio o salud del accionante, error que tempranamente advertía Valenzuela Fuenzalida en la ley¹². Se aplicaban

8 TISNÉ, J., “Los intereses comprometidos en el daño ambiental. Comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley n.º 20.600”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, vol. 21, n.º 1, 2014, 348.

9 Sobre la protección constitucional del medio ambiente en general, y las críticas a la legitimación en materia del recurso de protección que se puede ejercer ante afectaciones al derecho de toda persona a vivir en un medio libre de contaminación, véase GUZMÁN ROSEN, R., *La regulación constitucional del ambiente en Chile. Aspectos sustantivos y adjetivos. Historia, doctrina y jurisprudencia*, 2.ª ed., Santiago, Abeledo-Perrot, 2010, 357.

10 DELGADO. “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, cit., 61-63.

11 De las 17 demandas presentadas por municipalidades ante los tribunales ambientales, 6 causas se encuentran en tramitación. De las causas que han terminado se puede hacer la siguiente distinción: a) 1 terminó por conciliación; b) 1 por transacción; c) en 1 se tuvo por no presentada la demanda; d) en 1 el tribunal se decantó por el no ha lugar a la demanda en virtud del artículo 54 de la Ley n.º 19.300; e) 1 no fue notificada; y 5 causas terminaron con sentencia definitiva: de estas, en 3 el tribunal rechazó la demanda y solo en 2 acogió la demanda, declarando el daño ambiental (causa D-15-2015 del Segundo Tribunal Ambiental y causa D-3-2014 del Tercer Tribunal Ambiental). En muchas de ellas se demanda reparación material e indemnizaciones, cuestión que la legislación chilena no permite a partir del año 2012.

12 Valenzuela afirma, al respecto, que la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley n.º 19.300) “yerra”, pues la víctima de este daño “no sería una persona determinada, sino [...] el medio ambiente, en su globalidad, o uno o más de sus componentes, considerados en cuanto tales”. VALENZUELA,

en materia ambiental, como critica Tisné, los criterios propios de la “visión decimonónica individualista del derecho” de nuestros códigos civiles, en una materia en que deben primar por el contrario las interpretaciones que atiendan a la naturaleza de los intereses colectivos o difusos en juego¹³. Afortunadamente los nuevos tribunales ambientales han comenzado a ampliar esta legitimación, dando aplicación a la tesis del entorno adyacente de Bermúdez¹⁴. Así por ejemplo, en el caso contra la minera Pascua Lama han considerado que quienes *sufren* este daño son aquellos que “habitan o realizan alguna actividad relevante” en el entorno adyacente al proyecto, y que en este caso se asimiló al “área de influencia” del proyecto en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)¹⁵, área del territorio donde se sentirán los impactos del proyecto en cuestión; y se les dio legitimidad, entonces, sin necesidad de acreditar daños a la salud o en el patrimonio. Un criterio parecido se observó en el caso contra la Municipalidad de Nogales por el mal funcionamiento de una planta de tratamiento, en que demandaron una junta de vecinos y un vecino de la instalación, resolviendo el Segundo Tribunal Ambiental que ambos tenían legitimación suficiente por ser aquella una organización comunitaria con personalidad jurídica, con “presencia territorial” en las inmediaciones de la planta de tratamiento, y que representa los intereses (sus estatutos consideran la defensa de la protección del medio ambiente) de sus miembros, “los cuales habitan en su entorno adyacente”, y porque el segundo “habita frente a la planta de tratamiento”¹⁶.

Y claramente yerra el legislador, en el artículo 54 de la Ley n.º 19.300 y el artículo 18 de la Ley n.º 20.600, cuando dispone que habiéndose presentado la demanda por alguno de estos tres legitimados, el resto solo podrá participar como tercero coadyuvante¹⁷. Se corre el riesgo de que el afectado personal demande primero la reparación del daño ambiental puro y no adelante el juicio de una manera adecuada, o bien negocie con el causante del daño para presentar primero la demanda y luego

R., “Responsabilidad civil por daño ambiental en la legislación chilena”, en *Roma e America, Diritto romano comune*, Universidad de Roma “Tor Vergata”, n.º 11, 2001, 3-19.

13 TISNÉ, “Los intereses comprometidos en el daño ambiental”, cit., 333.

14 BERMÚDEZ, J., *Fundamentos de derecho ambiental*, 2.ª ed., Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014.

15 Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 20 de marzo de 2015, Rol D-2-2013.

16 Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 7 de julio de 2017, Rol D-17-2015, considerando decimocuarto.

17 Artículo 18 de la Ley n.º 20.600: “De las partes. Los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los tribunales ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17: / [...] / 2) En el caso del número 2), las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio; las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros coadyuvantes. / En el caso del inciso quinto del artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, la acción deberá siempre ejercerla el Consejo de Defensa del Estado como parte principal”.

desistir de ella, o para perder el juicio por falta de pruebas a cambio de una reparación cuantiosa y rápida de su daño personal. En este caso, la unidad especializada del CDE –que representa al Estado y a todos los habitantes, en consecuencia– solo podrá ser un tercero coadyuvante. Ni siquiera podrá ser un tercero *independiente*¹⁸.

III. No es obligatorio acreditar ilegalidad, pero conviene hacerlo

Para que se logre una condena por daño ambiental deberá acreditarse que existió una acción u omisión, *dolosa o negligente*, que causó el daño. A diferencia de lo que ocurre en la sede administrativa y penal, aquí no se exige acreditar una *ilegalidad* o que el causante del daño lesionó *derechos de otro* (p. ej., derechos de aprovechamiento de aguas de terceros).

Sin embargo, probar la ilegalidad eventualmente cometida es útil para que opere la tradicional presunción simplemente legal conocida como la *culpa contra la legalidad*, en virtud de la cual, acreditada una infracción de ley relacionada con el daño, se presume, se tiene por establecida, la culpa del autor.

Además, en los últimos años se ha venido perfilando una clara tendencia a considerar que la infracción de ley, en las causas por daño ambiental, podría incluso servir de base para una presunción de *causalidad*, es decir, del nexo causal. Se trataría, obviamente, de una presunción que favorece, sin duda, a los demandantes. Sin embargo, el punto no es pacífico¹⁹.

Los principales argumentos para estimar que se presume también la causalidad son dos: el tenor literal del inciso 1.º del artículo 52 de la Ley n.º 19.300, que se refiere a “presumir la responsabilidad” (y no solo la culpa), y el inciso 2.º, que exige la prueba de la causalidad, pero en los juicios ambientales *indemnizatorios*. La norma señala:

Artículo 52. Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido.

18 DELGADO, “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, cit., 64 y 65. Coincide TISNÉ, “Los intereses comprometidos en el daño ambiental”, cit., 335.

19 En contra, pues solo sería una presunción de culpa, véase el argumento en ARÉVALO, F. y MOZÓ, M., “Efectos jurídicos de la declaración de daño ambiental en sede administrativa y sus repercusiones en una potencial declaración”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 46, 2017, 56-68.

De esta manera, entonces, si se acredita infracción de las normas allí indicadas se presume la causalidad. En todo caso, es una presunción simplemente legal, es decir, admite prueba en contrario.

Si bien esta norma es un aporte para superar la dificultad probatoria que las partes usualmente tienen en materia ambiental, sea en relación con la culpa, sea en relación con el nexo causal, fue criticada por limitarse a la infracción de leyes y reglamentos, sin mencionar expresamente las infracciones a las resoluciones de calificación ambiental (RCA), actos administrativos terminales del sistema de evaluación de impacto ambiental de proyectos en Chile, caso en el cual habría sido de más amplia aplicación todavía. En efecto, para Delgado, siendo amplios los términos de la presunción del artículo 52, “lamentablemente no consideró la infracción a las RCA, desconociendo la operatividad del sistema, pues justamente en este acto terminal del SEIA se impondrán al titular del proyecto una serie de exigencias en materias que no están normadas. Su infracción, en consecuencia, no cambiará el *onus probandi*”²⁰. Sin embargo, en recientes fallos de los tribunales ambientales se ha considerado que la infracción a una RCA también hace operar la presunción, como en el caso del Consejo de Defensa del Estado contra la Sociedad Minera Pampa Camarones S.A., que se comenta más adelante.

Y, como ya se advirtió, existen recientes varios fallos del Segundo Tribunal Ambiental que extienden la presunción del artículo 52 a la *causalidad* del caso, pero exigiendo que la norma infringida sea una que mire justamente a evitar el daño ambiental que por su incumplimiento se causó.

Así, en el caso del Consejo de Defensa del Estado contra la Sociedad de Servicios Generales Larenas Limitada, el Segundo Tribunal Ambiental resolvió en 2014 condenar por el daño ambiental causado al cauce natural del río Duqueco producto de la extracción ilegal de áridos y de las obras de desvío del caudal, sin las debidas autorizaciones técnicas. Dicha extracción ilegal afectó un entorno que poseía especiales características de vulnerabilidad, causando alteración del hábitat para especies endémicas y declaradas legalmente en peligro. Con relación a estimar que la presunción del artículo 52 alcanza a la causalidad señaló: “Que, conforme a lo señalado precedentemente, es razonable suponer que si se infringe una disposición cuya finalidad es proteger, preservar o conservar el medio ambiente, y se producen los efectos que dicha normativa ha querido justamente evitar, se presume legalmente que el infractor es el causante”²¹.

Un razonamiento similar se encuentra en los siguientes providencias, todas del mismo Segundo Tribunal Ambiental:

20 DELGADO, “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, cit., 68.

21 Consejo de Defensa del Estado contra la Sociedad de Servicios Generales Larenas Limitada, Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 29 de noviembre de 2014, Rol D-6-2013, considerando vigésimo quinto.

