

**En lo principal**, contesta demanda de reparación del daño ambiental; **en el primer otrosí**, patrocinio y poder; **en el segundo otrosí**, acredita personería; y **en el tercer otrosí**, solicita forma especial de notificación que indica.

TRIBUNAL AMBIENTAL  
SANTIAGO  
30 SEP'19 11:34

**TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO**

**AGUSTÍN MARTORELL AWAD**, abogado, cédula nacional de identidad N° 16.097.006-5, en representación convencional de **Cofradía Náutica del Pacífico**, corporación de derecho privado, rol único tributario N° 70.265.100-K, ambos domiciliados para estos efectos en Av. El Golf 40, Piso 13, comuna de Las Condes, Santiago, en causa Rol N° **D-45-2019**, caratulada "**Comité Comunal Ambiental de Algarrobo con Cofradía Náutica del Pacífico**" a S.S. Ilustre respetuosamente digo:

Que, encontrándome dentro del plazo legal, vengo en contestar la demanda de daño ambiental interpuesta en contra de **Cofradía Náutica del Pacífico** (en adelante, la "Cofradía"), presentada por el Comité Ambiental Comunal de Algarrobo (en adelante, el "Comité Demandante") con fecha 23 de julio de 2019.

Como se expondrá a lo largo del presente escrito de contestación, la Cofradía refuta cada uno de los argumentos señalados por el Comité Demandante y, en este acto, solicita al Tribunal Ambiental de Santiago que rechace totalmente la demanda, condenando expresamente al Comité Demandante en costas.

I. ANTECEDENTES GENERALES

A. Estructura de la presentación

La presente contestación de la demanda, se estructura de la siguiente manera:

I. ANTECEDENTES GENERALES	2
A. Estructura de la presentación	2
B. Sobre la Cofradía	4
C. Sobre la Política Oceánica Nacional de Chile	6
D. La demanda de daño ambiental	7
E. Del plazo para contestar la demanda de daño ambiental	7
II. LOS HECHOS QUE SE DESCRIBEN EN LA DEMANDA SON FALSOS	9
A. La Cofradía lleva a cabo sus actividades amparada en actos administrativos que la autorizan	9
B. El rol del canalizo es absolutamente marginal y contraproducente a los fines de protección al medio ambiente	12
C. Sobre la declaración de Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños	13
D. Sobre supuestas actividades ilícitas relativas al cuidado de pingüinos	17
E. Las medidas que ha adoptado y adopta la Cofradía	20
(i) La Cofradía adopta y ha adoptado medidas de desratización.	20
(ii) La Cofradía instaló y mantiene una reja para evitar el acceso al Santuario	20
(iii) La Cofradía mantiene un protocolo para reportar anomalías	21
(iv) La Cofradía cuenta con un sistema de disposición de basuras	21
(v) La Cofradía monitorea periódicamente la calidad de las aguas de la marina	21
(vi) La Cofradía ha participado en la Mesa Técnica de Trabajo	21
(vii) La Cofradía apoya un sistema de riego para el Islote Pájaros Niños	22
III. CONSIDERACIONES DE DERECHO: CUESTIONES PRELIMINARES	23
A. La acción no puede prosperar por falta de legitimación pasiva	23
B. La acción ejercida se encuentra prescrita	26
(i) Prescripción de la acción de daño ambiental	26
a. El plazo de prescripción es de 5 años	26
b. El cómputo del plazo es desde la “manifestación evidente”	27
(ii) ¿Desde cuándo debe considerarse que se manifestó de manera evidente el supuesto daño en el presente caso?	29
a. Respecto del componente biodiversidad, la acción se encuentra prescrita	29

b. Respetto de los componentes suelo y paisaje, la acción se encuentra prescrita	
32	
IV. CONSIDERACIONES DE DERECHO: NO SE CONFIGURAN LOS PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL	34
A. No hay una acción imputable a la Cofradía	34
B. No existe culpa ni dolo en el actuar de la Cofradía	36
(i) Inaplicabilidad de la presunción de culpabilidad	37
a. Supuesta infracción al art. III de la Convención de Washington de 1940	37
b. Supuesta infracción al Convenio sobre la Biodiversidad Biológica; Ley N° 19.473 de Caza y D.S. N° 5 de 1996 que establece el Reglamento de la Ley de Caza; Decreto N° 38 del 7 de mayo de 2012 sobre Reglamento General de Mamíferos, Reptiles y Aves Hidrobiológicas	38
c. Supuesta infracción a obligaciones contenidas en DS N° 1132 de 1977 que otorga concesión marítima a la Cofradía y DS N° 263 de 1997 que renueva la concesión	39
d. Supuesta infracción al art. 31 inc. 3 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales	41
e. Inaplicabilidad de la Ley N° 17.288 sobre terrenos de la concesión marítima	43
(ii) Del reproche subjetivo realizado a Cofradía Náutica del Pacífico	45
C. No existe una relación de causalidad entre la supuesta acción de la Cofradía y el daño que se alega	47
(i) El nexo de causalidad debe ser acreditado por quien alega el daño ambiental	47
(ii) Inexistencia del vínculo causal entre actuar de Cofradía Náutica del Pacífico y el supuesto daño perpetrado en Islote Pájaros Niños	50
a. Disminución poblacional del pingüino de Humboldt	50
b. Disminución cobertura vegetal	57
c. Supuesto daño al componente suelo	57
d. Supuesto daño al componente paisaje	59
D. Supuestos daños imputados a la Cofradía	60
(i) No se cumple la exigencia legal de significancia del daño ambiental	62
a. Respetto del daño al componente biodiversidad	64
b. Respetto del daño al componente suelo, cobertura vegetal del Islote	66
c. Respetto del daño al componente paisaje	67
V. LAS MEDIDAS REQUERIDAS POR LA DEMANDANTE SON INEFICACES PARA LA FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN AMBIENTAL	69

A. Elaborar un Plan de Desconexión del Islote que implique la destrucción total del pedraplén de conexión y del pedraplén del costado Este del Islote, y ejecutar el Plan de Desconexión \_\_\_\_\_ 69

B. Ejecutar un Plan de Desratización \_\_\_\_\_ 70

C. Elaborar y Ejecutar un Plan para la eliminación de Lagomorfos *del Islote* \_\_\_\_\_ 70

D. Reforestación del Islote \_\_\_\_\_ 71

E. Construir un mirador de aves en las instalaciones de la Cofradía \_\_\_\_\_ 71

F. Reparar supuestos daños provocados al borde costero en la zona sur y zona norte de la Isla \_\_\_\_\_ 72

G. Financiar el Plan de Administración y Manejo del Santuario que sea ejecutado por la Ilustre Municipalidad de Algarrobo \_\_\_\_\_ 72

**B. Sobre la Cofradía**

La Cofradía es una institución deportiva, sin fines de lucro, fundada el 22 de agosto de 1967, cuyos objetivos principales son el fomento de las actividades náutico-deportivas y el conocimiento de los intereses marítimos del país.

Durante más de 40 años de historia, la Cofradía ha sido anfitriona, formadora, impulsadora, testigo y principal centro de entrenamiento deportivo para la navegación amateur y de alta competencia de nuestro país. En sus instalaciones en Algarrobo se han escrito muchas de las más importantes páginas de la navegación a vela de Chile.

Desde la creación de la Marina de Algarrobo, uno de los principales objetivos de la Cofradía ha sido lograr la incorporación plena de la familia a este ambiente deportivo, náutico y social y mantener relaciones con diferentes instituciones afines, en un plano de reciprocidad.

La Cofradía, junto con el Club de Yates de Algarrobo, que tiene más de siete décadas de existencia, le dan a Algarrobo la condición de la Capital Náutica de Chile, ya que la inversión y desarrollo de su infraestructura permite la realización en esta comuna del mayor número de regatas del país, tanto en competencias nacionales como internacionales, de todas las clases y categorías, aprovechando así las excelentes condiciones de su bahía para el deporte náutico. En efecto, la Cofradía ha sido sede de diferentes campeonatos sudamericanos desde 1995 y se espera que juegue un rol importante en los futuros juegos panamericanos.

Cabe destacar que conscientes de la condición de país marítimo, la Cofradía, desde su creación, se fijó como meta no tan solo incentivar los deportes náuticos y desarrollar la infraestructura de apoyo necesaria para esos fines, sino también fomentar la educación y el conocimiento de los valores patrimoniales y culturales relacionados con el mar, conforme lo contempla la Política Oceánica Nacional, contribuyendo así a la promoción de la conciencia marítima, a través de su invitación a la comunidad en general al conocimiento cabal de lo que el mar significa para Chile.

Muestra de lo anterior son las diferentes instancias de participación de la comunidad, como visitas, corridas familiares, apoyo a programas municipales para adultos mayores, cursos de verano para niños, entre otras actividades que la comunidad de Algarrobo ha reconocido. Además, el año 2017 la Cofradía, en el contexto de los 50 años de su fundación, inauguró un paseo peatonal destinado al uso y beneficio de la comunidad de Algarrobo, en trabajo coordinado con la I. Municipalidad de Algarrobo.

Otro aspecto que debe señalarse, es que, producto de la calidad de la infraestructura disponible, la Cofradía se ha transformado en un refugio para los botes de los pescadores artesanales de Algarrobo, en casos de las cada vez más frecuentes marejadas y condiciones climáticas extremas. Con ello, la Cofradía ha contribuido a evitar pérdidas económicas relevantes a los trabajadores de la zona.

La Cofradía se ha propuesto apoyar a la Autoridad Marítima de manera constante. En particular, uno de sus objetivos es colaborar con la Capitanía de Puerto de Algarrobo en su estratégico rol de salvaguardar la vida humana en el mar. Esta importante labor se realiza permitiéndole la estadía permanente a la lancha de patrullaje y rescate de la Armada de Chile en la marina de la Cofradía. Asimismo, la Cofradía pone a disposición de la Autoridad Marítima sus instalaciones para realizar labores de mantención. Además de lo anterior, la Cofradía apoya a la Escuela Naval “Arturo Prat Chacón” de la Armada de Chile en sus actividades de formación náutica de los cadetes, permitiendo la estadía permanente y sin costos, de veleros del plantel formador de Oficiales en la marina de la Cofradía.

Sin perjuicio de que este tema será abordado más adelante, se debe señalar desde ya que la Cofradía ha tenido y tiene una constante preocupación por el medio ambiente y, particularmente, por el Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños. En efecto, además de las medidas que se mencionarán a lo largo de este escrito, se debe mencionar que, desde el año 2017, la Cofradía participa como invitado en la Mesa Técnica para la implementación del Plan de Manejo del Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños, compuesta por autoridades gubernamentales y de medio ambiente, con el fin de fortalecer el cuidado de la flora y avifauna del Islote y áreas aledañas.

De esta manera, desde sus orígenes, la Cofradía ha formado parte del patrimonio y la cultura de la comunidad de Algarrobo, contribuyendo a sus vecinos y al cuidado del entorno y el medio ambiente.

### C. Sobre la Política Oceánica Nacional de Chile

Con fecha 12 de mayo de 2018, fue publicado en el Diario Oficial, el Decreto Supremo N° 74, del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el cual se aprueba la Política Oceánica Nacional de Chile. En este instrumento de política pública se establecen una serie de criterios que están estrechamente vinculados con el quehacer de la Cofradía. Por ejemplo, se establece como objetivo *“promover la conciencia y comprensión pública sobre el océano, fortaleciendo los vínculos que poseen los ciudadanos con el mismo.”*<sup>1</sup>

Del mismo modo, la Política Oceánica Nacional, haciendo referencia a la nueva Ley de Turismo, señala que *“el turismo constituye una actividad estratégica para el desarrollo del país, siendo prioritaria dentro de las políticas de Estado, por lo que éste deberá promoverla de modo armónico e integral, impulsando su crecimiento sustentable en conformidad con las características de las regiones, comunas y localidades del país.”*<sup>2</sup> Dentro de las acciones que se encuentran para fomentar el desarrollo de la actividad turística en el instrumento antes indicado, se encuentra llevar a cabo proyectos de desarrollo en zonas costeras con potencial para distintas actividades turísticas, potenciar el desarrollo de deportes náuticos a todo nivel, en coordinación con autoridades nacionales, regionales y locales, desarrollar infraestructura de apoyo para las prácticas deportivas náuticas en general y fomentar la educación y el conocimiento de los valores

---

<sup>1</sup> Política Oceánica Nacional de Chile. P. 16.

<sup>2</sup> Ídem. P. 38

patrimoniales y culturales del país relacionados con el mar y los océanos, como potencial turístico.

Como puede apreciarse a simple vista, la Cofradía y la infraestructura asociada a ésta es esencial para el desarrollo y avance de una política pública diseñada por el Estado de Chile, pues los principios y acciones de dicha institución, tal como fueron descritos precedentemente, son una evidente manifestación de la concreción de dicha política.

#### **D. La demanda de daño ambiental**

Con fecha 23 de julio de 2019, el Comité Demandante presentó una demanda de declaración y reparación de daño ambiental. En ella, mediante una serie de declaraciones no ajustadas a la realidad o derechamente falsas, se afirma que la Cofradía sería responsable de haber causado daño ambiental en el Islote Pájaros Niños y en su ambiente circundante.

Para hacer frente al supuesto daño ambiental que habría causado la Cofradía, el Comité Demandante propone, entre otras cosas, y sin siquiera reflexionar sobre los impactos ambientales que podría generar la implementación de tal medida, la desconexión del Islote Pájaros Niños. Además, propone una serie de medidas que asumen que el Islote Pájaros Niños es administrado por la Cofradía, pese a que la demanda reconoce a lo largo de toda su extensión, que la administración del Santuario de la Naturaleza denominado Islote Pájaros Niños no corresponde a la Cofradía.

Las alegaciones del Comité Demandante carecen de sustento fáctico y contienen imprecisiones normativas serias. Como se verá a lo largo de este escrito, el Tribunal Ambiental no puede sino desechar la demanda presentada.

#### **E. Del plazo para contestar la demanda de daño ambiental**

De acuerdo con el artículo 33 de la Ley N°20.600, declarada admisible la demanda se conferirá traslado a la demandada por el plazo de quince días. Este plazo se aumentará en los términos de los artículos 258 y 259 del Código de Procedimiento Civil. En ningún caso podrá exceder de treinta días.

El artículo 259 del Código de Procedimiento Civil establece que, si el demandado se encuentra en un territorio jurisdiccional diverso o fuera del territorio de la República, el término para contestar la demanda será de dieciocho días, a lo que se suma la tabla de emplazamiento del lugar donde fue notificado el demandado. Este aumento será determinado en conformidad a una tabla que cada cinco años formará la Corte Suprema con tal objeto, tomando en consideración las distancias y las facilidades o dificultades que existan para las comunicaciones.

De acuerdo con estas normas, el plazo para contestar la demanda de autos es de 15 días hábiles, contado desde la fecha de notificación de la demanda. La demanda de daño ambiental fue notificada a la Cofradía con fecha 11 de septiembre de 2019. En consecuencia, el plazo para contestar la demanda vence el día 2 de octubre de 2019, a las 23:59 horas.

De esta manera, y encontrándome dentro de plazo para contestar la demanda de daño ambiental, paso a desvirtuar cada uno de los argumentos esgrimidos por el Comité Demandante.



## **II. LOS HECHOS QUE SE DESCRIBEN EN LA DEMANDA SON FALSOS**

### **A. La Cofradía lleva a cabo sus actividades amparada en actos administrativos que la autorizan**

La Cofradía, como se señaló, es una corporación de derecho privado. Su objeto es fomentar en Chile y en el extranjero las actividades náuticas deportivas en el Océano Pacífico, el conocimiento y la comprensión de los intereses marítimos y fomentar el conocimiento de lo que representa para el país su territorio marítimo y zonas adyacentes.

Con fecha 9 de diciembre de 1977, el Ministerio de Defensa otorgó una concesión de un sector de terrenos de playa, playa y fondos de mar, en Algarrobo, a la Cofradía. En ella se autorizó al titular a habilitar un puerto para embarcaciones deportivas y se consideraba preliminarmente la construcción de un canalizo de 5 metros de ancho, con un molo de defensa para dicho canalizo.

Sin embargo, por la imposibilidad técnica que ello significaba y bajo el conocimiento y aquiescencia de las autoridades de la época, la construcción no consideró el canalizo. Todo lo anterior, además, fue debidamente regularizado mediante el Decreto N° 263 de 20 de noviembre de 1997, mediante el cual se otorgó la primera renovación de concesión marítima en Algarrobo, a la Cofradía. A continuación, se analizarán cada uno de los puntos relevantes sobre esta materia.

Sobre la viabilidad técnica, el Informe sobre Marina Algarrobo Cofradía Náutica del Pacífico del ingeniero civil Julian Ocqueteau, experto en obras portuarias, fechado en octubre de 2017 señala que, a partir de la modelación de olas se puede otorgar una aproximación numérica del flujo volumétrico de agua que se produce por la creación de la abertura en los muros de la marina. De acuerdo con esa modelación, *“se concluye que debido a que el periodo de la ola fue estimado en 16 segundos, se produce un ingreso del orden de 600 metros cúbicos de agua, provocando categóricamente una importante perturbación en la poza ya que el agua tal como ingresa debe salir con esa frecuencia de 16 segundos lo que transforma las aguas de la poza, pasando éstas de ser tranquilas a condiciones*

*de aguas perturbadas, turbulentas o agitadas.”<sup>3</sup> Continúa el informe señalando que “por todo lo anterior, puedo asegurar que cualquier apertura que se llegase a concretar en el molo sur destruiría la única marina con características como las que cuenta nuestro país en el litoral del pacífico sur.”<sup>4</sup>*

Así, si el objetivo era construir una marina -tal como lo indica el Decreto Supremo N°1132, que otorga originalmente la concesión, esto sólo podía realizarse sin el canalizo de 5 metros que se estimó inicialmente, por lo que conjuntamente con el Estado se trabajó en una solución alternativa. De hecho, ya en 1979 en un intercambio entre el Ministro Director de la Oficina de Planificación Nacional (ODEPLAN) el entonces Director de ODEPLAN señalaba que *“en relación a la controversia suscitada el año pasado, sobre si la construcción de una marina para deportes náuticos que uniría la rada sur de Algarrobo con el Islote Pájaros Niños, sería o no perjudicial para para la población de pingüinos que en ella habita, comunico a US. Lo siguiente: El jueves 18 de enero del presente año y con el objeto de verificar las condiciones ecológicas en que se encuentran estas aves en su época de reproducción, se realizó una inspección de dicho islote constituida por el Sr. Manuel Cubillos, Director de la División de Protección de Recursos Naturales del SAG (DIPROREN), el Sr. Ricardo Kuschel, experto en aves marinas de dicho organismo y el Sr. Rolf Behncke, experto en ecología y sectorialista del Medio Ambiente de ODEPLAN. Este grupo de profesionales ha concordado en que las condiciones ecológicas en que se encuentran las aves marinos son óptimas verificando la presencia de polluelos de pingüinos a escasos metros de la reja de aislamiento que se puso en la isla y la nidificación de aves marinas en el roquerío mismo formado por el molo de la marina construida, lo cual hace concluir que la prohibición absoluta de visitantes a la isla ha sido la mejor protección efectiva que se les haya podido brindar a estas aves.”<sup>5</sup>*

Del mismo modo, y en respuesta al Ordinario antes citado, el Ministro de Agricultura de la época señaló que *“las observaciones realizadas en el terreno mismo a las que se hace referencia en el documento que US. tuvo a bien remitirse, junto con estos otros aspectos recién expuestos son atribuibles a las medidas de protección tomadas hasta la fecha, que, por el solo hecho de impedir el libre acceso del público al lugar, han favorecido la reproducción y la*

<sup>3</sup> Ocqueteau, J. Informe sobre Marina Algarrobo Cofradía Náutica del Pacífico. Octubre de 2017

<sup>4</sup> Ídem.

<sup>5</sup> Ordinario N° 310 ODEPLAN de fecha 29 de enero de 1979.

presencia de las distintas especies que ahí se encontraban expuestas a la acción predatoria del hombre y de los animales domésticos que acompañaban a los visitantes del islote."<sup>6</sup>

Así, resulta evidente que, con la venia de las autoridades de la época y con el respaldo de que las medidas adoptadas para proteger el medio ambiente fueron adecuadas, se construyó un proyecto viable y responsable con el medio ambiente. Como veremos, todo esto fue ratificado y regularizado mediante la primera renovación de la concesión marítima.

Con fecha 20 de noviembre de 1997, mediante el Decreto N° 263 del Ministerio de Defensa, se renovó la concesión marítima de la Cofradía. El sector de terreno de playa y playa (rellenos) otorgado en esta renovación están conformados por dos lotes y tienen una superficie total de 9.878 m<sup>2</sup>, inscrito a nombre del Fisco, en mayor extensión, en el Conservador de Bienes Raíces de Casablanca. Como ya había sido coordinado con las autoridades precedentes, en esta renovación - esto es, en 1997- se incorporó al decreto de concesión el molo tal como fuera construido, reconociendo la necesidad técnica y las comunicaciones anteriores con la autoridad sobre esta materia. El plano que se adjunta a esta renovación evidencia el conocimiento y aceptación por parte de la autoridad del proyecto, tal como fue construido.

Así, cuando el Comité Demandante sugiere que estas obras no fueron realizadas conforme a derecho, ignora completamente la historia de las obras construidas. Por otra parte, olvida mencionar que desde hace más de 20 años hay un decreto que reconoce y valida las construcciones realizadas por la Cofradía.

Además, sobre este punto la demanda contiene afirmaciones completamente infundadas y carentes de respaldo técnico. Por ejemplo, la idea de que la conexión del molo impediría la "oxigenación de las aguas de una entera parte de la bahía".<sup>7</sup> Sería interesante que la demandante pruebe lo anterior. Luego, la demandante señala que, la construcción de los molos habría contribuido a la erosión del Islote,<sup>8</sup> lo cual, evidentemente, y como se explicará más adelante en el presente escrito, ignora que la erosión es muy probable que se deba a la acidez de las heces de los pelícanos y no a la construcción del molo. Dada la ligereza

---

<sup>6</sup> Ordinario N° 130 del Ministerio de Agricultura de fecha 8 de febrero de 1979.

<sup>7</sup> Fs 298.

<sup>8</sup> Fs. 299.

de las afirmaciones de la demanda, ni siquiera se detienen a explicar la causalidad.

**B. El rol del canalizo es absolutamente marginal y contraproducente a los fines de protección al medio ambiente**

Se debe señalar que la idea original de mantener un canalizo entre el Islote y las obras de la concesión, se basaba en una estimación técnicamente errada del rol que jugaba el canalizo original de 150 metros. En efecto, los oceanógrafos Alfonso Campusano Osoreo y Rolando Kelly Jara en informe fechado en diciembre de 1977 abordan este punto.<sup>9</sup> En concreto, en dicha fecha los autores identifican como una de las razones de oposición al proyecto, aquella que decía *“que por el canalizo de 150 mts. de ancho y 3 mts. promedio de profundidad penetra una fuerte corriente fría, cargada de vida microscópica y es a la vez vía obligatoria de las migraciones periódicas de la fauna ictícola que penetra en la Bahía de Algarrobo, proporcionando abundante pesca tanto a pescadores profesionales como a aficionados.”*

Al respecto, la respuesta de los autores fue categórica, dando cuenta de que la aseveración no tenía respaldo científico alguno. Señala la referida respuesta que *“[...] se destaca el hecho que la boca de la Rada de Algarrobo se extiende desde Punta Rincón hasta Peña Blanca con más de 6 km. de longitud, en tanto el canalizo tiene sólo 150 metros de ancho, lo que ya da una idea sobre lo desproporcionado de la suposición sobre la importancia de este canalizo. Por otra parte, el Instituto Hidrográfico de la Armada conforme a lo que legal y reglamentariamente le corresponde informar en esta materia, ha manifestado por oficio N° 13.200/83 del 18 de noviembre de 1977 que respecto de los vientos, mareas, corrientes, oleajes, sondajes y detalles del fondo del mar del lugar en el que se instalarán las obras, no encuentra objeciones que formular a la construcción del referido molo. Se destaca notoriamente del estudio técnico oceanográfico del área, que en la zona del islote Pájaros Niños, cuando la marea sube, la circulación en la ensenada El Canelillo es ciclónica, no presentándose componente a través del canalizo, en tanto que en los periodos de bajamar el flujo rota con un radio de giro mucho mayor arrastrando las aguas hacia afuera del Islote Pájaros Niños, lo que implica que en la zona del canalizo la corriente es cercana a cero.”*

---

<sup>9</sup> Campusano, A. y Kelly R. Proyecto Marina de Algarrobo. Antecedentes de su construcción. Diciembre 1977.

En el mismo sentido, se señalaba que la construcción del molo de abrigo pondría en peligro la existencia de la avifauna pues permitiría el acceso de personas al Islote Pájaros Niños, a lo que detalladamente el informe antes citado respondía que *“el molo fue concebido como una protección contra los vientos predominantes en la región y no como un acceso al islote, paso que estaría no sólo prohibido, sino que además clausurado mediante una estructura adecuada. El islote es de fácil accesibilidad por una rada natural que se abre del lado sur del mismo, lugar aprovechado por veraneantes y pescadores para desembarcar, extraer los huevos y crías de los pingüinos y dar muerte a decenas de ellos con el fin de usarlos como carnada en la pesca con anzuelo, hecho ampliamente conocido en la zona. Por otra parte, la falta de todo censo anterior de estas aves no permite indicar si la población en dicho islote es numéricamente estable en épocas de reproducción o si está en algún periodo de descenso provocado por causas anteriores y que nada tienen que ver con el proyecto de defensa. Además se pudo apreciar en la visita al islote que casi la totalidad de los nidos están hechos en roca virgen sin presentar la más mínima composición de material orgánico. El proyecto, al clausurar y controlar la única vía de acceso al islote, esto es, por la rada sur, prohibiendo todo paso hacia él, estaba dando la única posibilidad real de proteger efectivamente la población de pingüinos de la depredación causada en ellos por el hombre. Esto fue ratificado por un informe del Instituto de Ecología y Evolución de la Universidad Austral, y por el Informe del SAG N° 1247 del 7 de octubre de 1977.”*

De esta manera, resulta que (i) el canalizo original de 150 metros que separaba el islote de la orilla de playa tiene un impacto sólo marginal en el ecosistema en el que se encuentra; y (ii) la construcción del molo fue finalmente favorable para el resguardo y protección del medio ambiente, ya que hay evidencia de que en 1977, previo a las obras, existía fácil acceso de personas al Islote, lo que permitía afectar los huevos y crías de pingüino, por ejemplo, para fines de pesca.

### **C. Sobre la declaración de Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños**

Dentro de las pocas afirmaciones exactas que contiene la demanda, se encuentra que la declaración de santuario de la naturaleza del Islote Pájaros Niños ocurrió con posterioridad al acto emanado por el Estado que otorgó la concesión marítima para la construcción de las instalaciones de la Cofradía.

El Decreto N° 622, emitido por el Ministerio de Educación Pública, de fecha 29 de junio de 1978, señala que *“declárase Santuario de la Naturaleza el Islote Pájaros Niños ubicado en la Comuna de Algarrobo, provincia de San Antonio, Va. Región, exceptuándose la concesión otorgada por Decreto Supremo de Defensa Nacional N° 1132, de 9 de diciembre de 1977, a la Cofradía Náutica del Pacífico Austral, de un sector de terrenos de plata, playa y fondos de mar, individualizados en el Decreto de Concesión.”*

A partir de esta declaración, la demandante, con un exceso de creatividad, afirma que *“la declaratoria de santuario de la naturaleza del Islote agrava la responsabilidad que ya le había sido impuesta en el decreto de concesión”* asumiendo que, en adelante, la Cofradía tenía una *“obligación general de protección del entero santuario de modo que, sin la autorización correspondiente, no está permitido, de acuerdo al artículo 31 inciso 3° de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, iniciar trabajos de construcción o excavación, ni desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural.”*<sup>10</sup>

Es interesante detenerse en esta idea porque refleja muy bien el grado de confusión o mala fe de la demandante.

El primero de los artículos de la ley que cita la demandante dice lo siguiente: *“Son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado, los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antro-po-arqueológicos, paleontológicos o de formación natural, que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia; los santuarios de la naturaleza; los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, coronas, inscripciones y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo. Su tuición y protección se ejercerá por medio del Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma que determina la presente ley.”*<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Fs. 304.

<sup>11</sup> Art. 1 Ley 17.288, que legisla sobre monumentos nacionales; modifica las leyes 16.617 y 16.719; deroga el Decreto Ley 651, de 17 de octubre de 1925

Como se puede apreciar, en ningún caso la declaración de Santuario de la Naturaleza significa *agrar la responsabilidad* de mi representada como titular de la concesión, pues, al contrario de lo que el Comité Demandante sugiere, dicha declaración es un acto administrativo mediante el cual el Estado manifiesta su voluntad de hacerse cargo de la tuición y protección de un lugar por considerar que tiene un valor cultural determinado. Así, la declaración de Santuario de la Naturaleza no es un “*agravante de responsabilidad*”, sino que, precisamente, y sin perjuicio de la colaboración que la Cofradía ha prestado voluntariamente y que será analizada más adelante, excluye la responsabilidad del administrado, en este caso, la Cofradía.

Además, la cita al inciso tercero del artículo 31 de la Ley sobre Monumentos Nacionales constituye una falacia argumentativa grave, pues selecciona antojadizamente el contenido de la norma y, curiosamente, omite un fragmento esencial para entender el alcance de la norma en la cita sin siquiera indicárselo al lector. Así, el ejercicio que corresponde acá es revisar el artículo 31 citado, el cual dispone que:

*“Son santuarios de la naturaleza todos aquellos sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología, o que posean formaciones naturales, cuyas conservaciones sea de interés para la ciencia o para el Estado. Los sitios mencionados que fueren declarados santuarios de la naturaleza quedarán bajo la custodia del Ministerio del Medio Ambiente, el cual se hará asesorar para los efectos por especialistas en ciencias naturales. No se podrá, sin la autorización previa del Servicio, iniciar en ellos trabajos de construcción o excavación, ni desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural. Si estos sitios estuvieren situados en terrenos particulares, sus dueños deberán velar por su debida protección, denunciando ante el Servicio los daños que por causas ajenas a su voluntad se hubieren producido en ellos. La declaración de santuario de la naturaleza deberá contar siempre con informe previo del Consejo de Monumentos Nacionales. Se exceptúan de esta disposición aquellas áreas que, en virtud de atribución propia, el Ministerio del Medio Ambiente declare Parques Nacionales o tengan tal calidad a la fecha de publicación de esta ley. La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con multa de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales.”*

Si se lee correctamente el artículo citado lo primero que se desprende es que la custodia de los santuarios de la naturaleza corresponde al Ministerio del Medio Ambiente. Esto quedó así luego de la reforma a la institucionalidad ambiental llevada a cabo mediante la Ley N° 20.417. De esta manera, y una vez más queda en evidencia, que la responsabilidad sobre el Islote Pájaros Niños recae en la Administración del Estado.

En segundo lugar, en el párrafo tercero de fojas 304 de la demanda, se señala que el citado artículo dispone que no está permitido “*iniciar trabajos de construcción o excavación, ni desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera actividad que pudiera alterar su estado natural.*”<sup>12</sup> Sin embargo, tal vez por descuido, la demandante omitió que la norma dispone otra cosa. En efecto, y tal como se señala más arriba, la restricción de la realización de actividades es en el Santuario de la Naturaleza, pues la norma dice que “*no se podrá, sin la autorización previa del Servicio, iniciar en ellos trabajos de construcción o excavación, ni desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural.*” La Cofradía ha cumplido a cabalidad esta disposición, pues no ha efectuado construcción o excavación alguna en el Santuario, ni tampoco desarrollado actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra. Cabe recordar que el Decreto que declaró Santuario de la Naturaleza el Islote, exceptuó expresamente la concesión otorgada a la Cofradía. De hecho, a la fecha, no ha sido sancionada por ninguna autoridad con competencia sobre el Islote por esta materia.

En tercer lugar, ratifica esta interpretación el hecho de que la misma norma regule la situación especial en la que se encuentran los Santuarios de la Naturaleza ubicados en terrenos privados. Sólo en ese caso sus dueños deben velar por su protección, por lo que, a *contrario sensu*, en aquellos casos en que se trata de un bien nacional de uso público, no corresponde que se configure una carga al administrado.

Lo anterior, naturalmente, no significa que la Cofradía no se haya preocupado por el resguardo del Islote Pájaros Niños, cuestión que será demostrada más adelante, sólo significa que esa preocupación es manifestación de un interés genuino por el cuidado del medio ambiente y no una obligación de carácter legal.

---

<sup>12</sup> Fs. 304.



De esta manera, resulta evidente que, la demandante, producto de un descuido en su transcripción, malinterpretó la norma que citó para justificar una supuesta responsabilidad de la Cofradía.

**D. Sobre supuestas actividades ilícitas relativas al cuidado de pingüinos**

Al igual que en el caso anterior, la demanda sobre este tema omite cuestiones fundamentales para hacer acusaciones ligeras y completamente alejadas de la realidad. En una sección referida a una supuesta matanza de pingüinos que habría sido realizada por personas relacionadas a la Cofradía, la demandante intenta configurar un caso de responsabilidad de la Cofradía. Sin perjuicio que a lo largo de este escrito detallaremos los antecedentes del caso, vale la pena detenerse por un momento en lo siguiente: los antecedentes para fundar una supuesta responsabilidad de la Cofradía en esta sede, corresponden a una causa penal respecto de la cual se dictó sobreseimiento definitivo y a una solicitud de término de concesión que no fue acogida. Como bien entenderá este Tribunal Ambiental, fundamentar una acusación en dos hechos que evidencian precisamente lo contrario a lo indicado en la acusación, es simplemente inaceptable como un estándar mínimo de justificación.

Respecto de lo primero, el Comité Demandante confirma que la causa terminó por suspensión condicional del procedimiento.<sup>13</sup> El mecanismo de suspensión condicional del procedimiento es, en términos generales, un acuerdo entre el Ministerio Público y el imputado, aprobado por un juez, que sólo aplica respecto de ciertos casos. Como institución, ha sido criticada por constituir “*una respuesta de carácter sancionatorio impuesta a una persona que no ha sido todavía declarada culpable con todas las garantías del debido proceso (...)*”<sup>14</sup> De esta manera, lo primero que debe tenerse en consideración es que mediante la suspensión condicional del procedimiento no se dan por ciertos los hechos de una imputación de un ilícito penal. Entender lo contrario, que es lo que sugiere la demandante, atenta contra principios básicos de un Estado democrático de Derecho, como la presunción de inocencia, el debido proceso, entre otros.