1. La sentencia que en 2016 resolvió el caso de Inversiones J y B Limitada contra la Sociedad Contractual Minera Tambillos y otro, por el daño causado al suelo, flora, cursos de aguas y paisaje circundante, producto del colapso de un tranque de relaves en el terremoto del 27 de febrero de 2010, que dejó expuesto al medio ambiente a residuos peligrosos y metales pesados²².

2. La sentencia de 2017 que se pronunció en el caso de la Municipalidad de Maipú y el Consejo de Defensa del Estado contra la Sociedad Minera La Española Chile Limitada (actual Sociedad Minera Esparta Limitada), por el daño ambiental causado por la explotación minera a tajo abierto afectando más de 40 hectáreas de terreno en la quebrada de La Plata, ecosistema sensible y que alberga distintas especies en categoría de conservación, ubicada en el extremo sur del sitio prioritario El Roble. El tribunal condenó a la minera por el daño ambiental causado al suelo, la flora, los cauces de aguas superficiales y el paisaje²³.

3. La sentencia de 2018, dictada en el caso del Consejo de Defensa del Estado contra la Sociedad Minera Pampa Camarones S.A., por la intervención de 15 hectáreas del yacimiento Salamanqueja 12-13 por obras de construcción y de habilitación de *electrowinning*, con la instalación, entre otras, de un campamento de faena, que condujeron a la destrucción de elementos líticos pertenecientes al patrimonio arqueológico del país²⁴.

IV. Plazo de prescripción

Para Saavedra, la regulación de la prescripción en materia de daño ambiental constituye una de las “notas distintivas” del sistema de responsabilidad ambiental, directamente vinculado al carácter *sui generis* del daño ambiental que muchas veces, por su propia naturaleza, aparece y se manifiesta en forma silenciosa, lenta y acumulativa, de manera tal que pueden pasar años hasta que se manifieste. Por ello habría países en que la acción para solicitar la reparación del daño ambiental es imprescriptible o de 30 años²⁵. En Chile, el artículo 53 de la Ley 19.300 dispone que tanto la acción ambiental como la acción indemnizatoria ordinaria prescribirán en el plazo de cinco años contados desde la manifestación evidente del daño. Se trata de una “excelente norma”, pues, si bien se trata de un plazo breve, lo determinante es que se empiece

22 Inversiones J y B Limitada contra de la Sociedad Contractual Minera Tambillos y otro, Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 24 de agosto de 2016, Rol D-14-2014.

23 Municipalidad de Maipú y Consejo de Defensa del Estado contra Sociedad Minera La Española Chile Limitada (actual Sociedad Minera Esparta Limitada), Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 6 de enero de 2017, Rol n.º D-15-2015.

24 Consejo de Defensa del Estado contra Sociedad Minera Pampa Camarones S.A., Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 29 de marzo de 2018, Rol n.º D-25-2016.)

25 Véase SAAVEDRA, R., “La doctrina de la Excma. Corte Suprema en materia de responsabilidad ambiental, en la experiencia del Consejo de Defensa del Estado”, *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, n.º 26, 2011, 151-174.

a contar desde que el daño se ha manifestado (de manera evidente)²⁶. Habiéndose fallado que el daño es *evidente*, por ejemplo, desde que se presentó un recurso de protección por los mismos hechos y daños²⁷.

En la práctica ha habido algunos problemas para determinar cuándo existe esta manifestación *evidente*, debiendo estarse, a nuestro juicio, a la fecha en que ya exista algún grado de certeza científica (análisis de laboratorio, peritajes, actas de fiscalización de autoridades, etc.) acerca de la existencia de una afectación al ambiente o uno de sus componentes, en el sentido de existir, por ejemplo, la pérdida de tal especie, etc.; o, si se trata de un daño ambiental asociado a la contaminación, cuando exista algún grado de certeza científica en torno a qué contaminante es.

Un punto relevante en materia de prescripción es el referido a la manera de aplicar estas reglas cuando se trata de daños “continuados” en el tiempo. Para la jurisprudencia chilena en materia de daño ambiental, como comenta Saavedra, la Corte Suprema no aplicó la prescripción solicitada por el demandado, por estar todavía produciéndose el daño²⁸.

Recientemente, la misma Corte mantuvo un similar criterio al destacar que “se ha ejercido una acción reparatoria ambiental (no indemnizatoria), respecto de un daño que no se origina en un hecho único, sino que se genera día a día, mientras el vertedero no cumpla la normativa vigente”, y que este daño “se seguirá originando” mientras la demandada no adopte las medidas preventivas que se señalan en la sentencia. En consecuencia, agrega, el plazo de prescripción de cinco años contemplado en el artículo 63 de la Ley n.º 19.300 se debe contar a partir de la “última manifestación del mismo”²⁹.

V. Existencia del daño ambiental “puro”

La Ley n.º 19.300 define “daño ambiental”, para todos los efectos legales, como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio

26 DELGADO, “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, cit., 68.

27 En Justo Miranda Vera y otro contra Ilustre Municipalidad de Puerto Natales, Tercer Tribunal Ambiental, sentencia del 8 de julio de 2016, Rol n.º D-13-2015, considerando quincuagésimo quinto, el Tribunal señaló: “Que el hecho que evidencia el daño sufrido por los Demandantes consta a partir de la fecha en que se presentó el Recurso de Protección contra la I. Municipalidad de Puerto Natales, por parte de los mismos Demandantes de autos. Por lo que la evidencia del daño se fija a partir del 18 de agosto año 2014”.

28 SAAVEDRA, “La doctrina de la Excm. Corte Suprema en materia de responsabilidad ambiental, en la experiencia del Consejo de Defensa del Estado”, *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, n.º 26, 2011, 168-169.

29 Justo Miranda Vera y Juan Andrés Mira Millanchine con Ilustre Municipalidad de Puerto Natales, Corte Suprema, sentencia del 7 de marzo de 2017, Rol n.º 47890-2016, considerando trigésimo. Este fallo corresponde al recurso de casación en la forma y en el fondo presentado por la Municipalidad de Puerto Natales en contra de la sentencia definitiva de la causa Justo Miranda Vera y otro con Ilustre Municipalidad de Puerto Natales, Tercer Tribunal Ambiental, sentencia del 8 de julio de 2016, Rol n.º D-13-2015.

ambiente o a uno o más de sus componentes” (art. 2 letra e). Y, a su vez, define en términos muy amplios “medio ambiente”, como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socio-culturales 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” (art. 2 letra II).

De esta manera, existe daño ambiental cuando se altera (de manera significativa) el ambiente o uno o más de sus componentes. Estos componentes pueden ser naturales o *artificiales de importancia sociocultural*.

Respecto a estos últimos componentes, ya Delgado había detectado varios casos de sentencias o transacciones por daño ambiental a elementos *artificiales de importancia sociocultural*, como el caso de las antenas de telecomunicaciones en una zona típica, la destrucción parcial de un conchal en Bahía Ilque, la destrucción de momias chinchorro en el norte, la demolición de la casa de huéspedes en Antofagasta, etc.³⁰. Y los tribunales ambientales han resuelto en fecha reciente dos casos más³¹.

En cuanto a los componentes naturales, que interesan especialmente en este trabajo, revisadas las sentencias ambientales ejecutoriadas, dictadas por los tribunales ordinarios (primero), y ahora por los tribunales ambientales, los componentes naturales afectados son principalmente el agua, el suelo, la fauna o flora, generalmente bosque nativo o monumentos naturales como la araucaria o el alerce. Sin embargo, en los últimos años, los tribunales ambientales han avanzado en reconocer algunas categorías especiales de daños, como el daño *a los servicios ecosistémicos* (p. ej., de la rívera de un río), el daño *al paisaje o al valor paisajístico*, o el daño *al borde costero*.

30 DELGADO, “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, cit., 51-52.

31 En el primer caso, en contra de la Minera Pampa Camarones S.A., por daño al patrimonio arqueológico, se condenó a la demandada por la intervención de 15 hectáreas del yacimiento Salamanqueja 12-13 con obras de construcción, habilitación de *electrowinning* y con la instalación, entre otras, de un campamento de faena, que comportaron la destrucción de eventos líticos. El Segundo Tribunal Ambiental declaró que este daño era “irreparable” y ordenó repararlo mediante un “Programa de Reparación por Compensación”). Véase, en detalle, el caso del Consejo de Defensa del Estado contra Sociedad Minera Pampa Camarones S.A., cit.

En el segundo caso, en contra de la Municipalidad de Los Ángeles, el Tribunal desestimó la demanda interpuesta por el comité de defensa patrimonial de Los Ángeles por daños al interior de un edificio por estimar que, si bien se trató de una afectación a un elemento artificial (edificio construido por el hombre), no tenía importancia sociocultural (“relevancia patrimonial”, precisa el fallo), pues “no es posible concluir que exista una valoración cultural por parte de la comunidad de Los Ángeles respecto a aquellos edificios del ex Liceo e Internado de Hombres que no se encuentran protegidos en el PRCLA”. Véase, en detalle, la causa Comité de Defensa Patrimonial de Los Ángeles (CODEPALA) contra Ilustre Municipalidad de Los Ángeles, Tercer Tribunal Ambiental, sentencia del 16 de noviembre de 2018, Rol D-36-2018, considerando vigésimo sexto. Véase también la columna de opinión de DELGADO, V. y ZAPATA, J. F., “Patrimonio cultural y derecho: un nuevo estado de las cosas”, [en línea], *Estado Diario*, 2018, disponible en: <http://estadodiario.com/al-aire/patrimonio-cultural-y-derecho-un-nuevo-estado-de-las-cosas/> [Consultado el 23 de noviembre de 2018]. En materia de daño ambiental (al patrimonio cultural), Véase ZAPATA, J. F., *Hacia una protección amplia del patrimonio cultural en el ordenamiento jurídico chileno*, Concepción, Universidad de Concepción, 2017.