Pero eso no es todo lo que puede decirse -aunque sí es suficiente para descartar la validez de la premisa fáctica sobre la cual descansa la demanda-. Es necesario

---

<sup>13</sup> Fs. 306

<sup>14</sup> Horvitz, M.I y López J. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2007. P. 552.

adicionalmente referirse en dos líneas a los efectos jurídicos de la suspensión condicional del procedimiento en el proceso penal. El efecto de la suspensión condicional del procedimiento, si se cumplen las medidas adoptadas -como fue el caso- producen la extinción de la acción penal de pleno derecho debiendo el tribunal de oficio o a petición de parte dictar el sobreseimiento definitivo.<sup>15</sup> Los casos en los que el sistema procesal penal contempla el sobreseimiento definitivo son los siguientes: (i) cuando el hecho no es constitutivo de delito; (ii) cuando aparezca de manifiesto la inocencia del imputado; (iii) cuando el imputado se encuentra exento de responsabilidad penal; (iv) cuando se haya extinguido la responsabilidad penal; (v) cuando sobrevenga un hecho eximente de responsabilidad penal; y (vi) cuando el hecho del que se trata ha sido materia de un procedimiento penal respecto del mismo imputado en el cual exista sentencia firme.<sup>16</sup> Así las cosas, pareciera que el sobreseimiento definitivo da cuenta más bien de circunstancias en donde no se configura responsabilidad penal. Nuevamente, cabe señalar que la demanda no demuestra conocimiento alguno por el sistema de imputación penal.

Otra cosa llamativa de la narración de los hechos en la demanda, es que basa toda la información en lo que denomina Informe Técnico N° 72. Este informe de BIDEMA, de fecha 31 de enero de 2012, concluye señalando *“consecuente con lo anterior, se solicita a esa Fiscalía una instrucción particular para recolectar estudios del mencionado Santuario de la Naturaleza, con la finalidad de determinar si la disminución considerable de pelícanos y pingüinos (especie vulnerable), se debe sólo a factores antropogénicos o también a factores naturales del lugar (...)”*.<sup>17</sup> Lo interesante de esto es que la demanda da por ciertos hechos que ni siquiera el texto que cita lo hace.

Pero, nuevamente, eso no es todo respecto de este punto. La demandada, en otro descuido, omitió referirse a los resultados de esa investigación contenidos en el Informe BIDEMA N° 335, de fecha 20 de mayo de 2013. En éste se señala, en la página 3, que la disminución de pelícanos podría deberse a lo siguiente: *“Uno. Dos eventos de precipitaciones que podrían haber afectado la nidificación, ya que al mojarse los adultos tienden a abandonar sus nidos, siendo los huevos depredados por gaviotas o se enfrían causando la muerte del embrión. Dos. La asincronía en la nidificación, ya que las posturas de huevos se pueden registrar hasta el mes de febrero o marzo, lo que da lugar a que los pollos más grandes*

<sup>15</sup> Ídem. P. 563.

<sup>16</sup> Ídem P. 580.

<sup>17</sup> Informe BIDEMA N° 72, causa RUC 1201051055-2.

*pisoteen a los más pequeños, siendo estos últimos depredados por gaviotas. Tres. Son una especie muy sensible a la presencia humana y cualquier acercamiento descuidado o intempestivo puede provocar que las aves se levanten rápidamente de sus nidos y dejen sin protección a sus huevos y pollos, los que son rápidamente depredados por gaviotas.”<sup>18</sup> Luego, al referirse al pingüino de Humboldt, el Informe citado señala que se pueden indicar las siguientes causas “Uno. baja en la disponibilidad de alimento en el mar. Dos. La colonia podría estar siendo afectada por especies introducidas como ratas (depredadora de los huevos de pingüinos.) Tres. Pérdida en la calidad de los sitios de nidificación producto de la erosión y pisoteo de pelícanos. Cuatro. Son sumamente sensibles a la presencia humana y su condición no voladora, las hace ser especialmente vulnerables por una menor probabilidad de escape, siendo esta última una de las principales causas de abandono de nidos, teniendo un efecto crónico en esta especie.”*

Así, y a partir de lo anterior, el informe que ignoró la demandante concluye que *“Por todo lo anteriormente expuesto, cabe señalar que según estudio realizado por la entidad antes mencionada, el evento de destrucción de huevos de pelícano ocurrido en noviembre del 2012, por trabajadores, como ex trabajadores de la Cofradía Náutica del Pacífico no fue el único factor que ocasionó la disminución considerable de esa especie en la actualidad. Como tampoco la disminución de la especie pingüino de Humboldt. Respecto a esta última especie cabe mencionar que durante la investigación no se comprobó la matanza o destrucción de huevos de éstos, si una alteración en su hábitat, pudiendo ser una de las causas de su disminución.”* Las conclusiones a las que arriba el Informe BIDEMA N° 335 se basan en un informe requerido a Alejandro Constantino Felipe Luis Simeone Cabrera.

De esta manera, la demandante, usando eslóganes como *“matanza de pingüinos”*, intenta predisponer a este Tribunal Ambiental. Por suerte, de una lectura muy simple de los antecedentes del caso, queda en evidencia que las afirmaciones de la demandante son manifiestamente falsas.

Finalmente, y antes de pronunciarnos sobre las consideraciones de derecho, debemos mencionar que el otro antecedente de hecho que señala la demandante para fundar su pretensión es una solicitud del Consejo de Monumentos Nacionales para poner término a la concesión de mi representada. Independiente

---

<sup>18</sup> BIDEMA N° 335, causa RUC 1201051055-2.

del evidente hecho de que la solicitud no fue acogida – el que habla por sí solo –, debemos una vez más detenernos en la calidad de la fundamentación de la pretensión.

La demanda señala que “*si bien dicha solicitud no fue acogida en su momento por el Ministerio de Defensa, la solicitud del Consejo da cuenta de la conciencia de la Administración sobre el daño que la Cofradía Náutica ha generado y sigue generando en el Islote Pájaro Niño.*” Al respecto, podemos decir que la “conciencia” de la Administración decidió no revocar la concesión, pues en una investigación llevada por un organismo independiente, se confirmó que la Cofradía no ha incumplido sus obligaciones. Nuevamente, el estándar para fundar una demanda debe ir más allá de una mera solicitud no acogida.

#### **E. Las medidas que ha adoptado y adopta la Cofradía**

Como ha quedado en evidencia, los hechos a los que hace referencia la demanda son abiertamente falsos. De hecho, se ha intentado construir artificiosamente la idea de que la Cofradía no ha adoptado medidas para proteger el medio ambiente, lo que no es efectivo. En esta sección, y con el objetivo de dar cuenta a este Tribunal Ambiental de lo alejadas de la realidad que son las afirmaciones de la demandante, nos referiremos muy superficialmente a algunas de las medidas adoptadas por la Cofradía para proteger el medio ambiente.

##### **(i) La Cofradía adopta y ha adoptado medidas de desratización.**

A lo largo de la demanda, se señala consistentemente que la Cofradía no ha adoptado medidas en relación con el ingreso de ratas. Esto es falso. Como se acreditará en la etapa procesal correspondiente, la Cofradía mantiene vigente un contrato con una empresa proveedora de servicios para el control de ratas. En efecto, el contrato consiste en la mantención de 42 trampas de cebo distribuidas en diferentes lugares dentro de la Cofradía. Estas trampas son regularmente verificadas por el prestador de servicios. Es más, el plan de desratización ejecutado por la Cofradía ha sido calificado de efectivo por el Departamento de Medioambiente de la I. Municipalidad de Algarrobo, cuestión que también será probada en la instancia probatoria pertinente.

##### **(ii) La Cofradía instaló y mantiene una reja para evitar el acceso al Santuario**

Como se acreditará en la etapa procesal correspondiente, la Cofradía, sin estar obligada, construyó y mantiene una reja para el control del ingreso al Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños. Esta reja tiene un portón de acceso cuyas llaves están a disposición de la Capitanía de Puerto. Se debe hacer presente que inicialmente esta reja estaba afirmada en pilares de madera, pero, posteriormente, y en coordinación con la Mesa Técnica de Trabajo para la implementación del plan de manejo del Santuario del Islote Pájaros Niños, se reemplazó por una reja de mejor calidad, con pilares de fierro.

(iii) *La Cofradía mantiene un protocolo para reportar anomalías*

Como se acreditará en la etapa procesal correspondiente, la Cofradía, con la aprobación del Departamento de Medio Ambiente de la I. Municipalidad de Algarrobo, cuenta con un protocolo para informar a las autoridades de cualquier anomalía que pudiera afectar al Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños.

(iv) *La Cofradía cuenta con un sistema de disposición de basuras*

Como se acreditará en la etapa procesal correspondiente, la Cofradía mantiene contenedores de basura, los cuales son vaciados semanalmente por un camión de la I. Municipalidad de Algarrobo. Aunque no está directamente relacionado con este tema, debe indicarse que la demandante se refiere a la inexistencia de un sistema de alcantarillado en la Cofradía, lo que es evidentemente falso, pues la Cofradía cuenta con conexión a la red de alcantarillado de Algarrobo.

(v) *La Cofradía monitorea periódicamente la calidad de las aguas de la marina*

Como se acreditará en la etapa procesal correspondiente, la Cofradía encarga de manera voluntaria a la Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental DICTUC, muestreos y análisis de aguas en la marina, su acceso y sectores cercanos a la Cofradía. De más está decir que, de acuerdo con el último informe de resultados, de fecha 20 de agosto de 2019, todos los parámetros medidos se encuentran dentro de los límites máximos permitidos.

(vi) *La Cofradía ha participado en la Mesa Técnica de Trabajo*

Como ya se enunció previamente, el 2017 la Cofradía fue invitada a participar de reuniones extraordinarias de la Mesa Técnica compuesta por la Municipalidad de Algarrobo, el Consejo de Monumentos Nacionales, la Corporación Nacional Forestal, el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, el Servicio Agrícola Ganadero, la Secretaría Regional Ministerial de Medioambiente de la Región de Valparaíso, la Gobernación Marítima de San Antonio y la Capitanía de Puerto, reuniones que han tenido lugar al menos en 5 ocasiones. En una de esas instancias se declaró que, si bien la Cofradía no pertenecía a la Mesa Técnica, había sido invitada a participar en la celebración de reuniones de carácter extraordinario con el objeto de prestar colaboración en la ejecución de los acuerdos arribados por dicha Mesa, en la medida que le fuese posible y pertinente a la Cofradía colaborar. En virtud de ello, la Cofradía ha contribuido en distintas ocasiones a lo solicitado por la Mesa, cuestión que será probada en la oportunidad procesal.

(vii) *La Cofradía apoya un sistema de riego para el Islote Pájaros Niños*

Como se acreditará en la etapa procesal correspondiente, la Cofradía implementó un sistema de riego para el Islote Pájaros Niños, el cual aún no se encuentra en operación.

Como queda en evidencia, la Cofradía ha adoptado medidas -incluso más allá de sus obligaciones legales- para contribuir al cuidado del medio ambiente. Junto con todo lo anterior, se debe señalar que la Cofradía ha participado activamente en la Mesa Técnica diseñada para la implementación del plan de manejo del Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños.

\* \* \*

Hasta acá, ha quedado en evidencia que los hechos sobre los cuales descansa la demanda son manifiestamente falsos y contienen errores metodológicos severos en su análisis, por lo que habría razones suficientes para rechazar la demanda. Sin embargo, y como veremos a continuación, la demanda no sólo está profundamente equivocada en los hechos que narra, sino que además yerra en las consideraciones de derecho del caso.

### III. CONSIDERACIONES DE DERECHO: CUESTIONES PRELIMINARES

En esta sección serán analizadas las consideraciones preliminares de derecho de la demanda realizada por el Comité Demandante. Como se demostrará, por un lado, la demanda yerra en el sujeto pasivo y, por otro, aun cuando no se configura ninguno de los requisitos materiales de procedencia de la acción de daño ambiental, la demanda no podría ser acogida porque la acción se encuentra prescrita.

#### A. La acción no puede prosperar por falta de legitimación pasiva

La Corte Suprema y los Tribunales Ambientales<sup>19</sup> han señalado que, para que una acción sea acogida,

*“la demandante debe demostrar que existe: (i) derecho a la acción, invocando adecuadamente una norma legal que le otorgue el derecho que pretende; (ii) calidad de la acción, probando la identidad suya con la de la persona favorecida por la ley, con derecho para beneficiarse de una obligación de dar, hacer o no hacer que le es debida, y la identidad del demandado con la de la persona desfavorecida por la ley, con obligación de beneficiar a la demandante cumpliendo una obligación de dar, hacer o no hacer; e (iii) interés de la acción, mostrando la intención de conseguir un beneficio con la intervención del tribunal.”*

En este caso, la demandante no cumple con demostrar la calidad de la acción, pues, como se verá a continuación, no acredita *“la identidad del demandado con la de la persona desfavorecida por la ley, con obligación de beneficiar a la demandante cumpliendo una obligación de dar, hacer o no hacer”*.

En primer lugar, se debe precisar que la idea que se desprende de la tesis antes indicada es que la persona demandada debe ser la persona que se encuentre en situación de satisfacer la prestación que se debe. En materia ambiental, esto fue recientemente afirmado por la Corte Suprema. En efecto, ésta ha señalado que

---

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Ambiental de Valdivia. Rol D-16-2016, de fecha 11 de julio de 2018, cita rol Corte Suprema 5242-2003.

*“De lo expuesto fluye que los jueces del grado no han extendido la decisión a puntos no sometidos a su conocimiento, puesto que, atendiendo estrictamente los términos del debate fáctico y jurídico, en la forma en que ha sido planteado por las partes, se limitaron a aplicar la ley, estableciendo que la demandada no correspondía a aquella persona que se hallaba en situación de satisfacer la pretensión, en tanto no se acreditó que fuera la empresa que opera el relleno sanitario que causa el daño ambiental cuya reparación se exige.”<sup>20</sup>*

En ese sentido, demandar a la Cofradía por el supuesto daño ambiental al Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños, no corresponde porque mi representada no se encuentra en condiciones de satisfacer la pretensión de la demandante, por tratarse de potenciales acciones u omisiones que no pueden ser corregidas por la Cofradía, pues no tiene ni ha tenido injerencia alguna sobre el Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños.

En segundo lugar, se debe señalar que se trata de un hecho indiscutido e incontrovertido en la demanda que el Islote Pájaros Niños es un Santuario de la Naturaleza desde 1978. En concreto, el Islote Pájaros Niños es un bien nacional de uso público que fue declarado Santuario de la Naturaleza.

De esta manera, y como fuera señalado precedentemente, el artículo 1° de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, dispone que: *“Son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado, los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antropo-arqueológicos, paleontológicos o de formación natural, que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia; los santuarios de la naturaleza; los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, coronas, inscripciones y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo. Su tuición y protección se ejercerá por medio del Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma que determina la presente ley.”<sup>21</sup>* En particular respecto de los Santuarios de la Naturaleza, la citada ley dispone en su artículo 31 (con

<sup>20</sup> C.8. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 1 de marzo de 2018. Rol N°37140-2017.

<sup>21</sup> Art. 1 Ley 17.288, que legisla sobre monumentos nacionales; modifica las leyes 16.617 y 16.719; deroga el Decreto Ley 651, de 17 de octubre de 1925



posterioridad a la Ley 20.417) que “*Los sitios mencionados que fueren declarados santuarios de la naturaleza quedarán bajo la custodia del Ministerio del Medio Ambiente, el cual se hará asesorar para los efectos por especialistas en ciencias naturales.*” No cabe duda entonces que la tuición sobre el Islote Pájaros Niños, en su calidad de bien nacional de uso público y de Santuario de la Naturaleza reside exclusivamente en la administración del Estado. Así, es un hecho no controvertido que, el Estado, a través de la declaración de Santuario de la Naturaleza del Islote Pájaros Niños, esto es, un acto positivo que genera una situación jurídica especial de cuidado respecto de un bien, asumió la responsabilidad y tuición respecto de dicho bien.

Así, la demanda se dirige equivocadamente en contra de una persona jurídica que no tiene ni ha tenido la administración del bien respecto del cual se reclama el daño hace 40 años.

Lo que correspondía que la demandante hiciera en este caso, si es que quisiera perseguir un supuesto daño ambiental en el Santuario, es lo que la doctrina ha denominado la *condena de daño ambiental por omisión de vigilancia*.<sup>22</sup> En pocas palabras, bajo la condena por omisión de vigilancia se entiende que “*la administración compromete su responsabilidad bajo un criterio de competencia, atribuido por la existencia de deberes de fiscalización sobre la reglamentación administrativa que se encuentra en el origen del daño ambiental. Se trata por consiguiente de una decisión que amplía las funciones de responsabilidad ambiental.*”<sup>23</sup>

Esto no implica la alteración del régimen de responsabilidad subjetiva que supone la responsabilidad por daño ambiental, sino que entender quién sería el responsable directo. En este caso, pese a que como se acreditará más adelante, no hay daño ambiental, el responsable directo no sería la Cofradía, sino que la administración del Estado por la falta de vigilancia en una actividad reglada.