VI. La alteración al ambiente o uno de sus componentes debe ser “significativa”

Comentario aparte merece la expresión “significativo” que la Ley n.º 19.300 agregó a la definición de daño, pero que no precisa. De esta manera, serán los tribunales los encargados de definir cuándo un daño debe considerarse “significativo” y condenar a su reparación, pues, efectivamente, en el título III de la ley no existe ningún parámetro expreso para que el juez chileno califique un daño de significativo³².

Sin embargo, con los años, doctrina y jurisprudencia han avanzado en criterios que puedan contribuir a hacer más objetiva esta decisión.

Para Delgado, lo primero que se debe aclarar es que “significativo” corresponde simplemente a “importante” (como señala el diccionario de la RAE), y no necesariamente a “grave”, como se resolvió erradamente en el caso Vukasovic con Sociedad Agrícola Sacor (Corte de Apelaciones de Santiago, 2007). Además, insta a aplicar, en materia de daño, las pautas que el Reglamento del SEIA señala para evaluar ambientalmente los “impactos significativos” que los titulares de proyectos deberán mitigar, reparar o compensar para que su proyecto pueda ser calificado de manera favorable y así ser ejecutado; y sugiere, además, recurrir a pautas como las contenidas en la llamada Directiva europea de evaluación del daño ambiental (EIA)³³⁻³⁴.

Además, aparte de la *cantidad, magnitud o duración* del daño, el juez debiera considerar el *estado de la calidad* del ecosistema afectado, los *servicios ecosistémicos* que presta, el *valor ambiental* de los recursos afectados, su carácter de recurso irremplazable y la *capacidad de regeneración*, como ya lo ha advertido la todavía escasa jurisprudencia chilena³⁵.

En cuanto a la “capacidad de regeneración”, el Tercer Tribunal Ambiental consideró que es significativo aquel daño que, siendo reparable desde el punto de vista *ecológico*, no lo es a *escala humana*. En el caso, se trató de un daño al suelo, que en cuanto a la dimensión temporal se consideró “permanente” al extenderse por más de seis años, y que se mantendría mientras no se tomaran las medidas definitivas en relación con los relaves derramados. Además, se señaló que los antecedentes permitían determinar que no se regeneraría en un horizonte de tiempo “relevante para la escala humana”, de no mediar las medidas de reparación correspondientes. Así entonces, a la luz de estas dos características, lo declaró “significativo”³⁶. El punto nos parece

32 VALENZUELA, R., *El derecho ambiental, presente y pasado*, Santiago, Jurídica de Chile, 2010, 56-59.

33 Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

34 Cfr. DELGADO, “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, cit., 53.

35 *Ibíd.*, p. 54.

36 Inversiones J y B Limitada contra Sociedad Contractual Minera Tambillos, cit., considerandos sexagésimo séptimo y sexagésimo noveno.

también relevante en relación con si este daño reparable a escala ecológica, pero no humana, deba en realidad ser declarado como irreparable.

En un reciente estudio, Femenías resume lo anterior y propone como criterios de significancia del daño ambiental los siguientes: a) 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; b) la irreversibilidad o, por el contrario, la condición de recuperable del componente ambiental dañado; c) las condiciones especiales del medio ambiente o del componente ambiental dañado o su representatividad, y d) los parámetros que proporciona el Reglamento del SEIA para determinar si una actividad debe ingresar a evaluación mediante un estudio de impacto ambiental (EIA) y otros usados por la jurisprudencia³⁷.

Retomando este punto, pero ahora específicamente para el daño a las aguas, se ha fallado que tiene el carácter de “significativa” aquella alteración o contaminación que el funcionamiento de un relleno sanitario en la región del Biobío causó a “las aguas que sirven al consumo humano”³⁸; o contaminar agua de un estero que se usa para riego³⁹; o haber extraído, mediante 35 pozos ilegales, aguas subterráneas, causando “menoscabo a la cuenca Pampa del Tamarugal”, aguas además “escasas” e “indispensables para la preservación del ecosistema”⁴⁰. En esta última sentencia, destaca Saavedra⁴¹, la Corte Suprema declaró claramente que la “significancia” del daño no es un aspecto meramente cuantitativo sino “cualitativo”.

Otro punto que se advierte con facilidad es que en estos casos de daño a las aguas el énfasis para declarar y condenar la reparación del daño no está en el daño a la *propiedad* de terceros, sino más bien en la afectación al ecosistema mismo y, en consecuencia, a los servicios que este provee, como el consumo para bebida de las personas o para el riego, y, especialmente, el llamado “uso ecosistémico” de las

37 FEMENÍAS, *La responsabilidad por daño ambiental*, cit., 223-238.

38 En el caso Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes, Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia del 15 de septiembre de 2011, Rol 493-2011, se contaminaron algunas vertientes del lugar por la caída de un muro que contenía el depósito de basura. En el fallo se señala que “significativo” corresponde a “importante”, y se postula como criterio general que el daño tendrá también ese carácter cuando afecte fuentes de agua de consumo humano, por cuanto puede afectar la salud de las personas, fundándose en que “en la historia de la ley 19.300 queda de manifiesto que esta circunstancia siempre se consideró destacadamente relevante dentro del conjunto de daños ambientales”. Es decir que se entiende como significativo el daño que afecta el servicio de provisión y extracción de agua para consumo humano. Para este análisis véase DELGADO, V., “Breves reflexiones sobre el daño ambiental en Chile al afectarse ‘servicios ecosistémicos’, con especial referencia a la legitimación activa de tales demandas”, en BARRA R., y ROJAS J. (coords.), *Desarrollo sustentable. Miradas interdisciplinarias de experiencias en Chile y Brasil*, Concepción, VRIM, 2016, 55.

39 Corte Suprema, sentencia (de reemplazo) del 2 de abril de 2018, Rol 37.273-2017, considerando décimo.

40 Consejo de Defensa del Estado contra Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad, Corte Suprema, sentencia del 28 de octubre de 2011, Rol n.º 5826-2009.

41 SAAVEDRA, “La doctrina de la Excma. Corte Suprema en materia de responsabilidad ambiental, en la experiencia del Consejo de Defensa del Estado”, cit., 151-174.

aguas, en el sentido de que ellas permiten que varias otras especies de flora y fauna vivan y el ecosistema se mantenga equilibrado. No interesa aquí, a diferencia de lo que ocurre en el derecho de aguas, si las personas *afectadas* tienen *derechos* de aprovechamiento de aguas para extraerla, condición que exige el Código de Aguas en la mayoría de las acciones que contempla para perturbaciones. Si se afectan las aguas, generalmente los legitimados activos son los “dueños” de los derechos de aprovechamiento de aguas. Por ello, con razón, se afirma que el Código de Aguas, en realidad, es un código para los *derechos* de agua⁴². En cambio, en materia de daño ambiental, esas consideraciones referidas a la propiedad no son determinantes pues, más bien, se atiende al uso o beneficio que el ecosistema o componente natural dañado permite o supone para las personas en general.

VII. Contenido de la “reparación” del daño ambiental y la decisión de considerar un daño como “irreparable”

Si el daño ambiental es reparable y se demanda su reparación (que siempre es *material* o *in natura*) ante el tribunal ambiental, la ley chilena es realista y estima cumplida la obligación de reparar cuando al menos el condenado logra “reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas” (art. 2 letra s). Sin embargo, como la ley no ha definido qué se debe entender por “calidad similar” ni por “propiedades básicas”, no existe claridad en el tema. Y los tribunales no se han detenido a considerar el punto en profundidad.

Esta discusión no es baladí. El tribunal que estime que existe daño ambiental, debe condenar a que este sea reparado. Y la ley, al definir reparación, le señala que debe lograr, al menos, que el ambiente o componente afectado recupere una *calidad similar* a la que tenía y, si ello no es posible, también al menos, restablecer sus *propiedades básicas*. Y entendemos que cuando este último estándar tampoco se pueda lograr, entonces el daño se transformaría en *irreparable*.

En el caso de daños a elementos artificiales de importancia sociocultural, ha sido relativamente fácil declarar que los daños son irreparables, como en el reciente caso del daño a elementos líticos de interés arqueológico, citado precedentemente a propósito del artículo 52 de la Ley n.º 19.300. En este caso, para el tribunal:

... el daño ambiental alegado se configuró pues los eventos líticos destruidos eran bienes únicos, irrepetibles e irremplazables, y por lo tanto la pérdida, en este caso, es irreparable. La información que en un momento era posible extraer, por parecido u homogéneo que sea el evento lítico a los otros presentes en una misma zona, por

42 DELGADO, V.; ARUMI, J. L. y REICHER, O. “Lesson from Spanish and US Law for Adequate Regulation of Groundwater Protection Areas in Chile, Especially Drinking Water Deposits”, *Water Resources Management*, vol. 31, n.º 14, 2017, 4699-4713.

las razones antes esgrimidas, ya no es posible de recuperar [*sic*] [...] Por tanto, la pérdida de eventos de talla lítica, en el presente caso, fue de una entidad relevante y, por ende, significativa, constituyendo el caso de autos un daño al patrimonio arqueológico y cultural del país⁴³.

Declarado así este daño como irreparable, la Minera Pampa Camarones S.A. fue condenada a *compensar* el daño. Se le condenó específicamente a implementar un programa de reparación por compensación, que debe ser aprobado por el Consejo de Monumentos Nacionales, para efectuar un análisis espacial y de distribución de materiales arqueológicos, la habilitación de una sala de exhibición de los resultados de la investigación arqueológica, la instalación de señalética y elaborar un estudio arqueológico integral de las 200 hectáreas, un análisis espacial y de distribución de materiales arqueológicos de las 2.000 hectáreas prospectadas, un informe final y un texto de difusión de los trabajos arqueológicos y sus resultados destinado a la comunidad en 1.000 ejemplares; así como a desarrollar una campaña de difusión a la comunidad cada cinco años, durante todo el tiempo de vida útil de la Mina Salamancaqueja.