El mismo autor citado sostiene que “*Tradicionalmente, la producción de daños ambientales ha dado lugar a una relación entre el sujeto contaminador y la víctima de la contaminación. No obstante, si el primero de ellos ha provocado*

---

<sup>22</sup> Harris, P. *Las funciones de la responsabilidad de la administración por la carencia de vigilancia ambiental – A propósito de la Sentencia de la Corte Suprema del 5 de enero de 2016, Fisco de Chile con I. Municipalidad de lo Barnechea*. Revista de Derecho Ambiental Año V N° 7 (enero – junio 2017) pp.197-209.

<sup>23</sup> Ídem. P. 200

*el daño en el ejercicio de actividades reglamentadas [como sería el caso de, por ejemplo, actividades amparadas en una concesión marítima], la falta de vigilancia de la administración podrá ser calificada como causa del mismo.”<sup>24</sup>* Así, si hubiera un daño que reclamar, esta acción debería dirigirse en contra del Estado y no en contra de la Cofradía.

\* \* \*

De esta manera, resulta evidente que la demanda se ha dirigido contra una persona jurídica incapaz de satisfacer la pretensión deducida, no cumpliéndose en consecuencia con la calidad de la acción y que, de haberse producido un daño ambiental, cuestión que una vez más rechazamos, éste se habría producido por la omisión del cuidado que debió adoptar el Estado en un bien respecto del cual tomó la decisión positiva de hacerse cargo hace casi 50 años.

## **B. La acción ejercida se encuentra prescrita**

### *(i) Prescripción de la acción de daño ambiental*

El artículo 63 de la Ley N° 19.300 establece que tanto la acción ambiental como las acciones civiles que emanen del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, esto, contados desde la manifestación evidente del daño.

Este artículo tiene por objetivo establecer una regla especial en materia de prescriptibilidad en la responsabilidad por daño ambiental, diferenciándola de la regla de prescripción que opera en materia civil extracontractual en dos aspectos principales: (i) el plazo de prescripción; y (ii) el momento o hecho con el cual empieza a correr dicho plazo.

#### *a. El plazo de prescripción es de 5 años*

En relación con el plazo, la norma citada es muy clara en señalar que en materia de responsabilidad por daño ambiental existe un plazo de 5 años para impetrar la acción correspondiente; y que una vez transcurrido dicho período se extingue consiguientemente la acción. El legislador quiso introducir una regla específica y diferenciarla de la regla de responsabilidad civil extracontractual del artículo 2332 del Código Civil lo que queda reflejado en la historia de la ley N° 19.300.

---

<sup>24</sup> Ídem.

Así, en un comienzo el proyecto de ley establecía que la acción de reparación sería imprescriptible, cuestión que terminó por no prosperar en atención a que la prescriptibilidad era la regla general en nuestro ordenamiento. Por lo mismo, se fijó posteriormente un plazo de 10 años, lo que quedó plasmado en el primer informe de la Comisión de Medio Ambiente. Como bien sabemos, dicho plazo luego fue modificado y quedó establecido definitivamente en un lapso de 5 años. Lo anterior así quedó reflejado en el segundo informe de Comisión ya señalada.

Es claro que el espíritu de la norma busca establecer que la acción de reparación del daño ambiental prescriba. Independiente del plazo que se configure para ello, se excluyó expresamente en la historia de la ley la posibilidad de que la acción de reparación del daño ambiental sea imprescriptible. De esta manera, toda interpretación que produzca como efecto la imprescriptibilidad, atenta contra el sentido y espíritu de esta ley.

*b. El cómputo del plazo es desde la “manifestación evidente”*

Dicho lo anterior, corresponde analizar el segundo elemento que diferencia a esta prescripción especial de aquella referida a la acción civil extracontractual, esto es, el momento con el que se da inicio al cómputo del plazo de prescripción, cual es, desde que se hace evidente la manifestación del daño.

La fundamentación de requerir que la manifestación del daño sea evidente para computar el plazo de prescripción descansa en dos razones principales. Por un lado, el daño en materia ambiental rara vez se configura inmediatamente después de la realización del comportamiento ilícito que tiene como consecuencia la infracción u omisión de la normativa ambiental. Por otro lado, encontramos el argumento de la certeza jurídica, en virtud del cual se pretende otorgar seguridad en cuanto a que la manifestación del daño debe haberse hecho evidente para algún sujeto capaz de percibirlo. Esto quiere decir que la acción de reparación del daño ambiental supone que para que comience a computarse el plazo, el daño que se alega debe estar en condiciones de ser percibido de manera manifiesta por algún sujeto cualquiera. Así, el legislador buscó otorgar certidumbre respecto de cuándo se inicia el plazo de prescripción, para que tanto actores activos como pasivos puedan realizar sus debidas actuaciones en torno a un hito común que es el momento en que el daño ambiental es perceptible de manera manifiesta por un individuo cualquiera.

En virtud de lo anterior, y atendido que el concepto “*manifestación evidente*” es uno de tipo subjetivo e indeterminado jurídicamente, éste deberá precisarse para cada caso en concreto.

La jurisprudencia se ha referido al hito de partida señalando que

*“el hecho a partir del cual el legislador ha determinado cuando debe principiar a contarse el plazo de prescripción contiene un elemento subjetivo en su contenido, a saber, el conocimiento de parte de un sujeto del hecho que ocurre, por lo que en consecuencia no basta que este ocurra, sino que sea percibido por un individuo”.*<sup>25</sup>

Junto con esto, la “*manifestación evidente*” impone al titular de la acción el deber de iniciar las acciones correspondientes cuando el daño se ha manifestado, lo cual es confirmado por la doctrina por cuanto ha dicho que “[*la manifestación evidente del daño*] pone una carga especial a la Administración con competencias ambientales, ya que la desidia de ésta en la aplicación de las nuevas técnicas para la detección de un daño ambiental puede llevar a la prescripción de las acciones.”<sup>26</sup>

A partir de la configuración de la norma de prescripción antes señalada, se demostrará que los hechos que configuran el supuesto daño alegado por la demandante se manifestaron para cualquier sujeto y especialmente para ella de manera evidente desde hace más de cinco años, como se deduce de la demanda, estando entonces prescrita la acción deducida.

Asimismo, y considerando que no hay daño, y menos un daño continuado, como lo sugiere -sin justificación alguna- la demandante, la acción de reparación de daño ambiental, si hubiere existido, se encuentra evidentemente prescrita.

Sobre este tema es importante volver a señalar que, una interpretación coherente con un sistema de derecho que promueve la estabilización de las relaciones jurídicas no puede interpretar artificialmente las normas de prescripción de manera tal que en la práctica el resultado sea la imprescriptibilidad de la acción.

<sup>25</sup> Sexto Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 28 de octubre de 2011, Rol N° 4462-2008, considerando trigésimo noveno.

<sup>26</sup> Bermúdez Soto, Jorge. 2015. Fundamentos de Derecho Ambiental. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2da Edición. 431p.

Menos, como es el caso, cuando hay evidencia en la historia de la ley, del hecho de que se intentó intencionalmente evitar esa posibilidad.

(ii) *¿Desde cuándo debe considerarse que se manifestó de manera evidente el supuesto daño en el presente caso?*

El presente análisis demostrará que respecto de cada uno de los componentes que alega el Comité Demandante, éste, como representante de la comunidad, tuvo conocimiento o debió tenerlo, a lo menos 5 años antes de la presentación de la demanda. Al respecto, debe señalarse que, el profesor Enrique Barros dispone que en los casos en los que el plazo se cuenta desde que el daño se manifiesta y pueda ser conocido por la víctima, si por descuido la víctima no lo conoció, el plazo igual corre respecto de ella.<sup>27</sup>

a. *Respecto del componente biodiversidad, la acción se encuentra prescrita*

La demandante incorpora a este acápite la supuesta desaparición del pingüino de Magallanes, la disminución del pingüino de Humboldt, el menoscabo a otras especies de aves y el detrimento a la cobertura vegetal del Islote.

Para sostener su hipótesis cita distinta documentación que evidencia que el supuesto del daño se habría manifestado de manera evidente hace más de cinco años, y que no una, sino varias autoridades con competencia ambiental tomaron conocimiento de los supuestos menoscabos hace mucho más de cinco años atrás.

En primer lugar, y en relación con la declaración que hace la demandante sobre la desaparición del pingüino de Magallanes, la cual es evidentemente errada, ésta señala que en 1996 ya se constataba la desaparición de la especie. Esto a través de una cita al Dr. Juan Grau, quien hace la siguiente reseña: “*pingüino esfénico magallánico empollando. Esta especie desapareció del Islote [Pájaros Niños] desde que se construyó el muelle de yates oceánicos*”.<sup>28</sup> Aún más, en la demanda se cita una carta al diario de circulación nacional “El Mercurio” de fecha 10 de octubre de 1986, en la que se hablaba de que el pingüino magallánico compartía -en pasado- el hábitat con los pingüinos del norte.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Ver, Barros. E. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Ed. Jurídica de Chile. 1º Ed. P. 924

<sup>28</sup> Fs. 320

<sup>29</sup> Fs. 321

Así, utiliza expresamente una fuente que señala que la especie habría dejado de encontrarse en el Islote desde la construcción de la marina. A pesar de que la referencia “desde” es muy vaga y no permite fijar una fecha para la manifestación evidente del daño, hay una edición del año 1996 del libro de Juan Grau donde se afirma claramente eso. Por lo tanto, podemos convenir que, a más tardar, es a partir de 1996 que se manifiesta evidentemente la supuesta afectación invocada por la actora. De esto, han transcurrido 23 años. Evidentemente, la acción se encuentra prescrita.

En relación con la disminución del pingüino de Humboldt, consta en autos que SERNAPESCA interpuso una denuncia ante el Juzgado de Garantía de San Antonio el día 12 de octubre de 2012 por la comisión del delito de maltrato animal en contra del Administrador de la Cofradía de la época. Se le imputaba haber dado muerte a pingüinos adultos, pelícanos y gaviotas. En el marco de dicho procedimiento el Ministerio Público impartió instrucciones particulares al SAG, a la BIDEA, a la Armada y al Ministerio del Medio Ambiente para ponerlos en conocimiento de la denuncia. Esto tenía por objetivo que informaran al órgano persecutor lo pertinente dentro del ámbito de sus competencias. Además, como segundo antecedente encontramos las querellas interpuestas por la I. Municipalidad de Algarrobo y el Consejo de Defensa del Estado. La primera el 08 de febrero de 2013 y la segunda el 04 de octubre de 2013. Ambas querellas se acumularon al procedimiento penal ya enunciado.

Respecto de la querella interpuesta por la I. Municipalidad de Algarrobo, es importante destacar que en ella se señala que la comunidad tenía conocimiento de los hechos que se imputaban. Esto no es menor, pues estamos hablando de 2013, hace 6 años.

Otro antecedente a considerar es el Oficio N° 4222 de 09 de enero de 2013 del Ministerio del Medio Ambiente, por el cual responde a la orden expedida por el fiscal de la causa y mediante el cual se da por enterado de los supuestos hechos constitutivos de infracción.

Por otro lado, y a propósito de la misma investigación penal, la Unidad de Medio Ambiente de la Municipalidad de Algarrobo decidió realizar un Informe Técnico recopilando antecedentes, lo que resultó en la confección del citado Informe Técnico N°7/2013, de fecha 02 de abril de 2013.

Un último antecedente sería la carta enviada por José Luis Brito Montero (Inspector Ad-Honorem de Caza del SAG) el día 10 de enero de 2013 al SEREMI de Medio Ambiente de Valparaíso por medio del cual busca denunciar los mismos hechos de las denuncias y querellas ya enunciadas.

Todos estos antecedentes demuestran que autoridades sectoriales como el SAG, el Consejo de Defensa del Estado e incluso el Ministerio del Medio Ambiente habían tomado conocimiento de los hechos que la demandante señala como constitutivos del supuesto daño ambiental del componente biodiversidad desde al menos hace 6 años.

En este punto es necesario mostrar que los tribunales han señalado que una manera de constatar la manifestación evidente del daño es a través del conocimiento que toma la Administración del mismo.

En esa línea la judicatura competente ha sostenido que

*“solo en dicha fecha el daño [ambiental] se hizo evidente al tomar conocimiento el mismo Estado de Chile, a través del órgano que lo representa judicialmente, esto es, el Consejo de Defensa del Estado (...).”<sup>30</sup>*

En el caso de autos, el mismo Consejo de Defensa del Estado interpuso una querella ante el Juzgado de Garantía de San Antonio el día 04 de octubre de 2013 por los hechos descritos por la actora.

A su vez, la elaboración de un Informe Técnico por parte de una autoridad ha sido calificado por la jurisprudencia como hito desde el cual empieza a contar el plazo de prescripción. En ese sentido

*“teniendo presente las características que presenta un fenómeno físico como el que, en el caso de autos, se ha identificado por la demandante como daño ambiental y fundamento de la acción entablada (...). [A]parece entre los antecedentes acompañados por la demandante, como primer indicio documentado de la*

---

<sup>30</sup> Sexto Juzgado Civil de Santiago, op. cit., considerando décimo quinto y trigésimo noveno respectivamente.

*manifestación del fenómeno y de su constatación oficial por la autoridad, el informe técnico elaborado en marzo de 2001 por el Ingeniero Agrónomo del Departamento de Protección de Recursos Naturales Renovables del Servicio Agrícola y Ganadero, don Rodrigo Feres (...).”<sup>31</sup>*

Así, en virtud de todo lo aquí vertido queda de manifiesto que a lo menos la comunidad aledaña, es decir, la algarrobina, el Consejo de Defensa del Estado, SERNAPESCA, el SEREMI de Medio Ambiente de la Región de Valparaíso, tomaron conocimiento del supuesto daño hace más de cinco años, con lo que la acción para perseguir la responsabilidad ambiental se encuentra evidentemente prescrita.

A modo de resumen, SERNAPESCA interpuso denuncia el 12 de octubre de 2012, la Municipalidad se querelló el 08 de febrero de 2013, José Brito Moreno envió una denuncia al SEREMI de Medio Ambiente competente el 10 de enero de 2013, la Unidad de Medio Ambiente de la Municipalidad de Algarrobo emitió un Informe Técnico el 2 de abril de 2013 y el Consejo de Defensa del Estado hizo su parte el 4 de octubre de 2013. Todos estos documentos daban cuenta de la disminución de las especies pingüino de Humboldt, y de otras especies de aves, y de otros hechos alegados por la reclamante, cuyo principal fundamento radica en dichas denuncias.

De lo anterior se desprende que la acción de reparación en relación al componente biodiversidad se encuentra prescrita, procediendo rechazar la alegación que hace la demandante a su respecto.

*b. Respecto de los componentes suelo y paisaje, la acción se encuentra prescrita*

El Comité Demandante se refiere también en su escrito a lo que a su juicio configuraría equivocadamente un daño al suelo y paisaje.

El fundamento de su alegación recae en que la Armada de Chile instaló un faro, para lo cual habría procedido a talar la especie *Pinus radiata* que se encontraba en la cima del Islote Pájaros Niños, permitiendo así que los pelícanos llegasen a

---

<sup>31</sup> Cuarto Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 12 de noviembre de 2007, Rol N° 3785-2002, considerando décimo sexto.



posarse definitivamente sobre esa área e impidiendo de esa manera que haya reforestación de la misma.

Así, entendemos que la supuesta tala de pinos fue la consecuencia obligatoria de la decisión de la Armada de Chile de instalar un faro en el Islote Pájaros Niños. En relación con la prescripción de la acción para demandar el daño del componente suelo, -independiente de que nada se ha dicho todavía respecto de la responsabilidad que le podría recaer a la Cofradía por acciones de terceros- al haber sido instalado el faro hace mucho más de 5 años se puede concluir que la comunidad de Algarrobo y, por tanto, el Comité Demandante, tiene conocimiento de estas acciones y sus consecuencias desde hace más de 5 años. La manifestación del supuesto daño tiene entonces evidentemente más de cinco años, pues el Islote Pájaros Niños se encuentra a la vista de toda la comunidad.

En virtud de lo anterior, la acción para demandar el daño ambiental respecto al componente suelo también se encontraría prescrita.

\* \* \*

De esta manera, se puede señalar que respecto de todos los componentes ambientales alegados por la demandante ha operado la prescripción. Una interpretación armónica de las reglas de prescripción con un sistema de derecho en el que la tendencia necesariamente debe conducir a estabilizar las relaciones jurídicas, permite concluir que la manifestación evidente del supuesto daño ha ocurrido para todos los casos en un plazo mayor a cinco años.

A mayor abundamiento, a juicio de esta parte, en virtud inciso segundo del artículo 33 de la Ley N° 20.600, el Tribunal Ambiental debió declarar inadmisibile la acción, en consideración a que, de los datos aportados en la misma demanda, se desprende claramente que la acción se encuentra prescrita.

#### IV. CONSIDERACIONES DE DERECHO: NO SE CONFIGURAN LOS PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

En esta sección se analizarán los requisitos materiales de la configuración de la responsabilidad por daño ambiental. Como será demostrado, en el caso de autos, no procede acoger la demanda de declaración y reparación del daño ambiental porque no se configuran los presupuestos necesarios para ello.

##### A. No hay una acción imputable a la Cofradía

En un modelo de responsabilidad por culpa, como es el caso de la responsabilidad por daño ambiental, la existencia de culpa es un requisito esencial para la imputación subjetiva y determinación de responsabilidad. Así se desprende del artículo 51 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (“LBGMA”), el cual dispone que “todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley.” Este carácter subjetivo ha sido también reconocido por la jurisprudencia. La Corte de Apelaciones de Concepción sostuvo que:

*“[e]n efecto, la prueba rendida, especialmente la de la demandante, no permite colegir inequívoca y lógicamente que ha tenido lugar un daño ambiental que dé lugar a la acción establecida en los artículos 51 de LBGMA. Ciertamente, tal como lo estableció el sentenciador, el régimen de responsabilidad conforme a dicha norma es uno de carácter subjetivo, debiendo en consecuencia, acreditarse, en primer término, que la demandada cometió o incurrió en una acción u omisión dolosa o culpable.”<sup>32</sup>*

La doctrina también se ha referido al tema. Figueroa et. al. Han señalado que “*la acción u omisión culposa debe ser imputable a un sujeto determinado, ya sea persona natural o jurídica.*”<sup>33</sup> Del mismo modo, Enrique Barros B. sostiene que “*el hecho que da lugar a la responsabilidad supone la libertad del sujeto para actuar. La conducta sólo es voluntaria en la medida que pueda ser imputada a*

<sup>32</sup> Rol 273/2011. Corte de Apelaciones de Concepción. 10 de abril de 2012..

<sup>33</sup> Figueroa, E., Asenjo, R., Valdés, S., & Praus, S. (2015). La responsabilidad civil ambiental, el daño al medio ambiente y su valor: una aproximación legal y económica. *Revista de Derecho Ambiental*, (2), Pág. 69-95. Consultado de <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36472/49716>.

*una persona como su acción u omisión libre. En otras palabras, la conducta debe ser atribuible al sujeto responsable como su hecho.”*<sup>34</sup>

De esta manera, como se señala a lo largo de todo este escrito, -y por lo que en esta parte sólo será brevemente explicado-, en la demanda no existen hechos que sean imputables como propios a la Cofradía, con excepción de la construcción – conforme a derecho- de obras asociadas a una concesión marítima legítima y vigente.

Los hechos que se imputan a la Cofradía son (i) la construcción de un molo de conexión y otras instalaciones en el Islote; (ii) falta de resguardos para evitar el ingreso de fauna depredadora; (iii) actos en contra de la avifauna del Islote y (iv) actividades de perturbación a la fauna del Islote.

Respecto de lo primero, la construcción del molo se encuentra amparada por un acto de la Administración del Estado, por lo que, si hubiera un responsable, sería éste por tratarse de una omisión en sus deberes. Adicionalmente, los molos son de propiedad del Estado. Este punto será desarrollado con mayor detalle en la sección relativa a la falta de legitimación pasiva, por lo que todos los argumentos señalados allí, son ratificados en esta parte.

Respecto de lo segundo, como se demostrará en la sección relativa a la culpabilidad -cuestión que desde ya rechazamos- la Cofradía no tiene una obligación legal ni tampoco la posibilidad real de evitar el ingreso de fauna depredadora, por lo que respecto de este tema no puede configurarse una omisión que sea jurídicamente imputable, de manera tal que no puede decirse, junto con el profesor Enrique Barros, que una omisión de esta naturaleza puede ser atribuida como *su* hecho.

Respecto de lo tercero, en la sección en la que se demuestra que los hechos sobre los cuales se basa la demanda son falsos, se acredita que estas “acciones” no fueron tales, por lo que no procede pronunciarse respecto de ellas.

Finalmente, en cuanto a las acciones de perturbación de la avifauna, a lo largo de toda la demanda no se explica cómo se configuran los requisitos de culpa y daño significativo respecto del mismo, por lo que el Tribunal Ambiental mal

---

<sup>34</sup> Barros, E. (2006). Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 64.

podría acoger esta acción. En cualquier caso, debe señalarse que hay afirmaciones en dicha sección que son manifiestamente falsas. Por ejemplo, se indica que habría un recurrente derrame de aceites, combustibles y aguas servidas de la Cofradía, cuestión que negamos rotundamente. Al respecto, la Cofradía cuenta con un protocolo para el manejo de líquidos y con una red de alcantarillado conectada a la red de la comuna. Respecto al derrame de 2017, se trató de un vertimiento accidental de 2,5 litros, que fue inmediatamente controlado por los trabajadores de la Cofradía. La Capitanía de Puerto fue informada y envió personal para fiscalizar las tareas de contención, las cuales aprobaron. La mancha no alcanzó un diámetro superior a 2 metros. De todas maneras, la Autoridad Marítima ordenó una investigación y la Cofradía fue sancionada con una multa inferior a \$100.000, dado que el derrame era menor. Respecto del hallazgo de un pingüino con aceite, no hay ninguna prueba de que esto sea atribuible a la Cofradía. Hay que recordar que la Cofradía no es el único que tiene embarcaciones en Algarrobo. Además, la Cofradía cuenta con alcantarillado conectado a la red de la comuna y, respecto a los áridos y escombros a los que se hace referencia, sólo se puede señalar que no hay acumulación de este tipo de material. Se cuenta con contenedores de basura, los cuales son vaciados semanalmente por un camión de la I. Municipalidad de Algarrobo. De esta manera, no corresponde pronunciarse sobre supuestas acciones que, a todas luces, son falsos.

#### **B. No existe culpa ni dolo en el actuar de la Cofradía**

Como se señaló, el sistema de responsabilidad que consagra la LBGMA, es uno de responsabilidad subjetiva o por culpa. Se entiende por ésta aquella en donde *“sólo se responde si la conducta de quien provoca el daño es susceptible de un juicio negativo de valor.”*<sup>35</sup> Este juicio puede adoptar una forma dolosa o culposa. El juicio negativo de valor culposo es aquel que se limita *“(…) a la infracción no intencional de un deber de cuidado (que es llamada simplemente culpa o negligencia).”*<sup>36</sup>

Lo anterior significa que en sede de responsabilidad debe necesariamente probarse la concurrencia del elemento subjetivo, es decir, de la culpa. El deber probatorio de este elemento corresponde por ley a la parte demandante, sin perjuicio que la LBGMA contiene un mecanismo de presunción de culpabilidad.

---

<sup>35</sup> Barros Bourie, Enrique. 2011. Op. Cit., 75p.

<sup>36</sup> Barros Bourie, Enrique. 2011. Ibidem.

En el caso de autos, la actora invoca la procedencia de la presunción de culpabilidad y en subsidio señala que hubo una supuesta negligencia inexcusable en el comportamiento de la Cofradía.

Nos haremos cargo de las dos alegaciones, argumentando en ambos casos su improcedencia.

(i) *Inaplicabilidad de la presunción de culpabilidad*

La actora señala que en la especie no requiere probar la culpa de la Cofradía porque operaría la presunción de responsabilidad establecida en el artículo 52 inciso primero de la LBGMA, el cual dispone que “*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.*”

Según el Comité Demandante, la Cofradía habría incurrido en una constante infracción a las normas sobre protección, preservación y conservación ambientales. Funda el argumento de la culpa infraccional en la supuesta vulneración de una serie de cuerpos normativos, los cuales serán analizados por separado:

a. *Supuesta infracción al art. III de la Convención de Washington de 1940*

La Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América o simplemente de Washington es una convención firmada por distintos gobiernos americanos. Chile por su parte, la ratificó mediante el Decreto N° 531 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 04 de agosto de 1967.

Dicha Convención establece en su Artículo III inciso 2 que los gobiernos contratantes se obligan a “*prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del*

*parque o por orden o bajo vigilancia de las mismas, o para investigaciones científicas debidamente autorizadas.”*

Pues bien, la demandante parece olvidar que el Derecho Internacional Público establece que los sujetos pasivos de las Convenciones y Tratados Internacionales son los Estados y otras organizaciones de carácter internacional, v.gr. Naciones Unidas. Así, se ha señalado que “(...) *el derecho internacional constituye un conjunto de normas obligatorias a las cuales los Estados y demás destinatarios de este ordenamiento jurídico [organizaciones internacionales] deben adecuar su conducta.*”<sup>37</sup>

En virtud de lo anterior, el artículo III de la citada Convención establece una regla para que el Estado chileno adecúe su normativa interna de manera de prohibir la caza y la matanza de la fauna ahí descrita. De hecho, todas las obligaciones consideradas en la Convención citada tienen como sujeto pasivo a los Estados contratantes y no a otras personas.

De lo expuesto se puede concluir que dicha normativa en ningún caso puede imponer obligaciones a la Cofradía, ya que ésta tiene calidad de corporación de derecho privado. Dicha naturaleza jurídica no se ajusta a las hipótesis de sujeto pasivo del Derecho Internacional Público y, por lo tanto, no puede argüirse que haya quebrantado el artículo mencionado.

b. *Supuesta infracción al Convenio sobre la Biodiversidad Biológica; Ley N° 19.473 de Caza y D.S. N° 5 de 1996 que establece el Reglamento de la Ley de Caza; Decreto N° 38 del 7 de mayo de 2012 sobre Reglamento General de Mamíferos, Reptiles y Aves Hidrobiológicas*

En lo referente, la demandante se limita a indicar vagamente que todas estas normas “*han sido conculcadas por los actos y omisiones relatados en los hechos atribuibles a la demandada.*”

Dicho enunciado por sí solo basta para rechazar la aplicación de la presunción de culpabilidad por la evidente carencia de argumentación. Es más, con aquella alusión pareciera ser que la demandante intenta incluir la mayor cantidad de normativa posible relacionada con flora, fauna, diversidad o con la especie

---

<sup>37</sup> Vargas Carreño, Edmundo. 2007. Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 21-22.

*Spheniscus humboldti*, de modo de encontrar un sustento normativo para poder aplicar la presunción del art. 52 LBGMA.

Olvida la actora que para que opere la presunción invocada deben demostrarse una o más infracciones concretas a la normativa ambiental, siendo del todo insuficiente la mera enumeración que hace de leyes o reglamentos relacionados a lo ya señalado.

No queda claro cuál es la infracción que supuestamente habría cometido la Cofradía en relación con la normativa especificada, por lo que malamente podría presumir culpabilidad de un hecho que no se detalla cuál es.

En consideración a que el Comité Demandante no señala cómo se configuran las infracciones supuestamente cometidas por la Cofradía, sino que simplemente hace una lista de cuerpos normativos que podrían tener alguna relación con el tema, es que no hay presupuesto alguno que permita tener por acreditado el supuesto base de la presunción establecida en la LBGMA, de manera de que ésta opere.

Por lo ya señalado, esta presunción no puede prosperar y cabe únicamente rechazar el argumento.

c. *Supuesta infracción a obligaciones contenidas en DS N° 1132 de 1977 que otorga concesión marítima a la Cofradía y DS N° 263 de 1997 que renueva la concesión*

La obligación supuestamente infringida es aquella listada en el N° 6 del DS N° 1132 del Decreto que otorga la concesión y señala lo siguiente: “*La Cofradía concesionaria deberá tomar todas las medidas especiales que el caso aconseje para impedir que, a través de sus instalaciones, personas extrañas y no autorizadas expresamente, pasen al Islote Pájaros Niños, todo ello con el objeto de salvaguardar las bellezas naturales y la avi-fauna propia del lugar.*”

Respecto de la supuesta vulneración a dicha medida la actora señala que mi representada “*no ha tomado las medidas para cumplir con tal obligación, lo que ha derivado en el ingreso de personas y especies exóticas que han afectado la conservación del Santuario de la Naturaleza*”.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Fs. 342

En este punto, se constata que la demandante mezcla dos de sus alegaciones para intentar sostener la vulneración acá señalada. Esto, porque si bien la medida tenía por objeto únicamente evitar el ingreso *a través de sus instalaciones* de personas al Islote Pájaros Niños, la actora en atención a justificar -errada y deliberadamente- la infracción de la medida, atribuye el supuesto incumplimiento a que tanto personas como especies exóticas han atravesado al Islote Pájaros Niños, lo que le habría generado supuesto perjuicio.

Lo anterior, presumiblemente, con el fin de justificar otra de sus alegaciones que dice relación con la invasión de fauna alóctona al Islote Pájaros Niños, la que al no poder ser considerada por la actora por sí solo como una infracción, la incluye incorrectamente en la medida requerida por el Decreto que otorgó la concesión.

A diferencia de lo pretendido por el Comité Demandante, queda de manifiesto que la medida no apuntaba al manejo del ingreso de especies exóticas o alóctonas al Islote Pájaros Niños, sino que únicamente al ingreso de personas no autorizadas al Islote Pájaros Niños.

En este punto, es necesario rescatar que el Decreto que declara Santuario de la Naturaleza el Islote Pájaro Niño señala expresamente que éste contiene una excepción. Así, se señala que se exceptúa del Santuario la concesión marítima otorgada a la Cofradía en cuanto aquella consta en el Islote de “*un sector de terrenos de playa, playa y fondo de mar*”. Es decir, la concesión otorgada a mi representada consta de una porción situada en el Islote que no cabe dentro de la declaración de Santuario de la Naturaleza.

El fin de la medida, debemos entender, busca exclusivamente que las personas autorizadas puedan ingresar al terreno perteneciente a la Concesión y evitar que en cualquier caso pasen al resto del Islote.

Dicha autorización, por lo demás, es una facultad privativa de la Administración de la Cofradía ya que de acuerdo al art. 2 del Decreto con Fuerza de Ley N° 340 sobre Concesiones Marítimas, una concesión marítima otorga el uso particular en cualquier forma de aquella porción de costa y mar objeto de la concesión.

Es por esto que los testimonios aportados por la actora que señalan que “las personas que van a ‘La Isla’ con mayor frecuencia son el Contralmirante



[Contramaestre] Eduardo GAMBOA, el Profesor de Escuela de Vela para niños Federico NÚÑEZ y José Fuentes”<sup>39</sup> no justificarían la infracción de la medida contenida en ambos decretos. Lo anterior porque, como ya se explicó, la concesión marítima contiene una porción en el Islote de modo que la Cofradía se encuentra totalmente legitimada para hacer uso de aquél.

Uso que por lo demás carece de ilicitud. A dicha conclusión podemos llegar a partir de la lectura de los mismos testimonios que señalan que “[e]stas personas [más arriba individualizadas] en particular concurren debido a que tienen mayor experiencia en el amarre de los yates.” Lo anterior demuestra que aquellas personas autorizadas para hacer uso de la concesión en terrenos del Islote concurrían principalmente por temas prácticos propios de la marina.

Por otro lado, es importante introducir a la discusión el hecho de que la Cofradía tiene un procedimiento que impide que las personas no autorizadas atraviesen los límites de la concesión. Como se acreditará en la etapa procesal correspondiente, dichas medidas han sido correctamente aplicadas por la Cofradía.

En virtud de lo señalado, esta parte concluye lo siguiente: (i) no hay infracción de la medida apuntada por la demandante; (ii) ésta deliberadamente desvía el propósito de la misma -al incluir incorrectamente en ella el ingreso de las especies- para justificar la aplicación de la presunción respecto de otra de sus pretensiones; y (iii) la Cofradía ha adoptado los debidos resguardos para dar cumplimiento a la medida. Por lo mismo, la alegación debe rechazarse.

*d. Supuesta infracción al art. 31 inc. 3 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales*

En última instancia, la actora señala que la Cofradía habría infringido el art. 31 inc. 3 de la Ley de Monumentos Nacionales que prescribe que “No se podrá, sin la autorización previa del Servicio, iniciar en ellos trabajos de construcción o excavación, ni desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural.” A su juicio, la infracción se habría configurado mediante la construcción y unión del Islote a la Cofradía sin dejar 5 metros de distancia, la no mantención de la infraestructura

---

<sup>39</sup> Fs. 318

de la unión y junto con ello la permisión del ingreso de personas y animales exóticos.

Las acciones señaladas por el Comité Demandante no configuran una infracción al art. 31 inc. 3 de la Ley N° 12.288 bajo ningún supuesto. En primer lugar, ninguna de las acciones que la demandante alega, se realiza en el Santuario de la Naturaleza. Además, en atención a que la alegación de la ‘no mantención’ de la infraestructura de la unión se realiza de manera vaga y sin ulterior desarrollo por parte de la demandante, no es necesario referirse a ella, sin perjuicio de que estos hechos se desvirtuarán en la etapa procesal correspondiente.

Además, la declaración de Santuario fue posterior al otorgamiento de la concesión marítima que habilitó la construcción de las obras de la Cofradía. El Decreto que declara Santuario de la Naturaleza al Islote Pájaros Niños (Decreto N° 622) data de fecha 29 de junio de 1978 y el Decreto que otorga la concesión marítima a la Cofradía (DS° 1132) es de 9 de diciembre de 1977. Es decir, la declaración de Santuario de la Naturaleza fue posterior al otorgamiento de la concesión marítima del sector de terrenos de playa, playa y fondos de mar en Algarrobo.

Como es sabido, para que un sitio quede protegido por la Ley N° 17.288 en calidad de santuario es un requisito que se declare su protección mediante un Decreto. Así, el artículo 31 en su inc. 1 señalaba qué son los santuarios de la naturaleza y el inc. 2 disponía que *“Los sitios mencionados que fueren declarados santuarios de la naturaleza quedarán bajo la custodia del Consejo de Monumentos Nacionales, el cual se hará asesorar para estos efectos por especialistas en ciencias naturales.”* (antes de la reforma de la Ley N° 20.417)

Así las cosas, solo una vez decretada la calidad de Santuario de la Naturaleza del Islote Pájaros Niños, éste pasó a ser protegido por la Ley de Monumentos Nacionales.