El punto complejo y no abordado adecuadamente hasta ahora es el referido a determinar cuándo un daño a elementos naturales es irreparable, pues, como se dijo, no hay claridad respecto a qué debe entenderse por “calidad similar” ni “propiedades básicas”. Para Delgado, tratándose de daños a componentes naturales, se debe estimar cumplida la obligación de reparar solo cuando se puedan tomar medidas que efectivamente logren restablecer los *servicios* que se prestaban por el ecosistema afectado, con una calidad *similar* a la que tenían (p. ej., seguir dotando de agua para consumo humano con una calidad que, si bien sigue cumpliendo la norma de calidad del agua potable, ya no presente idéntica pureza); y si ello no es posible, al menos que el ecosistema pueda cumplir sus propiedades básicas (como proveer agua, aunque ahora solo sea con calidad para riego y no para consumo humano)⁴⁴. De esta manera, si ninguna de estas dos formas de reparar se puede lograr, según el conocimiento científico, debe estimarse el daño como irreparable. Por otra parte, consideramos también irreparable aquel daño que, si bien es reparable a escala ecológica, no lo es a escala humana.

Ahora bien, otro punto interesante es precisar en qué consistirá la condena en un caso de daño irreparable. En nuestra opinión corresponde compensar este daño en otro lugar, como se argumenta más adelante.

Para Bermúdez, el daño ambiental irreparable también debe compensarse. Pero la irreparabilidad se explicaría de otra manera: cuando no sea posible reparar en

43 Consejo de Defensa del Estado contra Sociedad Minera Pampa Camarones S.A., cit., considerando quincuagésimo.

44 DELGADO, “Breves reflexiones sobre el daño ambiental en Chile al afectarse ‘servicios ecosistémicos’, con especial referencia a la legitimación activa de tales demandas”, cit., 57.

una “calidad similar”, se debe al menos lograr el “restablecimiento en sus propiedades básicas”, expresión esta que puede ser interpretada ampliamente por el tribunal ambiental, incorporando las posibilidades de compensación en un lugar distinto de aquel en que se produjo el daño. En consecuencia, señala el autor en cita, “aunque el restablecimiento en las propiedades básicas no es posible en el mismo lugar en que se encuentra el elemento dañado, siempre lo será en un lugar distinto, siempre que efectivamente se logre el objetivo de reparación ambiental”⁴⁵. Es decir, la compensación estaría incluida como una posibilidad de la reparación vía restablecimiento de las propiedades básicas del componente afectado.

Para Vidal, en cambio, cuando el daño ambiental sea irreparable podría demandarse una indemnización de perjuicios, pues, a falta de una norma para el daño irreparable, se debe aplicar el título 35 del código civil⁴⁶. Ya se ha sostenido, en todo caso, que esta solución no nos parece adecuada, pues la indemnización no ingresaría a ningún fondo especial destinado a la restauración ambiental. Además, estimamos que el tribunal ambiental es competente para declarar la existencia del daño ambiental irreparable e imponer como condena una compensación aplicando los mismos conceptos que en el SEIA. En este, cuando no se puede ni mitigar ni reparar un efecto adverso al ambiente por un proyecto de inversión sometido a la evaluación ambiental, se debe *compensar*, esto es, hacer algo que “tenga por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado” (art. 100 del Reglamento del SEIA) y que (como agrega el art. 101) se lleve a cabo “en el área o lugar” donde se presenten o generen los impactos significativos (léase aquí del daño que se trata de compensar) o, “si ello no fuere posible, en otras áreas o lugares en que resulten efectivas”. Si los daños irreparables se “compensan” en el SEIA, lo ideal sería aplicar esta regla también aquí⁴⁷.

45 BERMÚDEZ, *Fundamentos de derecho ambiental*, cit., p. 411.

46 El citado autor explica: “Se dice que una de las razones para negar lugar a la indemnización es la dificultad, sino [*sic*] la imposibilidad, de valorar el daño ambiental, lo que impediría que la indemnización cumpliera la función compensatoria que le es propia. Si se está de acuerdo [en] que todo el que dolosa o culposamente causa un daño ambiental debe repararlo, por ser ésta una concreción más del principio de la reparación integral, la dificultad e incluso la imposibilidad de valoración no puede constituir un obstáculo para ordenar su indemnización en caso [de] no ser posible su reparación material. Podría asimilarse este daño ambiental al daño moral y asignarle a su indemnización, no una función compensatoria, sino de satisfacción, en términos de considerar a la indemnización como un valor de reemplazo que permita desatender al daño ambiental irreparable, y asignarlo a un fin de preservación o conservación medio ambiental. Tal función en el caso del daño moral ya se encuentra instalada en la doctrina y [la] jurisprudencia nacionales y surge dado que la indemnización del daño moral, que nadie discute su procedencia [*sic*], no se avenía con la función compensatoria o de justicia correctiva de la indemnización de los daños patrimoniales. Siendo así, en la fijación de la indemnización del daño ambiental, deberán considerarse especialmente, tal como ocurre en el caso del daño moral, la gravedad del hecho y las facultades económicas del agente contaminador”. VIDAL, Á., “Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley n.º 19.300”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n.º 29, 2007, 138.

47 DELGADO, “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, cit., 62.

Esta última norma, como desarrolla acertadamente Femenías, sería una manifestación del principio de reparación del daño ambiental, *preferentemente en su fuente*, que fundamenta perseguir la reparación *in natura* del ambiente efectivamente dañado; pero, si el daño es irreparable, correspondería aplicar la compensación en otro lugar⁴⁸.

Finalmente, es importante destacar otro caso en que existiría un daño irreparable o irreversible, que ya se reconoce en alguna normativa y destacada doctrina extranjera, según explica Femenías: “en nuestro ordenamiento jurídico es posible admitir la limitación a la reparación *in natura*, esto es, a la reparación del componente ambiental concreto que fue afectado, cuando la misma resulte económicamente desproporcionada en relación al beneficio ambiental que prestaría dicho componente una vez restaurado”, lo que supone que pueda lograrse ese mismo beneficio o servicio por otra vía alternativa”⁴⁹. Este planteamiento es interesante, pero lamentablemente supone la adecuada valoración económica de los servicios ecosistémicos perdidos con el daño. Solo así se podría asegurar una justa comparación de los costos de restauración con los beneficios que aporta el componente afectado y tomar una decisión acerca de si se debe o no declarar ese daño como irreparable y proceder a su compensación. Por ahora, en la experiencia chilena, esa valoración económica de los servicios ecosistémicos aún no está debidamente desarrollada, y menos aún disponible para los jueces que deban resolver un caso como el descrito.

VIII. Estudio de casos

A continuación analizamos cuatro casos de daño ambiental en Chile, que involucran las aguas subterráneas, aunque no en todos ellos exista finalmente una condena por daño ambiental a ellas. El primero fue resuelto cuando las demandas eran conocidas por los tribunales ordinarios. Los tres casos posteriores, por los tribunales ambientales. En dos de estos cuatro casos existen criterios importantes aplicados por la Corte Suprema.

A. Caso de daño ambiental por extracción de aguas subterráneas en la cuenca Pampa del Tamarugal, en la Región de Tarapacá, resuelto por tribunales ordinarios de justicia

La demanda fue presentada por el CDE contra la Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad, por la extracción realizada mediante 35 pozos de captación clandestinos en la Pampa del Tamarugal. Se solicitó la reparación “integral” del daño ambiental puro y, además, la indemnización de los perjuicios causa-

48 FEMENÍAS, *La responsabilidad por daño ambiental*, cit., 102-108.

49 *Ibíd.*, 278-283.

dos a bienes nacionales de uso público, con ocasión de las captaciones ilegales, cuyo monto se reservaría para la etapa de cumplimiento del fallo.

La demanda fue rechazada en primera y segunda instancia (en los tribunales ordinarios de justicia en ese entonces) y solo se dio por acreditado el daño ambiental en la Corte Suprema. Este último tribunal declaró que el daño ambiental existió y ordenó su reparación *in natura*, pero rechazó las indemnizaciones por falta de prueba de la existencia de tales perjuicios y su monto.

Este caso fue conocido antes de la existencia de los tribunales ambientales, cuando ante el mismo tribunal se demandaba la reparación del daño ambiental, considerando medidas *in natura*, pero también indemnizaciones en dinero. Como se explicó, desde la entrada en vigencia de la Ley n.º 20.600, primero se debe demandar en el tribunal ambiental la reparación del daño ambiental puro, y solo cuando este daño se encuentre declarado por el tribunal y se haya condenado a repararlo se podrá acudir a los tribunales ordinarios por las indemnizaciones personales.

Los tribunales inferiores que conocieron esta causa fueron el Tercer Juzgado de Letras de Iquique⁵⁰ y la Corte de Apelaciones de Iquique, los que rechazaron la demanda por no estimarse acreditado el daño ambiental. Este último tribunal señaló:

Que los documentos acompañados [...] son insuficientes para alterar las conclusiones a que se llega en el fallo en alzada, ya que no permiten tener por acreditado el daño denunciado, ni que éste, de existir, sea consecuencia exclusiva de la actividad desarrollada por la demandada, desde que no es posible deducir de ellos, como de los acompañados en primera instancia, la magnitud del volumen de los recursos hídricos explotados en los acuíferos Pampa del Tamarugal y La Noria, antes y con posterioridad a la explotación de los pozos por aquella, como la comunicabilidad de estos acuíferos⁵¹.

Es decir que la prueba no fue suficiente en relación con dos aspectos: el volumen del agua extraído y la manera como se comunicaban los dos acuíferos existentes en la zona.