Acá claramente la actora incurre en una imprecisión, al señalar que mi representada infringió la Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales con la construcción del molo que une el territorio continental con el Islote, es decir, el art. 31 inc. 3, porque este último recién vino a ser protegido por la normativa contenida en la Ley de Monumentos Nacionales 6 meses después del otorgamiento de la concesión y de la consiguiente construcción de sus

instalaciones, sin perjuicio de lo ya señalado respecto de que las obras de la Cofradía no intervienen en el Santuario de la Naturaleza.

En ese contexto, para que la Ley de Monumentos Nacionales hubiese sido aplicable al DS N° 1132 desde su dictación, la declaración de Santuario del Islote Pájaro Niños debería haber entrado a regir con efecto retroactivo, cuestión que se puede descartar a priori, porque en el Decreto N° 622 no se contiene ninguna declaración al respecto. Así, es posible afirmar que un hecho cierto y no controvertido es que el Decreto N° 622 no declaró Santuario de la Naturaleza al Islote Pájaros Niños con efectos retroactivos. La consecuencia necesaria de esto, es que tanto la tuición como la protección del Islote Pájaros Niños empieza a regir sólo desde el 29 de junio de 1978 en adelante.

En virtud de lo expuesto, es que la construcción a la que alude la actora no podría haberse considerado bajo ningún aspecto como una infracción del art. 31 inc. 3 de la Ley N° 17.288 a la época de la edificación, toda vez que dicha Ley empezó a amparar al Islote sino desde junio del año siguiente y porque, como se verá a continuación, en ningún caso se realizaron obras *en* el Islote Pájaros Niños. No configurándose la infracción alegada, malamente puede operar la presunción alegada.

*e. Inaplicabilidad de la Ley N° 17.288 sobre terrenos de la concesión marítima*

A pesar de que con lo señalado previamente relativo al inicio de la vigencia de la calidad de santuario del Islote bastaría para rechazar la imputación de la infracción del art. 31 inc. 3 a mi representada, se desarrollará una segunda idea que permite aportar mayor claridad respecto a la inexistencia de infracción cometida a la Ley de Monumentos Nacionales.

Así, este apartado tiene por fin demostrar que no obstante lo argüido por la actora, tanto la construcción del molo de unión como el ingreso de personas y animales exóticos al Islote no pueden ser consideradas actividades de aquellas que prohíbe el art. 31 inc. 3 de la Ley N° 17.288. Esto porque la construcción del molo fue realizada en terrenos que excedían los límites del santuario, y por tanto, convierten en inaplicable lo dispuesto en ese artículo.

Lo anterior porque como ya se señaló más arriba, el DS N° 1132 de 1977 señala expresamente en su N° 2 que forma parte de la concesión “El sector de terrenos de playa situado en el Islote Pájaros Niños tiene una superficie de 3.650 m2.”

A su vez, el Decreto N° 622 de 1978 reconoce expresamente la concesión otorgada previamente y declara santuario de la naturaleza al Islote con la excepción de “la concesión otorgada por Decreto Supremo de Defensa Nacional N° 1132, de 9 de diciembre de 1977, a la Cofradía Náutica del Pacífico Austral de un sector de terrenos de playas, playa y fondos de mar, individualizados en el Decreto de Concesión.”

A través de una interpretación armónica de ambos decretos, se puede concluir que, mediante un acto de la autoridad, el Islote Pájaros Niños fue declarado santuario en toda aquella parte del Islote que no formaba parte de la concesión de mi representada.

Una consecuencia necesaria de aquello, es que la Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales y por consiguiente su art. 31 inc. 3 en su aplicación tienen una limitación física sobre el mismo Islote. Esa limitación serían los deslindes de la concesión establecidos en el Decreto N° 1132 y posteriormente ratificados en el Decreto N° 263 de 1997. Respecto de este último, el plano adjuntado a la concesión grafica de manera evidente los deslindes entre la concesión y el Santuario de la Naturaleza.

Por tanto, en aquel punto del Islote donde termina el santuario -y por tanto cesa la aplicación de la Ley N° 17.288- y comienza la concesión, la Cofradía se encuentra legitimada para hacer uso de la misma en atención a su objeto, a saber, la habilitación de un puerto para embarcaciones deportivas.

En virtud de dicho uso la Cofradía construyó el molo de protección, y en virtud del mismo, es que personas autorizadas por la administración de la Cofradía ingresan a la parte del Islote que se encuentra sometido a la concesión y fuera del régimen de protección de Santuario de la Naturaleza, para realizar labores propias de mantención de un puerto de embarcaciones.

Por último y en cuanto a la permisión de ingreso de animales exóticos, hay que señalar que el artículo 31 inciso 3 exige la realización del inicio de una acción para contrariar la norma. A modo de ejemplo la norma cita las acciones de

construir, excavar, pescar, cazar o realizar cualquiera otra actividad que altere su estado natural.

En ese sentido, no puede entenderse que sería como una de aquellas actividades no permitidas el ingreso de animales exóticos, esto porque la demandante está utilizando claramente una omisión para justificar la supuesta infracción, en circunstancias que la norma exige la realización de una conducta positiva para entender que hay una vulneración de la misma.

Siendo ese el escenario, no es plausible entender que la permisión del ingreso de animales sea una conducta positiva, ya que de ser ese el caso, la demandante se estaría poniendo en el supuesto de que la Cofradía realiza actividades que invita a los animales exóticos a pasar a su concesión, desde donde pasarían al Islote Pájaros Niños, cuestión que carece de toda lógica.

Como consecuencia de todo lo señalado es que no se verifica, respecto de esta norma, ni de ninguna de las otras invocadas por la autora, una infracción, siendo inviable entonces la procedencia de la presunción de culpabilidad del artículo 52 inciso 2 de la LBGMA. Dicha alegación debe ser rechazada en su totalidad.

(ii) *Del reproche subjetivo realizado a Cofradía Náutica del Pacífico*

El Comité Demandante señala en su escrito que la Cofradía habría incurrido en una conducta negligente inexcusable porque *“el daño ambiental generado en el Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños era previsible, y que la Cofradía Náutica podía y debía preverlo, y en consecuencia, tenía que tomar las medidas necesarias para evitarlo o mitigarlo.”*<sup>40</sup>

Que, en relación a la acusación de negligencia es menester señalar primero que, como ya se ha señalado, la protección y tuición del Santuario de la Naturaleza corresponde por ley actualmente al Ministerio del Medio Ambiente y en virtud de las atribuciones y competencias de que goza para proteger al Islote Pájaros Niños, a dicho Servicio le corresponde tomar las medidas necesarias para la protección de la biodiversidad dentro del espacio físico que es santuario. Es decir, al Ministerio del Medio Ambiente cabe hacerle un juicio normativo sobre el deber de diligencia empleado en cuanto a la protección del Santuario; esto

---

<sup>40</sup> Fs. 346

porque como ya se señaló, le corresponde al Estado velar por el resguardo del Santuario.

En ese contexto, a la Cofradía le cabe únicamente respetar las medidas dispuestas en los decretos de otorgamiento y renovación de la concesión marítima para el buen uso de la misma dentro de los límites señalados para ella. Y en ese sentido, la Cofradía ha actuado con la debida diligencia en cuanto a todas sus instalaciones.

Además, ha demostrado un comportamiento colaborativo frente a la implementación de la autoridad del Plan de Manejo del Santuario, ya que ha asistido y aportado en las reuniones extraordinarias de la Mesa Técnica del Santuario de la Naturaleza Islote Pájaro Niños al cual ha sido convocada. Lo anterior, con el objetivo de realizar una intervención público-privada en la implementación de dicho Plan. Esto queda demostrado en las actas de las reuniones, que serán presentadas en la oportunidad procesal correspondiente.

En ese sentido, no es posible concluir que la Cofradía ha actuado obviando el comportamiento del hombre medio en relación con la protección del Santuario porque: (i) la protección y la tuición del Santuario corresponde al Estado en la forma que la Ley adopte, que, en este caso le compete al Ministerio del Medio Ambiente; (ii) la Cofradía ha mostrado siempre un actuar diligente y colaborativo en relación con las medidas concretas que se le exigen en su calidad de vecino adyacente al Islote Pájaros Niños, toda vez que reconoce la importancia del mismo.

\* \* \*

De esta manera, no es posible concluir, ni aun bajo los supuestos de la presunción legal contemplada en la LBGMA ni tampoco bajo el estándar tradicional del reproche de culpabilidad, que la Cofradía haya tenido un actuar culpable respecto del Islote Pájaros Niños. Por lo anterior, no cabe sino rechazar la demanda de reparación de daño ambiental, por no cumplirse los requisitos configuradores de la responsabilidad. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, revisaremos que tampoco se da una relación de causalidad entre los hechos que se le imputan a la Cofradía y el supuesto daño alegado.

**C. No existe una relación de causalidad entre la supuesta acción de la Cofradía y el daño que se alega**

Dentro de los elementos de la declaración de responsabilidad por daño ambiental, se encuentra el nexo de causalidad que debe existir entre el comportamiento voluntario e ilícito y el daño ocasionado.

Respecto a este elemento, la doctrina ha dicho que “[e]n circunstancias que sólo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño.”<sup>41</sup>

En su demanda, el Comité Demandante señala erróneamente que no le corresponde acreditar el nexo causal, de modo que correspondería entonces a la demandada probar la inexistencia del vínculo causal entre su obrar y los supuestos daños ambientales descritos en su escrito. Como lo anterior es completamente incorrecto, la demanda pretende justificarlo, mediante la presunción de responsabilidad contenida en el art. 52 de la Ley N° 19.300, asumiendo -erradamente- que tal presunción se extendería también al nexo causal.

En este apartado se contraargumentará la efectividad de que la presunción -que no se aplica a este caso- opera también respecto de la causalidad, y junto con ello se demostrará la inexistencia de una relación causa efecto entre las acciones descritas por el demandante y los daños también descritos por esa parte.

La relación de causalidad como requisito común a todos los tipos de responsabilidad civil, también se exige respecto del daño ambiental. Así, a partir de la lectura de los artículos 3 y 51 inc. 1 de la LBGMA queda claro que será responsable *el que cause* daño. De ahí que, en virtud de la aplicación supletoria de la normativa del Código Civil, la carga probatoria recae en aquél que alega - en este caso- el daño (artículo 1698 Código Civil).

(i) *El nexo de causalidad debe ser acreditado por quien alega el daño ambiental*

---

<sup>41</sup> Barros Bourie, Enrique. 2011. Op. Cit. 373p.

Como ya se señaló, en materia probatoria por regla general corresponde que quien alega un hecho deba probarlo, y como el régimen civil extracontractual opera supletoriamente en todo aquello no previsto por la LBGMA ni leyes especiales, el *onus probandi* del nexo causal recae en el demandante.

A pesar de lo anterior, el Comité Demandante pretende excusarse del deber probatorio que tiene sobre la relación causal, aduciendo que la extensión de la presunción de responsabilidad abarcaría también el campo de la causalidad. Así da por acreditado el nexo causal e invirtiendo la carga de la prueba. Con lo anterior transfiere injustificadamente a esta parte la obligación de probar la causalidad.

Con ello, queda claro que la demandante una vez más se equivoca, esta vez en la comprensión de esta presunción, pues extiende su aplicación a ámbitos que tanto la LBGMA no abarca ni que el legislador pretendió nunca abarcar<sup>42</sup>. Con esto nos referimos al nexo causal. En efecto, la presunción señalada se refiere únicamente a la culpabilidad, pero no a la relación de causalidad, siendo ambos requisitos, cosas jurídicas y conceptualmente distintas.

El artículo 52 inc. 1 de la LBGMA señala que se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a normativa ambiental. Mientras que el inc. 2 de la misma norma hace la prevención de que sólo habrá lugar a la indemnización, si se acredita la relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido.

Esta norma tiene por finalidad presumir legalmente la culpabilidad del autor, es decir la concurrencia de la culpa o el dolo, de modo que sólo bastaría acreditar una infracción a normas ambientales para presumir la culpabilidad. Ese es el objetivo preciso de la presunción y por lo tanto se mantiene incólume la carga probatoria sobre la relación causal.

Así lo ha entendido la doctrina, al señalar que “[a] pesar que la norma del artículo 52 de la Ley del medio ambiente parece indicar que la infracción a normas legales o administrativas da lugar a una presunción general de

---

<sup>42</sup> “(...) [e]l art. 55, establece que se presume legalmente la responsabilidad del autor si el daño ambiental se produce por infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación. O sea, **se consagran determinadas presunciones, y éstas presumen, precisamente, la negligencia y la culpa...**”. Historia Fidedigna de la Ley N° 19.300. Discusión en Sala. 702p.



*responsabilidad, lo cierto es que esa disposición reitera los principios generales que rigen en materia de culpa infraccional. La única norma pertinente de la ley en materia de causalidad se limita a reiterar el principio general de responsabilidad civil, esto es, que debe ser acreditada una relación causal entre la infracción y el daño.”*<sup>43</sup>

Es más, también se ha rechazado categóricamente la presunción del nexo causal arguyendo que “[l]a relación de causalidad del daño ambiental no puede presumirse. Con lo que en aquellos casos en que se presuma la responsabilidad del sujeto agente de la acción u omisión que se estima provocó el daño, igualmente habrá que probar la relación de causa a efecto entre la conducta (activa u omisiva) y el daño producido. En efecto, se debe probar que el hecho doloso o culposo es la causa del daño ambiental, que de no mediar aquel hecho el daño no se habría producido”<sup>44</sup> (énfasis agregado), y así también que “(...) la Ley 19.300, en su artículo 52, establece una presunción legal de culpa para aquellos casos en que el autor del daño ha cometido una infracción a la normativa ambiental. Con todo, sigue siendo perentorio demostrar un vínculo causal entre la acción del demandado y el daño ambiental.”<sup>45</sup> (énfasis agregado)

La razón de exigir la causalidad aun habiéndose probado una determinada infracción ambiental y consiguientemente presumiéndose la culpabilidad, yace en que no basta sólo constatar la infracción para establecer que a dicha infracción le es imputable la consecuencia dañosa, sino que debe acreditarse la existencia de la relación causa efecto entre la conducta ilícita y el daño, es decir, el último debe ser una consecuencia necesaria y directa del primero.

Exigir que se presuma la causalidad en sede ambiental sería aún más desacertado. Esto porque en ésta existiría una dificultad mayor<sup>46</sup>, para atribuir los daños a un determinado hecho ya sea por la existencia de una serie de potenciales agentes causantes del daño, ya sea porque el daño se produce en un continuo temporal, lo que implica que pueden existir múltiples causas del

<sup>43</sup> Barros Bourie, Enrique. 2011. Op. Cit., 808p.

<sup>44</sup> Bermúdez Soto, Jorge. 2015. Fundamentos de Derecho Ambiental. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso. 405p.

<sup>45</sup> Pastén D., Bastián, PAROT H., Gonzalo. 2012. Diversificación de la Reparación del Daño Ambiental en Chile: perspectivas para los Planes de Reparación. Revista de Justicia Ambiental, ONG FIMA. Año IV, Diciembre. 172p,

<sup>46</sup> Cafferatta, Néstor. Régimen de responsabilidad objetiva por daño ambiental. Revista de Derecho Ambiental (Nº3): 75 – 92. “Si el examen de la relación de causalidad constituye uno de los temas más conflictivos existentes en el campo del derecho, (al punto de ser considerada inasequible desde una óptica epistemológica), en el caso particular del daño ambiental los problemas cognoscitivos se acentúan notablemente”. 86p.

mismo, por lo que una presunción de esa naturaleza atentaría contra el principio de responsabilidad personal que subyace al régimen de responsabilidad por el daño ambiental.

En virtud de lo anteriormente señalado, es que bajo ningún aspecto se puede presumir el nexo causal entre el actuar de mi representada con los supuestos daños ambientales alegados por la demandante.

Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de que la demandante solo dice que es “*incuestionable*” la responsabilidad de la Cofradía, a continuación, se demostrará que la literatura científica disponible sugiere que es precisamente *cuestionable* que sea la Cofradía la responsable de los supuestos daños alegados.

(ii) *Inexistencia del vínculo causal entre actuar de Cofradía Náutica del Pacífico y el supuesto daño perpetrado en Islote Pájaros Niños*

A continuación, pasaremos a desarrollar aquellos aspectos científicos omitidos por la autora en su escrito respecto de los siguientes puntos:

a. *Disminución poblacional del pingüino de Humboldt*

En lo pertinente, la demandante señala dos puntos relevantes. El primero es que existe una tendencia al aumento de la densidad poblacional global de la especie; mientras que el segundo es que, a pesar de la constatación de dicha tendencia, en el Islote Pájaros Niños habría una disminución en la población del pingüino de Humboldt producida por causas no naturales atribuibles a la intervención antrópica de la Cofradía. En su argumentación omite deliberadamente antecedentes aportados por la literatura científica respecto a la tendencia global respecto de la densidad poblacional de la especie. El principal sustento de la demandante para formular esta hipótesis, de acuerdo con la nota al pie N° 40 de la demanda, es un estudio *no publicado*.

Sin perjuicio de que el análisis de la causalidad debería remitirse exclusivamente a que la causa de la supuesta disminución de la especie en el Islote Pájaros Niños no tiene una relación causal con el comportamiento de la Cofradía, en primer lugar, nos haremos cargo de lo que podríamos denominar ‘tendencia global de la población del Pingüino de Humboldt’ para luego pasar a desarrollar la inexistencia de la causalidad en la supuesta disminución poblacional de la isla.