Sin embargo, en el año 2011, la Corte Suprema revocó esta sentencia, reconociendo la existencia del daño ambiental, que habría consistido en el “menoscabo a la cuenca Pampa del Tamarugal, ubicada en pleno desierto de Atacama, por la explotación no autorizada de aguas subterráneas cuya disponibilidad es escasa”, ordenando la reparación material del daño ambiental pero no las indemnizaciones de perjuicios solicitadas⁵².

50 Tercer Juzgado de Letras de Iquique, sentencia del 23 de mayo de 2008, Rol n.º 4354-2007.

51 Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia del 23 de julio de 2009, Rol n.º 728-2008, considerando séptimo.

52 En cuanto a la indemnización, la Corte Suprema resolvió lo siguiente: “no procede declarar la obligación de indemnizar sin que se encuentre probado el elemento esencial de la responsabilidad extracontractual, a saber, los perjuicios resultantes del daño ambiental que deben ser reparados económicamente, por lo que no puede darse lugar a la demanda en este capítulo”. Corte Suprema, sentencia del 28 de octubre de 2011, Rol n.º 5826-2009, considerandos quinto y séptimo.

Para la Corte, se acompañaron informes de la Dirección General de Aguas (DGA) que acreditaban la existencia de los pozos, sin contar la empresa con los correspondientes derechos de aprovechamiento ni tampoco con las autorizaciones para las obras de captación. Se acreditó también que la extracción era constante y permanente, y que se habría extraído un caudal total de 252 litros por segundo, equivalente a un cuarto de toda la recarga natural del acuífero, “contribuyendo de manera sustancial al estrés hídrico que presenta el acuífero”.

En definitiva, la sentencia de la Corte dispuso reparar el daño ambiental, ordenando la ejecución de tres medidas: paralizar la extracción en los 35 pozos, cegarlos, y retirar todas las instalaciones utilizadas para extraer, conducir y almacenar dichas aguas⁵³.

El fallo realmente no impuso una reparación en los términos de la ley del ambiente, pues solo se ordenó hacer cesar la causa del daño (paralizar la extracción) y restablecer las cosas al estado anterior al daño (al menos ordenando que los pozos sean cegados y se retiren cañerías y todos los elementos utilizados para la extracción), pero nada se dispuso para la reparación propiamente dicha. Como enseña García, reparar un daño ambiental no es más que devolver el recurso natural que ha sufrido sus efectos a la situación anterior a aquella en que se encontraba con anterioridad al mismo, pues se trata en realidad de “remover todos los efectos que ha provocado el daño”⁵⁴. En el caso que analizamos, no se imponen en el fallo medidas asociadas a la reparación propiamente dicha, que, como se explicó, implica que al menos el ecosistema dañado recupere sus propiedades básicas, en este caso, el nivel del agua extraída, para lo cual habría que recargar artificialmente el acuífero; actividad esta que en Chile no se ha desarrollado, por varios problemas técnicos y jurídicos que no permiten asegurar su sustentabilidad, especialmente por la falta de criterios para determinar qué calidad debe tener el agua que se incorporará artificialmente a la napa subterránea⁵⁵. En el fondo, el tribunal apostó a la recarga *natural* del acuífero en el tiempo.

B. Caso Inversiones J y B Limitada contra Sociedad Contractual Minera Tambillos y otro, en la Región del Maule, resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental

En el año 2014, Inversiones J y B Limitada presenta demanda por daño ambiental, en el Segundo Tribunal Ambiental, en contra de la Sociedad Contractual Minera Tambillos y otro. La sentencia de dicho tribunal sostuvo:

53 Corte Suprema, sentencia del 28 de octubre de 2011, Rol n.º 5826-2009, séptimo.

54 GARCÍA, J., *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 416.

55 DELGADO, V. y ARUMÍ, J. L., “La recarga artificial de aguas subterráneas en el derecho chileno (Parte I)”, [en línea], *El Mercurio Legal*, 2019, disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2019/05/03/La-recarga-artificial-de-aguas-subterraneas-en-el-derecho-chileno-Parte-I.aspx> [Consultado el 7 de junio de 2019].

... el daño ambiental demandado, corresponde a aquél que se habría iniciado con los efectos del colapso del tranque de relaves de Las Palmas, el 27 de febrero de 2010, y que habría afectado y seguiría afectando a diversos componentes ambientales presentes en su predio, tales como el suelo, la flora, los cursos de agua superficial y subterráneos, y el paisaje circundante [...] [P]or efecto del derrame de relaves, se ha dejado expuesto el medio ambiente a residuos peligrosos y otros metales pesados⁵⁶.

El 24 de agosto de 2016 el Tribunal Ambiental de Santiago acogió la demanda por daño ambiental y obligó a su reparación material, pero aclaró que no se logró acreditar el daño a las aguas subterráneas⁵⁷. Sin embargo, si se analiza la condena material de reparar el daño se evidencia que se ordenaron medidas dirigidas directamente a “evitar” daños al acuífero.

En efecto, la Minera fue condenada a implementar un programa de reparación ambiental (PRA) con el fin de asegurar la estabilidad física y química del relave, y recuperar los atributos dañados de los suelos afectados, lo que permitiría, adicionalmente, “aminorar el riesgo para la seguridad y salud de las personas y el medio ambiente”⁵⁸.

Este PRA deberá, entre muchas otras medidas: asegurar que la carpeta de HDPE (*high density polietilene*) instalada sea impermeable y permita conducir las aguas lluvias sin que hagan contacto con los relaves, pudiendo ser dispuestas en cauces superficiales sin causar daño, así como monitoreadas; retirar el suelo contaminado, en toda el área no cubierta actualmente por la carpeta HDPE, incluido el cauce del estero Las Palmas hasta la confluencia con el cauce actual del este Los Ladrones; e incorporar todo el material extraído del área cubierta, para evitar el arrastre por escorrentía superficial de las aguas lluvia hacia los esteros y suelos ubicados aguas abajo y una *potencial lixiviación hacia aguas subterráneas*. Exige, además, un plan de seguimiento del probable transporte de sustancias potencialmente contaminantes a través del suelo subyacente no impermeabilizado, así como el monitoreo de la calidad de las aguas superficiales y *subterráneas*, con una representatividad espacial y temporal adecuada. Como se aprecia en este caso, no se logró acreditar la contaminación de las aguas subterráneas, pero la relación entre el suelo y las mismas es tan directa que, declarándose el daño al suelo por contaminación (el que deberá

56 Segundo Tribunal Ambiental, sentencia de 24 de agosto de 2016, Rol D-14-2014, considerando trigésimo tercero.

57 La sentencia, en el considerando nonagésimo tercero, señaló: “Que, sobre el particular, se debe tener presente que respecto a este elemento del medio ambiente, la demandante no aportó antecedente alguno sobre la existencia y características de algún acuífero ubicado en el sector Las Palmas. La ausencia de estos antecedentes esenciales impide al Tribunal determinar si hay o no afectación significativa a dicho elemento, motivo por el cual, se concluye que el daño ambiental alegado por la demandante a las aguas subterráneas no se encuentra acreditado”.

58 Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 24 de agosto de 2016, Rol D-14-2014, resuelvo iv.

ser retirado), la condena del Tribunal acertadamente solicitó también monitorear la calidad de las aguas.

Esta sentencia se encuentra firme y de ella no conoció la Corte Suprema ningún recurso en su contra.

Si se revisa este expediente resulta interesante comprobar que figuran una serie de actuaciones que dan cuenta de que justamente no ha sido fácil cumplir con la obligación de monitoreo de la calidad de las aguas. En efecto, a fines del año 2016 Minera Tambillos presentó un escrito en el Tribunal para dar cuenta de la entrega del programa de monitoreo de calidad del agua y medidas de control a la SEREMI de Salud de la Región del Maule y a la DGA. Solicitada la opinión de este último organismo se informó que el condenado no cumplió lo ordenado en la sentencia pues, como para el condenado no existirían acuíferos en la zona (“toda vez que la DGA no los ha delimitado”), no propuso una medida de seguimiento relacionada con estos acuíferos, agregando la autoridad sí haber elaborado por su parte estudios de estimación de recargas de acuíferos en la Región del Maule, que incluyen la zona en análisis. Y reiteró que “el seguimiento de la calidad de las aguas subterráneas en la zona es primordial y necesario, debiendo la parte sancionada realizar todas las acciones necesarias para determinar el estado de calidad de las aguas subterráneas en la zona, ya sea monitoreando pozos ya existentes o en su defecto construyendo nuevas obras”⁵⁹.

Ante este informe, Minera Tambillos, con fecha 11 de enero de 2017, presentó un escrito argumentando que lo planteado por la DGA “envuelve una impropiedad manifiesta, una verdadera ficción, respecto de una pretendida conducta exigida a mi representada [...] que no se condice con la realidad de la situación atinente al dominio de los terrenos del lugar ni con las normas legales que regulan las actividades en materia de aguas subterráneas”, pues en realidad, cuando señalan que no existirían acuíferos (subterráneos) en el lugar, se refieren a que no existen pozos de aguas subterráneas en el predio donde se ubica la planta minera abandonada ni en el terreno objeto de las medidas de reparación. Señaló además:

... las Palmas SpA no es dueña del terreno donde se sitúa la planta minera y los relaves abandonados. En efecto, se hace notar que semejante instalación fue objeto de abandono desde el año 1998; y que la antigua servidumbre minera de ocupación se extinguió hace muchos años [...] Por consiguiente, las Palmas SpA no tiene título alguno sobre el terreno donde se ubican la planta y relaves abandonados [...] Las Palmas SpA no se encuentra habilitada legalmente para realizar sondeos de aguas subterráneas ni menos intentar alumbrar aguas subterráneas en tales terrenos, ya que

59 En el mismo oficio señaló: “de acuerdo a los registros que mantiene este Servicio, existen usos del recurso hídrico subterráneo en la zona del Valle de Pencahue, tanto por Comités de Agua Potable Rural (APR), como por parte de usuarios de riego y bebida de uso doméstico, animal, existiendo por tanto derechos inscritos y también derechos susceptibles de regularización (por uso inmemorial del recurso). Cabe recalcar que el Valle de Pencahue se caracteriza hoy en día por el amplio cultivo de vides viníferas, olivos, hortalizas y maíz”.

no cuenta con título legal que le permita realizar tales actividades. Tampoco puede solicitar un permiso para explorar aguas subterráneas en dichos terrenos [...] Esto es así, por cuanto las normas que regulan la exploración de aguas subterráneas, habilitación de pozos para alumbramiento de aguas subterráneas y construcción de nuevas obras, impiden realizar tales actividades libremente en terrenos ajenos.

Y dijo que “tampoco puede proceder legalmente a realizar un análisis de pozos que existan en los terrenos del Valle Pencahue [...] ya que [...] carece de facultades legales para ingresar libremente a predios agrícolas de dominio ajeno”. Esta solicitud de téngase presente fue rechazada por el Tribunal mediante resolución de fecha 23 de enero de 2017.

El 15 de marzo de 2017 la Minera ingresó a la DGA un nuevo programa de monitoreo de la calidad de agua y medidas de control, pero, mediante el Ordinario n.º 1010 del 19 de julio de 2018, la DGA mantuvo sus observaciones negativas de fondo, agregando que también sería insuficiente el proyecto para el control de todos los riesgos para la salud de la población, pues:

Considerando que existe una relación inseparable entre la componente suelo y agua se observa que los parámetros físicos-químicos [*sic*] para caracterizar la calidad de los suelos subsuperficiales [...] y superficiales en el área afectada, son insuficientes y no reflejan la relación con el evento en estudio [...].

Los puntos de muestreo de aguas subterráneas son insuficientes para caracterizar el recurso hídrico y por ende establecer 1) la relación entre los resultados obtenidos con el colapso del Tranque y 2) la extensión de la dispersión de las sustancias tóxicas contenidas en el relave derramado, toda vez que la ubicación de los pozos de monitoreo son muy distantes [*sic*] de la zona afectada. De esta forma, el responsable deberá ubicar los pozos a una distancia coherente con las propiedades hidrogeológicas del acuífero afectado, para ello, construir [*sic*] pozos si fuera necesario.

En suma, si bien durante el juicio no se logró acreditar la contaminación de las aguas subterráneas, el fallo solicitó monitorear la calidad de las mismas y hasta ahora el titular no ha logrado obtener el informe favorable de la autoridad sectorial sobre el programa de monitoreo. Esta cuestiona la propuesta, entre otras cosas, por cuanto la lejanía de los pozos respecto de los suelos afectados con residuos mineros no permitiría controlar el alcance de la dispersión de estos tóxicos. De esta manera, y como la contaminación demora en avanzar hacia el acuífero, en el fondo, el monitoreo podría demostrar aquello que en el juicio no se logró: si estos tóxicos contaminaron (o contaminarán) las aguas subterráneas.

C. Caso Junta de Vecinos Villa Disputada de Las Condes y otro contra Ilustre Municipalidad de Nogales, en la Región de Valparaíso, con concepto negativo del Segundo Tribunal Ambiental pero invalidado por la Corte Suprema, acogiendo el daño ambiental (aunque no a las aguas subterráneas)

Este caso se inició por una demanda interpuesta por la junta de vecinos de la Villa Disputada de Las Condes y don José Suárez Álvarez en contra de la Municipalidad de Nogales. Según consta en la sentencia del Tribunal, para los demandantes se “habría administrado de manera inadecuada la planta de tratamiento, contraviniendo las medidas que le imponía la RCA de su proyecto, además de no haber adoptado oportunamente medidas paliativas, lo que habría provocado el daño ambiental alegado”. Este daño sería “un daño ambiental al aire, por emanación de malos olores [...] un daño ambiental al agua, dado que las deficiencias en mantención y operación de la planta habrían provocado la necesidad de utilizar permanentemente el *by-pass*, en virtud del cual se habrían vertido aguas servidas sin tratar a los canales colindantes, provocando la contaminación de los esteros El Melón y El Garretón, los que se utilizan para riego”⁶⁰.

El Segundo Tribunal Ambiental rechazó la demanda tanto respecto al componente aire⁶¹ como al componente agua. En cuanto al daño a las aguas superficiales señaló que, si bien se logró acreditar que desde el año 2011 se realizaron descargas de aguas servidas sin tratar al estero El Garretón, y que en algunas ocasiones se infringió el Decreto Supremo n.º 90 en cuanto a los parámetros máximos de coliformes fecales y DBO5 en las aguas del efluente de la planta, las fiscalizaciones no permiten acreditar que existe una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al componente agua de los esteros circundantes a la planta de tratamiento. Aclarando que el incumplimiento de una norma o una resolución de calificación ambiental no significa, *per se*, que existe daño ambiental, así como que el demandante no acompañó prueba para acreditar este daño⁶². Sin embargo, para el Tribunal, el hecho de que existieran estas infracciones al decreto en cita “representa una amenaza potencial que es necesario precaver”, y por ello solicitó a la SMA adoptar a la mayor brevedad las medidas administrativas pertinentes⁶³. Respecto a las aguas subterráneas tampoco se logró acreditar daño ambiental.

Ante el rechazo de la demanda en el Tribunal Ambiental en 2016, la junta de vecinos interpuso un recurso de casación en la forma, que la Corte Suprema acogió en 2018, dictando una sentencia de reemplazo que declaró que el daño ambiental

60 Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 7 de julio de 2017, Rol D-17-2015, Visto i. La demanda, 3. Daño ambiental.

61 *Ibíd.*, considerandos sexagésimo sexto y noveno.

62 Segundo Tribunal Ambiental. Sentencia del 7 de julio de 2017, *cit.*, considerando quincuagésimo noveno.

63 *Ibíd.*, considerando septuagésimo primero.

sí se podía dar por establecido y condenó a su reparación, si bien tampoco se tuvo por acreditada la contaminación de las aguas subterráneas. El fallo declaró que se encontraba acreditado en la causa que los demandantes son vecinos del sector donde se emplazaba la planta de tratamiento de aguas servidas El Melón, que la administración de la planta correspondía a la municipalidad demandada, que desde el año 2011 la referida planta había vertido a El Garretón aguas servidas sin tratar, y que aguas abajo de dicho effluente se advertía una alta concentración de coliformes fecales que superaban la normativa permitida (DS 90, Nch 1333 y la RCA), constatando “eutrofización del cuerpo de agua receptor, observándose aguas turbias, presencia de algas y malos olores”⁶⁴.

Hemos considerado este fallo en el análisis porque la Corte Suprema, al declarar que sí existió contaminación de las aguas superficiales, ordenó adoptar una serie de medidas con el doble objeto de “contrarrestar y prevenir”, donde incluyó a las aguas subterráneas. Específicamente impuso obligaciones para “mitigar los impactos ambientales” y para “contrarrestar y prevenir los daños que se producen al verter agua servida sin tratar a los ríos aledaños, más aún, si el compromiso ambiental en este aspecto era que dichas aguas podrían ser utilizadas para el riego, sin peligro para la salud de la población”⁶⁵. Con el fin de “reparar” o “mitigar” el daño impuso ejecutar un plan de reparación para que “las cosas vuelvan al estado [en] que se encontraban al tiempo de la intervención”, pero además condenó a la municipalidad a tomar medidas para “prevenir” que el río dejara de prestar el servicio ecosistémico de dar agua para riego, sin implicar un riesgo a la salud de las personas. Y para ello, bajo la vigilancia y fiscalización de la SMA, le exigió a la demandada realizar un estudio de la calidad de las aguas superficiales y subterráneas, incluyendo un plan de monitoreo durante un lapso de tres años, e informando a la Dirección Regional de Aguas, Servicio Agrícola y Ganadero y a la Superintendencia del Medio Ambiente, cada seis meses, dichos resultados, por los dos primeros años⁶⁶. Otra vez aquí, la medida de monitorear la calidad de las aguas se alza como una de las obligaciones de hacer que contiene la condena por causar un daño ambiental, permitiendo a la autoridad controlar si existe o no contaminación y que ella se evite en el futuro. Lo resuelto tiene toda lógica, por la conexión que existe entre las aguas superficiales y las subterráneas, especialmente si se considera que las descargas de contaminantes se hacían a un estero, cuyas aguas se utilizaban para regar, mediante canales, y que de todos ellos infiltra naturalmente el agua que por ellos corre a las napas subterráneas. También aquí el monitoreo tendría una finalidad preventiva y podría configurar prueba de daño a las aguas subterráneas, cuestión que durante el juicio no se logró acreditar.

64 Corte Suprema. Sentencia (de reemplazo) del 2 de abril de 2018, Rol 37.273-2017, considerando tercero.

65 *Ibíd.*, considerando décimo.

66 *Ibíd.*, resuelvo II.

Por último, es importante recordar que el ministro Blanco estuvo por acoger, además de lo resuelto, la petición subsidiaria referida a mejorar la tecnología de la planta y a que se sometiera a un estudio de impacto ambiental.