La comunidad científica no ha alcanzado un consenso en relación a determinar si es que nos encontramos frente a un patrón estable del número de especies del pingüino de Humboldt, o bien si es que ha habido una tendencia a la disminución de la misma.

Conforme a la primera hipótesis se han referido Wallace & Araya (2015)<sup>47</sup> señalando que entre los años 1999-2008 no habría fluctuaciones importantes en la población *total* de pingüinos de Humboldt y que en cambio se evidenciaría un recuento similar a través de los años sometidos a estudio en las distintas áreas de estudio. En dicho análisis siempre se ha incluido el Islote Pájaros Niños.

Para dar a conocer los resultados dichos autores elaboraron el siguiente gráfico:

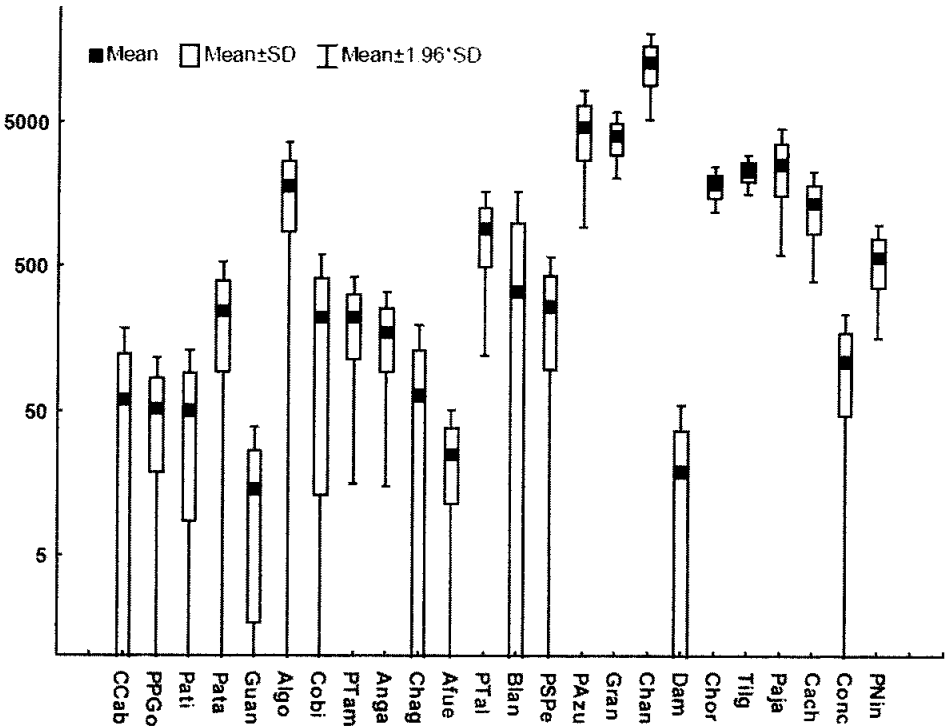


Fig. 2. Mean numbers of Humboldt Penguins counted at each site during the period of moult in 2001-2008. Values are shown on a log scale.

Marine Ornithology 43: 107-112 (2015)

**Figura 1. Wallace, Roberta, & Araya, Braulio. Humboldt Penguin  
Spheniscus humboldti population in Chile: counts of moulting birds,  
february 1999-2008. Marine Ornithology Volume 43, No. 1, 2015, Pp. 107-  
112. 110p.**

<sup>47</sup> Wallace, Roberta, & Araya, Braulio. Humboldt Penguin *Spheniscus humboldti* population in Chile: counts of moulting birds, february 1999-2008. *Marine Ornithology* Volume 43, No. 1, 2015, Pp. 107-112. En línea <[http://www.marineornithology.org/PDF/43\\_1/43\\_1\\_107-112.pdf](http://www.marineornithology.org/PDF/43_1/43_1_107-112.pdf)>

En la Figura 1, se puede apreciar que hay una tendencia mantenida tanto en la población del pingüino de Humboldt entre 2001-2008 en el Islote Pájaros Niños, oscilando el rango promedio entre 278-898 especies<sup>48</sup> como en las demás zonas analizadas.

Pero bien, al contrario de lo que sugiere el Comité Demandante, hay estudios que demuestran que en la población *universal o total* del pingüino de Humboldt habría una tendencia a la baja. Dentro de estos estudios podemos encontrar los censos realizados tanto por Corporación CULTAM como por el Departamento de Áreas Silvestres Protegidas de CONAF de la Región de Atacama. En última instancia encontramos el Informe realizado por *Birdlife International* (2018)<sup>49</sup> sobre el pingüino de Humboldt.

En las conclusiones de CULTAM consagradas en el Informe Final de Proyecto FIPA N° 2016-33: “Censo de Pingüinos de Humboldt”, el que contó con la revisión del Islote Pájaros Niños, se señala que *“la percepción general es que los valores obtenidos en este estudio representan un valor notoriamente bajo. Esta aparente tendencia a la baja en el número de pingüinos de Humboldt coincide con las observaciones realizadas por CONAF en dos colonias del SNASPE en la Región de Atacama (Pan de Azúcar y Chañaral), las que han registrado una disminución sostenida en el número de individuos contabilizados durante la muda desde el año 2009/2010”*<sup>50</sup> y más adelante indica que *“(…) nuestros datos se enmarcan dentro de lo que parece ser una disminución general de la especie, especialmente en las colonias ubicadas desde Isla Choros al Norte”*<sup>51</sup>.

A esa misma conclusión llegó el segundo censo mencionado. Este censo contenía una restricción, que sólo estudiaría la Isla Pan de Azúcar del Parque Nacional Pan de Azúcar y la Isla Chañaral del Reserva Nacional Pingüino de Humboldt. Es decir, dos áreas protegidas y custodiadas por la CONAF. El

<sup>48</sup> Wallace, Roberta, & Araya, Braulio. Appendix 1. Humboldt Penguin *Spheniscus humboldti* population in Chile: counts of moulting birds, february 1999-2008. Marine Ornithology Volume 43, No. 1, 2015, Pp. 107-112.

<sup>49</sup> Birdlife International. 2018. *Spheniscus humboldti*. The IUCN Red List of Threatened Species 2018: e.T22697817A132605004. <http://dx.doi.org/10.2305/IUCN.UK.2018-2.RLTS.T22697817A132605004.en>. Visitado 04 de septiembre de 2019.

<sup>50</sup> Simeone C., Aguilar P., Roberto, Luna J, Guillermo. Informe Final Proyecto FIPA N° 2016-33: “Censo de Pingüinos de Humboldt”, Corporación CULTAM, Santiago, julio 2018. 5p.

<sup>51</sup> Simeone C., Aguilar P., Roberto, Luna J, Guillermo. Op. Cit., 42p.

resultado principal muestra que en ambas islas “[s]e ha observado en los últimos diez años una disminución considerable de *Spheniscus humboldti*”<sup>52</sup>.

El último Informe mencionado es el realizado por *Birdlife International*, una organización mundial dedicada a la protección de aves y sus hábitats. En dicho Informe se señala que “[c]olonies in central Chile showed a stable or negative trend. As a consequence, interpreting the current trend of the global population is problematic and further research is needed. However, considering the lack of evidence for an overall stability or increase in numbers, the current population trend is precautionarily retained as declining.”<sup>53</sup>

Estos estudios indican claramente que no existe dentro de la comunidad científica -sea por las distintas metodologías utilizadas, por la ausencia de censos regulares, u otros motivos-, una única opinión respecto a la densidad poblacional de la especie pingüinos de Humboldt que excluya las demás hipótesis. Esto quiere decir que lo señalado como un hecho cierto por la demandante respecto a que existiría una tendencia poblacional ascendente, no tiene respaldo científico suficiente. En efecto, como se demostró, los estudios actuales demuestran más bien lo contrario. De este modo, es falso afirmar desde una perspectiva científica que el Islote Pájaros Niños sería la excepción a una tendencia ascendente en la población de esta especie atribuyéndole responsabilidad a la Cofradía. En virtud de lo anterior, se puede afirmar, al menos, que no hay fundamentos científicos uniformes que avalen la veracidad de lo sostenido por el Comité Demandante.

A *contrario sensu*, lo que sí podemos concluir es la ausencia de claridad respecto a si en el Islote Pájaros Niños nos enfrentamos a un caso particular de disminución poblacional o bien, se trata de un escenario distinto correspondiente a un fenómeno global que estaría afectando la totalidad de la densidad poblacional, es decir, a todos los asentamientos de dicha especie.

Respecto a este último punto, de ser éste el caso, en el campo científico aún no se han aventurado al esclarecimiento absoluto de la(s) causa(s) específica(s) de disminución poblacional de los pingüinos de Humboldt; sin embargo, distintos científicos señalan que a lo largo de la historia han podido establecer causas que influyen en las fluctuaciones de la densidad de los mismos.

---

<sup>52</sup> Ravanal W., Francisca. 2017. Recopilación de datos obtenidos sobre Pingüino de Humboldt por el cuerpo de guardaparques en las Islas insertas en las Áreas Protegidas de Atacama entre 2010 y 2017. Departamento de Áreas Silvestres Protegidas, CONAF Región de Atacama. 20p.

<sup>53</sup> Birdlife International. 2018. Op. Cit., 4p.

Así se reconocen como principales amenazas las siguientes:

- (i) Factores climáticos (ENOS);
- (ii) Pesquerías;
- (iii) Contaminación;
- (iv) Perturbación humana; y
- (v) Especies invasoras.

La presencia de estas causas permite demostrar que no hay relación causal entre la supuesta disminución de pingüinos Humboldt en el Islote Pájaros Niños y el comportamiento de la Cofradía.

- (i) Factores climáticos (ENOS)

El ENOS o El Niño Oscilación Sur afecta negativamente a la especie<sup>54</sup>. El conocimiento de la afectación producida por este fenómeno viene de antaño donde se señalaba que *“estudios posteriores al fenómeno ‘El Niño’ de 1982-1983 revelaron declinaciones muy significativas en las poblaciones de ambos países [Chile y Perú]. En 1984 Araya y Todd (1987) registraron una baja del 72-76% de la población en Chile con respecto a la registrada por Araya (1983), mientras que Hays (1986) informó de una declinación de un 65% para las poblaciones de Perú”*<sup>55</sup>.

Dicho lo anterior, no es posible obviar el hecho de que debido a las condiciones climáticas que está enfrentando el mundo actualmente, el fenómeno El Niño se ha acentuado y aumentado su frecuencia.

En efecto, el Plan de Manejo del Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños, citado por la demandante, señala que *“El pingüino de Humboldt es una especie endémica de la Corriente de Humboldt, que ocurre entre las costas del sur de Ecuador hasta el centro sur de Chile: en el pacífico sur de América del Sur. La distribución del pingüino de Humboldt comprende desde el centro de Perú hasta el centro de Chile. En Perú los límites al norte de su ubicación llegan hasta las islas de Lobos de Tierra. En Chile, se distribuye desde las costas de Arica hasta*

<sup>54</sup> Ravanal W., Francisca. 2017. Op. Cit. 3p.

<sup>55</sup> Simeone C., Alejandro. Conservación del Pingüino de Humboldt *Spheniscus humboldti* Meyen 1834 en Chile y situación de algunas colecciones existentes en zoológicos extranjeros. Boletín Chileno de Ornitología 3: 25-30. Unión de Ornitólogos de Chile 1996. Pp- 25-26.

la Isla Metalqui (pequeño islote rocoso en la costa noroccidental de la Isla Grande de Chiloé). Se le considera una especie visitante en Ecuador. La población de pingüinos de Humboldt se encuentra afectada por las fluctuaciones causadas por los fenómenos de El Niño Oscilación Sur (ENSO) y de La Niña. Estas fluctuaciones afectan la temperatura del agua en la corriente de Humboldt. Los cambios en las temperaturas de las aguas superficiales provocan que las sardinas o anchovetas naden a mayor profundidad donde muchas de aquellas otras especies que se alimentan de ellas, incluyendo a este pingüino, no las pueden alcanzar. Cuando esto sucede, miles o millones de aves mueren de hambre. Los lobos marinos y otras especies de mamíferos marinos también se verían afectados.”<sup>56</sup>

En el mismo Plan de Manejo se señala que, siguiendo estudios de 2013, “en el Islote Pájaros Niños, la reproducción de otoño-invierno se ve frecuentemente interrumpida por las lluvias, lo que causa abandono de gran parte de los nidos, con la consiguiente pérdida de huevos y pollos”<sup>57</sup>

(ii) Redes de enmalle; contaminación; perturbación humana; Especies invasoras

Todos estos factores han sido reconocidos como amenazas que perturban a la población de pingüinos de Humboldt en lugares que nada tienen que ver con la Cofradía.

En el siguiente gráfico aquello se registra:

Zona	Nombre sitio	Latitud (°S)	Longitud (°O)	DH	EI	CT	PQ	PH
III	Isla Verde	-31 51.94516'	-71 32.33089'		1	1		1, 2
III	Isla Blanca-Los Vilos	-31 52.63919'	-71 31.73663'			1		1, 2
III	Isla Huevos	-31 54.38416'	-71 31.59378'		1, 2	1		1, 2
III	Islote Locos	-32 07.88623'	-71 31.85174'		1	1		1, 2
III	Islote Los Lobos-Papuco	-32 28.42862'	-71 26.42375'		1	1		1, 2
III	Isla Cachagua	-32 35.19622'	-71 27.41954'		1, 2	1	1	1, 2
III	Islote Concón	-32 53.38356'	-71 31.26873'	1		1	1	1, 2
III	Islote Pájaro Niño	-33 21.59862'	-71 41.24773'		1, 2, 3, 4	1	1	1, 2
III	Isla Pupuya	-33 58.37714'	-71 53.65331'			1	1	1, 2
III	Islote Pingüino	-40 56.33769'	-73 54.07382'			1		2
III	Puñihuil Islote Chico	-41 55.32437'	-74 02.44625'				1	1
III	Puñihuil Islote Grande	-41 55.32437'	-74 02.44625'				1	1
III	Isla Metalqui	-42 11.73721'	-74 08.91602'			1		2

DH= Destrucción/degradación de hábitat: 1) extracción de guano; EI= Especies invasoras: 1) ratas, 2) conejos, 3) perros, 4) gatos, CT= Contaminación: 1) basura, 2) empetrolamiento, 3) Emisiones atmósfera (termoelectricas), 4) Vertidos al mar (muelles industriales); PQ= Pesquerías: 1) redes de enmalle; PH= Perturbación humana: 1) turismo, 2) extracción recursos (algas, mariscos), 3) pesca recreativa.

<sup>56</sup> Corporación Chile Ambiente. Plan de Manejo Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños. P.48  
<sup>57</sup> Ídem P. 47

**Figura 2. Informe Final Proyecto FIPA N° 2016-33: “Censo pingüinos de Humboldt”. Corporación CULTAM. Julio, 2018. 25p.**

Así, se demuestra que hay varias causas para la disminución de la población (de acuerdo con lo señalado por estos autores), y que, en el Islote Pájaro Niños, habría especies invasoras, contaminación catalogada como basura, redes de enmalle y dentro de la perturbación humana, turismo y extracción de recursos, al igual que en tantos otros lugares que no tienen molos contruidos y que se encuentran aislados de tierra firme.

En efecto, en cuanto a las especies invasoras, no es válido el argumento que solamente porque el Islote Pájaros Niños se encuentra unido a tierra por el muelle es que hay animales que llegan a perturbar a los pingüinos. Esto porque como se ve en el gráfico, en el caso de la Isla Cachagua hay presencia de ratas y conejos aun cuando es una Isla que no tiene conexión alguna con el territorio continental, lo que claramente no evita que lleguen dichas especies, ya que la Figura 2 muestra igualmente la presencia de ratones y conejos en la dicha isla.

En cuanto a las redes de enmalle, turismo y extracción de recursos, se debe recordar que en la comuna donde se emplaza el Islote Pájaros Niños hay mucho turismo; a modo de ejemplo, podemos señalar los condominios de las Playas Canelillo y Canelo por un costado de la Marina. Mientras que, por el otro lado del Islote, se encuentra la caleta de Algarrobo, ya que en la zona hay comunidades que se dedican a la extracción de recursos marinos para la cual utilizan redes de enmalle. Todos estos elementos son reconocidas amenazas de los Pingüinos de Humboldt y estarían todas presentes en el Islote Pájaros Niños (según en el censo); al igual que en tantos otros lugares. Sin embargo, la demandante con un sesgo evidente apunta únicamente a mi representada como responsable de la supuesta disminución excepcional de la especie.

Sin perjuicio de que todo lo aquí enunciado basta para demostrar la ausencia de causalidad, no se puede obviar que la misma actora al momento de tratar la culpa infraccional utiliza el argumento contrario al que ella misma promulga sobre la supuesta tendencia ascendente de la población del pingüino de Humboldt y que el Islote sería la excepción. Así, para justificar una supuesta infracción a la Ley de Monumentos Nacionales utiliza información del MMA donde se señala que *“se verifica una disminución continua [de la especie] observada en el área,*



*extensión y calidad del hábitat y fluctuaciones extremas en el número de individuos maduros.*” Con ello queda claro que la actora utiliza la argumentación de manera antojadiza y según su conveniencia, contraviniendo además directamente las reglas de la lógica, en específico la de la no contradicción<sup>58</sup>. Esto porque no puede señalar al mismo tiempo que hay una disminución continua de la especie y al mismo tiempo señalar que la tendencia actual es al aumento.