D. Caso Carlos Margozzini Cahis y otros contra Germán Kuschel Pohl y otros, en la Región de Los Lagos, resuelto por el Tercer Tribunal Ambiental

En el año 2016 Carlos Margozzini Cahis y otros demandaron a Germán Kuschel y a la sociedad Fábrica de Cemento Comprimidos Génesis SpA, en el Tercer Tribunal Ambiental, por el daño ambiental causado básicamente en el suelo y flora por extracción de áridos. En mayo de 2018, el Tribunal resolvió que el daño causado fue efectivamente consecuencia directa de la explotación de áridos efectuada en el predio de propiedad de los demandados, pues se generó un pozo de aproximadamente 9 hectáreas de superficie, de profundidad variable, entre 6 y 12 metros, con remoción de suelo y destrucción de la cubierta vegetal, incluyendo la pérdida o destrucción de bosque nativo, el cual había sido explotado para la extracción de leña en un volumen estimado en 587,63 metros cúbicos⁶⁷.

En consecuencia, se condenó a los demandados a implementar todas las medidas para “reponer los componentes suelo y vegetación, a una calidad similar a la que tenían con anterioridad a la extracción de áridos[,] o a restablecer sus propiedades básicas”⁶⁸. Y para ello, entonces, se resolvió la ejecución de todas las medidas de paralización, cierre y retiro, “suspendiendo la perturbación del sitio, para luego dar paso a la restauración del área afectada [...] en la medida [en] que es esta restauración la que ofrece la oportunidad de restablecer las funciones básicas del hábitat original”⁶⁹. Dispuso el Tribunal, para la restauración del lugar, la presentación por los demandados de un plan de restauración contentivo de un proyecto paisajístico, la adecuación de superficies y taludes, medidas para lograr la restitución del suelo, la restitución de la cubierta vegetal, la restitución de la cubierta forestal, la restitución de la biodiversidad neta y ciertas medidas preventivas. Exigió, además, un programa de seguimiento de al menos cinco años y aclaró que el plan de restauración suponía obtener las autorizaciones correspondientes⁷⁰.

Incluimos este caso en este trabajo, pues por falta de datos con que comparar la situación actual en los pozos con la anterior, no se pudo comprobar un daño efectivo al componente agua. Pero el Tribunal, también aquí, estimó que se generó “un riesgo o peligro derivado de la actividad de extracción de áridos”⁷¹. Estos riesgos habrían sido dos: el “aumento del riesgo de descenso en el nivel de agua de pozos vecinos

67 Tercer Tribunal Ambiental. Sentencia del 15 de mayo de 2018, Rol D-23-2016, considerando primero.

68 *Ibíd.*, considerando trigésimo noveno.

69 *Ibíd.*, considerando cuadragésimo.

70 *Ibíd.*, considerando trigésimo primero, punto dos.

71 *Ibíd.*, considerando vigésimo tercero.

y [el] de contaminación del agua subterránea, al dejar expuesto el nivel freático de las aguas subterráneas”⁷². Agregando que “cualquier deterioro de la calidad del agua afectaría a los predios localizados hacia el este, en el sector de Punta Larga, Frutillar, que es el sentido en el que escurren las aguas subterráneas y eventualmente, en el largo plazo –como sostiene la pericia en comentario– podría alcanzar al lago Llanquihue, que es el lugar de descarga natural de las aguas subterráneas”⁷³.

Sin embargo, frente a este riesgo –y a diferencia de lo constatado en otros casos– no se establecieron medidas para monitorear la calidad de las aguas. El plan de restauración solo exigió que, si se alumbraban aguas subterráneas, es decir, aparecían en la superficie, se debería realizar la adecuación de los taludes contiguos al nuevo cuerpo de agua dejando la mayor parte de la ribera con taludes suaves, entre el 20 % y el 30 %; y que se deberá privilegiar, para esta faena, la redistribución de los estériles que aún permanecieran en el terreno, pudiendo utilizarse también estériles y escombros de otras obras, siempre que se acreditara *la ausencia de elementos*

72 Ibid., considerando trigésimo primero. Adicionalmente, más adelante precisa: “Esta actividad de los Demandados también produjo sendos riesgos de disminución en los niveles de los pozos de extracción de aguas subterráneas aledaños. Al alumbrar las aguas subterráneas, el nivel de las mismas se podría ver alterado en la medida [en] que los Demandados pudiesen extraerlas en periodos de escasez de recarga del acuífero (por ejemplo, en verano o en periodos de poca lluvia). Del mismo modo, la excavación incontrolada de los Demandados permitió la posibilidad de que el agua subterránea pudiese contaminarse con los desechos propios de la actividad extractiva”. (considerando trigésimo tercero).

“Por su parte, mediante la pericia de la profesional geóloga de la Oficina Técnica Puerto Varas de SERNAGEOMIN, al analizar el primero de los elementos que configuran una alteración hidrogeológica, esto es el nivel piezométrico del agua subterránea, se confirmó que no existían antecedentes de una depresión del nivel de agua subterránea que pudiese afectar a los predios vecinos. Sin embargo, dicho informe dio cuenta de un doble riesgo generado por la actividad en cuestión. El primero consiste en que, bajo condiciones de drenaje o uso de agua sin retorno al acuífero, se podría producir el descenso en el nivel de pozos vecinos en algún periodo del año; lo que, por simple lógica y de acuerdo a las razones científicas que sustentan el informe citado, se explicaría causalmente porque las faenas de extracción de áridos han alcanzado el nivel del agua subterránea. En este contexto, este Tribunal comparte las conclusiones de la pericia en comentario, en el sentido [de] que la disminución de las precipitaciones estivales, es un factor relevante –a diferencia de la evapotranspiración– que podría llevar a una disminución en el nivel piezométrico del agua subterránea de toda la zona; y considera que el alumbramiento del acuífero, producto de la excavación[.] podría alterar el nivel piezométrico del acuífero, si es que se extrae agua desde el mismo, lo que podría actuar sinérgicamente con la disminución de la recarga, en caso de que la extracción se realice en periodos estivales o de escasas precipitaciones. / El segundo riesgo causado por la extracción de áridos consiste en la vulnerabilidad del acuífero a la contaminación. En este sentido, la pericia en comentario da cuenta de la existencia de un riesgo al medio ambiente, en su componente agua, generado por las faenas de extracción de áridos. En este sentido, este Tribunal tiene por acreditado que se ha “[...] producido un aumento de la vulnerabilidad a la contaminación del acuífero por remisión de la zona no saturada sobreyacente, lo que implica dejar expuesto el nivel freático”. Es decir, con ello se aumentó la posibilidad de que el acuífero sea contaminado, aunque, como es lógico, cualquier deterioro de la calidad del agua afectaría a los predios localizados hacia el este, en el sector de Punta Larga, Frutillar, que es el sentido en el que escurren las aguas subterráneas y eventualmente, en el largo plazo –como sostiene la pericia en comentario– podría alcanzar al lago Llanquihue, que es el lugar de descarga natural de las aguas subterráneas” (considerando vigésimo tercero).

73 Ibid., considerando vigésimo tercero.

contaminantes. Una vez restaurada la topografía del sector, se debería asegurar la estabilidad de las pendientes mediante técnicas de compactación para evitar que material suelto pudiera ser removido por eventos climáticos como el viento o la lluvia.

Conclusiones

Como ha podido apreciarse, la jurisprudencia en materia de reparación del daño ambiental ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, en relación con varios aspectos en que se han aplicado criterios, que llamaremos pro ambiente, en relación con los tipos de daños a reparar (en especial la consideración no solo al componente o ecosistema afectado sino más bien, a la afectación a los servicios ecosistémicos que presta), o respecto de cuándo se considera “significativo” el daño (lo que no dice relación únicamente con aspectos cuantitativos), la legitimación activa de las personas que han sufrido el daño (aplicando un criterio amplio, como cuando basta residir en el lugar), el plazo de prescripción (especialmente frente a daños que continúan produciéndose) y las presunciones de culpa y de causalidad, cuando se acredita infracción de leyes, reglamentos o resoluciones de calificación ambiental respecto de aquellas disposiciones que trataban de evitar justamente el daño que finalmente se originó. Importante también es que en las condenas por daños ambientales se está considerando al riesgo como parte de este daño, y que las sentencias establecen medidas destinadas a precaver afectaciones futuras. No existe claridad, en cambio, respecto a cuándo un daño ambiental a componentes naturales se entiende como irreparable, pues tampoco existen criterios definidos para comprender cuándo es posible o se ha logrado restablecer la calidad similar o las propiedades básicas del ecosistema o componente afectado. Y esto es fundamental respecto al daño a las aguas subterráneas pues, para el mundo de la hidrología y las ciencias ambientales, este daño se estima generalmente difícil de reparar o irreparable.

Las tendencias descritas también se dan en la mayoría de los casos en que se discutió la existencia de daños ambientales a las aguas subterráneas, si bien en estos casos se hace más evidente que hace falta elaborar criterios para determinar cuándo se trata de un daño reparable o irreparable y, en caso de poderse reparar, cuáles son las medidas de reparación efectivas. Sin duda, la falta de información científica sobre los acuíferos afectados fue determinante para no poder avanzar en medidas más concretas.

Así, en el caso de la Cuenca Pampa del Tamarugal, no obstante que se acreditó el daño ambiental ocasionado en las aguas subterráneas que fueran extraídas por la minera en forma ilegal, y se ordenó reparar dicho daño, en realidad las medidas impuestas por la Corte Suprema en su fallo de 2011 se enfocaron en hacer “cesar” la causa del daño y volver las cosas al estado anterior (cegar los pozos y retirar cañerías, en la superficie), más que en reparar el daño en el acuífero. Nada se ordenó para la reparación propiamente dicha que, como se explicó, supone que el ecosistema dañado recupere al menos sus propiedades básicas, en este caso, el nivel del agua

extraída. Ya señalamos que seguramente aquí el Tribunal determinó que era mejor esperar la recarga natural del acuífero y no imponer medidas inseguras como su recarga artificial.

En el caso contra la Minera Tambillos y otros, donde a juicio del Tribunal no se logró acreditar daño a las aguas subterráneas, a propósito del derrame de relaves en el suelo, encontramos que el fallo dictado en el año 2016 incluyó entre las medidas ordenadas el monitoreo de la calidad de las aguas. Los monitoreos se usan especialmente para poder controlar futuros daños y son una excelente medida preventiva para poder reaccionar de manera oportuna cuando se detecten desviaciones. Sin embargo, acá, además, parece que este monitoreo se enfocó más bien en poder acreditar lo que en el juicio no se logró: que como existía una directa relación entre la contaminación del suelo y el transporte de los contaminantes a las aguas subterráneas; pero dado que este transporte demora en el tiempo, las mediciones permitirían demostrar si estos tóxicos habían contaminado (o contaminarían) las aguas subterráneas. En este último caso sería un gran desafío establecer la manera de proceder a la reparación de ese daño, que solo después de transcurrido cierto tiempo podría comprobarse haberse manifestado.

También la Corte Suprema ordenó monitorear las aguas en el caso de daño ambiental contra la Municipalidad de Nogales, por las descargas ilegales que una planta de tratamiento de aguas servidas hizo en el estero El Garretón. La sentencia, del año 2018, acogió la demanda de reparación del mismo incluyendo solo el daño a las aguas superficiales por contaminación de aguas servidas, pero dispuso, como medida de prevención, la obligación de realizar un monitoreo constante de las aguas superficiales y subterráneas, bajo la vigilancia y fiscalización de la autoridad, para prevenir que el río dejara de prestar el servicio ecosistémico de dar agua para riego, sin implicar un riesgo a la salud de las personas, y para detectar si la contaminación se había trasladado (o se trasladaría) también a las aguas subterráneas.

Finalmente, en el caso de la extracción de áridos, ocurrida en el predio de Germán Kuschel Pohl y otros demandados, en Frutillar, al sur de Chile, el Tercer Tribunal Ambiental acogió la demanda de reparación, dando por acreditado el daño en los componentes suelo, vegetación y paisaje, así como ordenando ejecutar un plan de restauración para restablecer las funciones básicas del hábitat original, mas no en las aguas subterráneas. Y si bien el Tribunal reconoció la existencia de un *riesgo* de descenso del nivel de agua de los pozos vecinos, al igual que un riesgo de contaminación de las aguas subterráneas que podría alcanzar incluso al Lago Llanquihue, no ordenó monitoreos, pero sí impuso la obligación de adecuar los taludes de materiales no contaminantes en caso de que las aguas subterráneas afloraran a la superficie.

A raíz de las soluciones de reparación vistas, cabe preguntarse si en casos como el primero de los analizados, en que se producía una sobreexplotación ilegal de un acuífero, bastaría el solo cese de dicha conducta ilegal para dar por reparado el daño producido, como pareciera ser que lo entendió el sentenciador, o si en efecto existirían otras medidas capaces de reponer la calidad del componente

agua dañado a una similar a la que tenía, o de restablecer al menos sus propiedades básicas.

Más allá de las medidas de “prevención” o “monitoreo” que fueron ordenadas en los otros casos, con las que se coincide, por cierto, parece existir una carencia de condenas de reparación efectivas cuando el daño se causa a las aguas subterráneas. Y seguramente ello ocurre por falta de información científica del ecosistema afectado en el caso concreto y de la relación que tienen las aguas con otros ecosistemas asociados. Creemos que aquí, sin duda, la labor científica resulta primordial en orden a identificar, al menos, qué tipo de daño exactamente se produce en las aguas subterráneas, cuál es su magnitud y cuáles son las medidas concretas, efectivas y realizables, en orden a obtener la reparación del daño ambiental. Para ello será fundamental analizar también la *calidad* con que, por ejemplo, un determinado ecosistema prestaba servicios y cuáles son sus propiedades *básicas*. Por ello entonces, además, la ciencia debiera asumir la tarea de elaborar criterios que sirvan a la tarea judicial de determinar cuándo un daño ambiental a las aguas subterráneas debe estimarse reparable y cuándo, en cambio, es irreparable y procede entonces condenar a su compensación *in natura*.

Referencias

- ANDORNO, L., “Aspectos constitucionales de la protección al medio ambiente”, *Jurisprudencia Ambiental*, Arg., IV, 1998, 9.
- ARÉVALO, F. y MOZÓ, M., “Efectos jurídicos de la declaración de daño ambiental en sede administrativa y sus repercusiones en una potencial declaración”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 46, 2017, pp. 56-68.
- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 2006, 1230.
- BENJAMÍN, A., “A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado”, *Roma e America. Diritto romano comune*, Universidad de Roma “Tor Vergata”, n.º 6, 1998, 129-130.
- BERMÚDEZ, J., *Fundamentos de derecho ambiental*, 2.^a ed., Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014.
- BUSNELLI, F., *Illecito civile (estratto dall’aggiornamento I della Enciclopedia Giuridica 1991)*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991.

- CORRAL TALCIANI, H., “Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de bases del medio ambiente”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 23, n.º 1, 1996, 143-177.
- DELGADO, V., “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XXV, n.º 1, 2012, 47-76.
- DELGADO, V., “Breves reflexiones sobre el daño ambiental en Chile al afectarse ‘servicios ecosistémicos’, con especial referencia a la legitimación activa de tales demandas”, en BARRA, R. y ROJAS J. (coords.), *Desarrollo sustentable. Miradas interdisciplinarias de experiencias en Chile y Brasil*, Concepción, VRIM, 2016, 51-64.
- DELGADO, V.; ARUMI, J. L. y REICHER, O., “Lessons from Spanish and US Law for Adequate Regulation of Groundwater Protection Areas in Chile, Especially Drinking Water Deposits”, *Water Resources Management*, vol. 31, n.º 14, 2017, 4699-4713.
- DELGADO, V. y ARUMI, J. L., “La recarga artificial de aguas subterráneas en el derecho chileno (Parte I)”, [en línea], *El Mercurio Legal*, 2019, disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2019/05/03/La-recarga-artificial-de-aguas-subterraneas-en-el-derecho-chileno-Parte-I.aspx> [Consultado el 7 de junio de 2019].
- DELGADO, V. y ZAPATA, J. F., “Patrimonio cultural y derecho: un nuevo estado de las cosas”, [en línea], *Estado Diario*, 2018, disponible en: <http://estadodiario.com/al-aire/patrimonio-cultural-y-derecho-un-nuevo-estado-de-las-cosas/> [Consultado el 23 de noviembre de 2018].
- FEMENÍAS, J., *La responsabilidad por daño ambiental*, Colección Pedro Lira Urqueta, Santiago, Ediciones UC, 2017.
- GARCÍA, J., *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 416.
- GUZMÁN ROSEN, R., *La regulación constitucional del ambiente en Chile. Aspectos sustantivos y adjetivos. Historia, doctrina y jurisprudencia*, 2.ª ed., Santiago, Abeledo-Perrot, 2010, 357.

PASTÉN, B. y PAROT, G., “Diversificación de la reparación del daño ambiental en Chile: Perspectivas para los planes de reparación”, *Revista Justicia Ambiental*, FIMA, año IV, n.º 4, 2012, 169-190.

SAAVEDRA, R., “La doctrina de la Excma. Corte Suprema en materia de responsabilidad ambiental, en la experiencia del Consejo de Defensa del Estado”, *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, n.º 26, 2011, 151-174.

TISNÉ, J., “Los intereses comprometidos en el daño ambiental. Comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley n.º 20.600”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, vol. 21, n.º 1, 2014, 323-351.

VALENZUELA, R., *El derecho ambiental. Presente y pasado*, Santiago, Jurídica de Chile, 2010, 444.

VALENZUELA, R., “Responsabilidad civil por daño ambiental en la legislación chilena”, *Roma e America, Diritto romano comune*, Universidad de Roma “Tor Vergata”, n.º 11, 2001, 3-19.

VIDAL, Á., “Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley n.º 19.300”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n.º 29, 2007, 119-140.

ZAPATA, J. F., *Hacia una protección amplia del patrimonio cultural en el ordenamiento jurídico chileno*, Concepción, Ediciones Universidad de Concepción, 2017.

Jurisprudencia

Tercer Juzgado de Letras de Iquique, sentencia del 23 de mayo de 2008, Rol 4354-2007.

Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia del 23 de julio de 2009, Rol 728-2008.

Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes, Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia del 15 de septiembre del año 2011, Rol 493-2011.

Consejo de Defensa del Estado contra Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad, Corte Suprema, sentencia del 28 de octubre de 2011, Rol 5826-2009.

Consejo de Defensa del Estado contra la Sociedad de Servicios Generales Larenas Limitada, Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 29 de noviembre de 2014, Rol D-6-2013.

Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 20 de marzo de 2015, Rol D-2-2013.

Tercer Tribunal Ambiental, sentencia del 8 de julio de 2016, Rol D-13-2015.

Inversiones J y B Limitada contra de la Sociedad Contractual Minera Tambillos y otro, Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 24 de agosto de 2016, Rol D-14-2014.

Municipalidad de Maipú y Consejo de Defensa del Estado contra Sociedad Minera La Española Chile Ltda. (actual Sociedad Minera Esparta Limitada.), Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 6 de enero de 2017, Rol D-15-2015.

Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 7 de julio de 2017, Rol D-17-2015.

Consejo de Defensa del Estado contra Sociedad Minera Pampa Camarones S.A., Segundo Tribunal Ambiental, sentencia del 29 de marzo de 2018, Rol D-25-2016.

Corte Suprema, sentencia (de reemplazo) del 2 de abril de 2018, Rol 37.273-2017.

Tercer Tribunal Ambiental, sentencia del 15 de mayo de 2018, Rol D-23-2016.

Comité de Defensa Patrimonial de Los Ángeles (CODEPALA) contra Ilustre Municipalidad de Los Ángeles, Tercer Tribunal Ambiental, sentencia del 16 de noviembre de 2018, Rol D-36-2018.