En virtud de todo lo aquí enunciado, se puede comprobar la ausencia de relación causal entre la supuesta disminución de pingüinos del Islote Pájaros Niños y el comportamiento de la Cofradía.

A mayor abundamiento, si se acogiera la demanda, la exigencia contenida en el artículo 35 de la Ley N° 20.600 sobre la valoración de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica no se vería cumplida, ya que la causalidad entre los hechos imputados a la Cofradía y la supuesta excepcional disminución de la especie *Spheniscus humboldti* (en desmedro de la tendencia universal) no es posible configurarla como un conocimiento científicamente afianzado. Lo anterior, porque ha quedado demostrado que las teorías científicas varían las unas con las otras en relación con qué está pasando verdaderamente con la población de *Spheniscus humboldti* y, además, en caso de que haya una disminución global de la misma no han podido establecer las causas para la tendencia descendente de la especie en su totalidad.

*b. Disminución cobertura vegetal*

La supuesta disminución de la cobertura vegetal se encuentra íntimamente ligada a la afectación del suelo, ya que la causa principal sería la misma. Como consecuencia de esto, el mismo razonamiento que se utilizará a continuación servirá para ambas alegaciones.

*c. Supuesto daño al componente suelo*

En lo que respecta al supuesto daño causado al componente suelo, el Comité Demandante señala, en primer lugar, que éste se atribuiría directa o indirectamente a la Cofradía. Acto seguido cita el Plan de Manejo del Santuario

---

<sup>58</sup> González Castillo, Joel. 2006. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 1: 93 – 2007. 100p. “Una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí”.

de la Naturaleza Islote Pájaros Niños en el cual se indica que “[l]a remoción de la cubierta vegetal de la parte alta del Islote junto con las intensas precipitaciones características de la zona han generado que la erosión haya sobrepasado el nivel de resiliencia de estos ecosistemas impidiendo que estos puedan recuperarse de forma natural”<sup>59</sup>; que “[l]a presencia de erosión puede ser un claro indicador de intervención antrópica en el sector”<sup>60</sup> y que por último “[u]no de los efectos producidos por la intervención en la construcción del faro (...) corresponde al inicio de los procesos erosivos por parte de las intensas lluvias que caracterizan a la costa de la zona central de Chile. Esto ha facilitado la inundación de nidos de pingüino durante el invierno producto de la remoción y deslizamiento de tierra de la parte alta del islote. La utilización de estos lugares por parte de diferentes aves de gran tamaño para nidificar ha imposibilitado la reforestación o la germinación natural de la vegetación.”<sup>61</sup>

A su juicio únicamente con esto quedaría demostrado que la erosión del suelo, y consecuentemente la afectación de la cobertura vegetal, se debe al supuesto comportamiento ilícito de la Cofradía. Lo anterior es una incoherencia insalvable porque en el mismo texto se señala que la acción de la Armada de Chile constituye el hito inicial de la erosión del Islote Pájaros Niños, cuestión respecto de la cual la Cofradía y sus instalaciones nada tienen que ver.

Es más, dichos párrafos dan cuenta de que la única *intervención antrópica* atribuible a alguien es a la Armada de Chile. La construcción del faro por parte de la Armada requirió de la tala de árboles *Pino radiata*, dejando posteriormente desértico el lugar. Esto, según da cuenta el mismo texto, permitió que determinadas aves de *gran tamaño* se apropiaran del sector y como consecuencia de lo anterior es que el Islote esté sufriendo la imposibilidad de regeneración de su suelo.

La demandante yerra grave e injustificadamente al atribuirle el supuesto daño ocasionado al componente suelo a la Cofradía, puesto que para alegar dicha afectación se vale de lo dispuesto por el Plan de Manejo citado reconociendo que fue la Armada quien llevó a cabo la tala de los árboles. De ahí que haya una incoherencia insalvable entre lo establecido por la fuente utilizada y la atribución normativa de la afectación a la Cofradía.

<sup>59</sup> Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente, Plan de Manejo Santuario de la Naturaleza Islote Pájaro Niño, 2014. 130p.

<sup>60</sup> Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente, Ibidem, 73p.

<sup>61</sup> Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente, Op. Cit., 77p.

Con todo, para realizar la imputación a la Cofradía cree suficiente el argumento de que mi representada se vea beneficiada por la instalación de un faro, cuestión que a todas luces es insuficiente para construir el requisito de la relación causal. Acá, una vez más, queda en evidencia la calidad argumentativa de la demanda. Sin siquiera elaborar su idea, señala que *“Se desconoce el rol de la demandada en la instalación de un faro en el Islote. Sin embargo, claramente existió una omisión por parte de la Cofradía náutica al no oponerse o, al menos, no hacer ver a la Autoridad Marítima las consecuencias ambientales y paisajísticas que la tala de los pinos en la cima del Islote provocaría a las bellezas naturales y paisajísticas del Islote y a cuya preservación estaba obligada la demandada, tanto por el deber legal de evitar actividades que dañen un Santuario de la Naturaleza, cuanto como concesionaria con especiales obligaciones del Islote.”*<sup>62</sup>

Si bien no vale la pena detenerse demasiado en esta afirmación, se debe destacar la creatividad del Comité Demandante, pues, a pesar de que la instalación del faro es anterior a la existencia de las instalaciones de la Cofradía, por lo que malamente ésta pudo oponerse, genera una suerte de obligación de informar y oponerse a las autoridades competentes para que realicen lo que, precisamente, es parte de su competencia técnica hacer. Esta “obligación” de hacer ver a las autoridades ciertos temas, además, la ampara en una supuesta responsabilidad de la Cofradía en la administración de un Santuario de la Naturaleza (cuestión que ignora completamente cómo funciona la protección de los monumentos nacionales en Chile) y, finalmente, establece que la circunstancia de obtener una concesión marítima para el desarrollo de cierta actividad supondría un deber especial de protección de parte de bienes no afectos a la concesión. Un análisis muy simple del rigor argumentativo de esta afirmación obliga a rechazarla.

*d. Supuesto daño al componente paisaje*

Como se señaló precedentemente, la Cofradía, desde su creación, se fijó como meta no tan solo incentivar los deportes náuticos y desarrollar la infraestructura de apoyo necesaria para esos fines, sino también fomentar la educación y el conocimiento de los valores patrimoniales y culturales relacionados con el mar, conforme lo contempla la Política Oceánica Nacional, contribuyendo así a la

---

<sup>62</sup> Fs. 330.

promoción de la conciencia marítima, a través de su invitación a la comunidad en general al conocimiento cabal de lo que el mar significa para Chile.

Muestra de lo anterior son las diferentes instancias de participación de la comunidad, como visitas, corridas familiares, apoyo a programas municipales para adultos mayores, cursos de verano para niños, entre otras actividades que la comunidad de Algarrobo ha reconocido.

La Cofradía rechaza en todas sus partes la alegación respecto del componente paisaje, pues, al contrario de lo que sugiere la demandante, se han adoptado medidas voluntarias que realzan la belleza de Algarrobo. En cuanto a la causalidad, aparte de que los actos y omisiones que se imputan nada tienen que ver con la Cofradía, ésta sólo ha adoptado medidas en conjunto con la comunidad para que esta última pueda disfrutar de la belleza del litoral.

\* \* \*

De esta manera, puede concluirse que, por un lado, no se puede extender la presunción de culpabilidad a la causalidad, como intenta artificiosamente hacerlo la demandante. Por otra parte, respecto de todas las supuestas afectaciones al medio ambiente, en ninguna de ellas se puede predicar causalidad respecto entre las supuestas acciones que se alegan y el daño. Por esta razón, la demanda no puede ser acogida.

#### **D. Supuestos daños imputados a la Cofradía**

En la especie, la demandante invoca la existencia de daños infligidos a los componentes biodiversidad, suelo y paisaje atribuyendo la totalidad de éstos al actuar de mi representada, la que supuestamente a través de determinadas acciones habría provocado cada uno de los supuestos daños ambientales. Dichas acciones, controvertidas por esta parte, serían: (i) la construcción del molo de conexión y otras instalaciones en el Islote; (ii) falta de resguardos para evitar el ingreso de la fauna depredadora; (iii) actos en contra de la avifauna del Islote; y (iv) actividades de perturbación a la fauna del Santuario.

En su escrito, la actora justifica la significancia de la totalidad del supuesto daño en las siguientes premisas (i) el Islote Pájaros Niños es un área protegida por el Estado; y (ii) su ecosistema es vulnerable. En lo que no repara la demandante, es

que no basta la mera afirmación de que nos encontramos frente a un área de protección – que por lo demás, es un hecho evidente y notorio – para entender que hay daño significativo, sino que el daño debe haber sido infligido al ecosistema por una determinada acción u omisión negligente que sea susceptible de imputarse a determinada persona, cuestión que como ha señalado reiteradamente esta parte, no se cumple en la especie.

En ese sentido, el Tercer Tribunal Ambiental ha señalado que afirmar la mera existencia de un hecho público y notorio es insuficiente por sí solo para configurar la existencia de un daño ambiental, y menos para sostener la significancia del mismo. A *contrario sensu*, para probar la existencia de daño es indispensable:

*“a) Identificar cuáles son los componentes del medio ambiente que habrían experimentado pérdida, disminución, detrimento o menoscabo (ejemplo agua, suelo, aire, etc.);*

*b) Precisar el ecosistema al que el componente afectado pertenece (ej. Río Chifín, laguna de Aculeo, bosque, etc.);*

*c) Determinar cómo la acción u omisión acusada genera una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en el ecosistema identificado, ya sea, para (i) proveer servicios ecosistémicos, (ii) asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de esos componentes (conservación), o (iii) mantener las condiciones que hacen posible la evaluación y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país (preservación); y*

*d) Significancia.”*<sup>63</sup>

Quedará demostrado que la actora no cumple con todos esos requisitos en su escrito y que el supuesto daño alegado por ésta carece de significancia. En virtud de ese y otros motivos que se presentarán debidamente, sus afirmaciones no constituyen daño ambiental en los términos exigidos por la LBGMA, de modo que no puede entenderse que el comportamiento de mi representada haya generado un menoscabo significativo en el Islote Pájaros Niños.

---

<sup>63</sup> Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 28 de diciembre de 2017, Rol N° D-17-2016, considerando cuadragésimo segundo.

(i) *No se cumple la exigencia legal de significancia del daño ambiental*

Como es sabido, la construcción del concepto de daño ambiental significativo se debe a los esfuerzos desplegados tanto por la doctrina como jurisprudencia, quienes, a partir de la normativa existente en la LBGMA, han delineado directrices sobre el establecimiento del umbral de significancia o importancia del daño que trae como consecuencia la responsabilidad ambiental.

Esto porque la normativa al respecto es escasa y poco abundante. Así, el art. 2 letra e) de la LBGMA define el daño ambiental como *“toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.”* Mientras que medio ambiente se encuentra definido en el art. 2 letra II) de la misma norma como *“el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.”*

Arribada a la conclusión de que el legislador al reglar de esa manera los conceptos de daño ambiental y medio ambiente, lo hizo de forma amplia abarcando una multiplicidad de situaciones; con lo cual, muchas serían las afectaciones que podrían considerarse originarias de responsabilidad ambiental. Sin embargo, y a modo de contrapeso, el mismo estableció el requisito fundamental de la significancia, lo que se traduce en que no basta cualquier afectación al medio ambiente, sino que se exige cierta envergadura o intensidad, reservándose esta institución exclusivamente a aquellos daños de especial importancia o consideración<sup>64</sup>.

Así, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que

*“Si bien la ley no ha conceptualizado el carácter de significativo del daño ambiental, es posible reconocer razonablemente de la propia normativa ambiental una serie de criterios que permiten dilucidar esa interrogante, tales como: a) la duración del daño; b) la magnitud del mismo; c) la cantidad de recursos afectados y si ellos son reemplazables; d) la calidad o valor de los recursos dañados; e)*

---

64 Bermúdez Soto, Jorge. 2015. Op. Cit., Pp. 401 – 402.

*el efecto que acarrear los actos causantes en el ecosistema y la vulnerabilidad de este último; y f) la capacidad y tiempo de regeneración.”*<sup>65</sup>

Por su parte, la demandante en su escrito arguye que el supuesto daño ambiental sería significativo respecto de todos los componentes en atención a que: (i) El Islote es un área protegida del Estado; (ii) tanto el Santuario como las especies son especialmente vulnerables; (iii) alto valor de los recursos afectados; y (iv) el daño cubre la totalidad del Santuario.

Como ya se adelantó, consta en su escrito que la actora a partir de la condición de área protegida del Islote, asume la existencia de daño ambiental significativo. Esto es a todas luces insuficiente, ya que por su mera condición de Santuario de la Naturaleza no puede afirmarse que mi representada le haya infligido menoscabo significativo. Esto, toda vez que se requiere que por medio de una conducta dañosa se provoque una afectación directa en el Islote.

Por muy evidente que sea traer a colación los requisitos de la acción de daño, es necesario recalcar que se exige que por medio de la ejecución directa de actos u omisiones se afecte el área protegida, no bastando el solo reconocimiento de área protegida para entender la concurrencia de la significancia del daño. Y como ya se ha señalado, la Cofradía no ha cometido actos de afectación en el Santuario, si no que ha limitado su actuación lícita a los márgenes de la concesión marítima.

A mayor abundamiento, en la misma línea se ha referido la Corte Suprema al señalar que para verificar la existencia de un daño significativo se considera ‘el efecto que acarrear los actos causantes en el ecosistema y la vulnerabilidad de este último’, es decir, se requiere la existencia de un acto causante, cuestión controvertida por esta parte. Lo anterior, porque ha quedado demostrado que entre el comportamiento de la Cofradía y el estado actual del Santuario no hay una relación causal.

En suma, y relacionando lo señalado previamente con lo que se pasará a desarrollar relativo al daño, se debe concluir que al no ser capaz de imputársele a la Cofradía una afectación del Santuario a través de las actividades que la misma actora enumera, es que no nos encontramos frente al daño ambiental exigido por la ley que permitiría hacer procedente la acción de responsabilidad.

---

65 Corte Suprema, sentencia de 10 de diciembre de 2015, Rol N° 25.720-2014, considerando 5°.

a. *Respecto del daño al componente biodiversidad*

Podemos afirmar que las actividades señaladas por la demandante como causantes del supuesto daño (construcción del molo, falta de resguardos, actos en contra de la avifauna y perturbación al santuario), aún bajo el supuesto de que ellas fuesen veraces, no son capaces por sí de haber causado un daño que haya provocado la desaparición del pingüino de Magallanes, la disminución poblacional del pingüino de Humboldt, de otras especies de aves y el detrimento de la cobertura vegetal del Islote, de modo que conviertan al estado actual en que se encuentra éste en un daño ambiental significativo imputable a mi representada.

Así, respecto de la supuesta desaparición del pingüino de Magallanes señala que éste desapareció del Islote, y que dicha desaparición sería atribuible a mi representada sin ningún fundamento técnico o ambiental mediante. A su juicio, basta citar la bibliografía de un autor cuya hipótesis es que los pingüinos magallánicos han desaparecido de la Isla, para considerarlo como un daño ambiental que normativamente es susceptible de ser imputado a mi representada. Lo anterior carece de todo sustento, dado que la única información que se maneja es que los pingüinos habrían desaparecido de la Isla sin que dicho hecho haya sido atribuido a una acción u omisión determinada, esto porque sus causas no han sido estudiadas (lo que permite suponer, con justa razón, que la causa podría ser de índole natural o antrópica), por lo que difícilmente puede configurarse como un menoscabo ambiental imputable a la Cofradía. Es más, en el Plan de Manejo se señala que “*cierta bibliografía menciona que el Pingüino de Magallanes ya no se le ve en el Islote y habría migrado al Islote de Cachagua*”<sup>66</sup>, evidenciando lo incierto de la situación de la especie, y en relación con las causas que habrían provocado – en caso de que así sea- la migración de un Islote a otro. En cualquier caso, no es plausible hablar de “desaparición” y menos en términos de configuración de daño ambiental, toda vez que ha quedado demostrado que lo único cierto es que no se conoce la evolución de la relación entre el pingüino de Magallanes y el Islote Pájaros Niños.

Por otro lado, el argumento utilizado por la actora en relación con la disminución poblacional de los pingüinos de Humboldt para configurar el supuesto daño como uno de tipo significativo, es principalmente la vulnerabilidad de la especie.

---

66 Plan de Manejo Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños. Op. Cit., 42p.



Esta parte no controvierte la categoría de especie vulnerable de que goza la especie *Spheniscus humboldti*, cuya condición fue reconocida a través de la dictación del DS N° 50/08 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y la protección que la misma requiere para su conservación y preservación, pero sí hace presente, como ya lo ha señalado oportunamente, la incertidumbre científica respecto a la tendencia poblacional de la especie a nivel global y local (es decir, en el Islote), y en segundo lugar, controvierte que en caso de haber una disminución en el Islote sea el actuar de la Cofradía el causante de la misma.

Así, el Plan de Manejo expresamente señala que *“las explicaciones para estas disminuciones, tanto de nidos activos como de aves en la orilla, pueden incluir diversos factores, algunos externos al Islote y otros internos”*<sup>67</sup> y agrega que dentro de éstas se consideran la disponibilidad de alimento en el mar; enmallamientos en las redes de pesca artesanal; la presencia de especies alóctonas; la deforestación de la vegetación original del Islote y luego de la exótica; sensibilidad a la presencia humana por encontrarse el Islote cercano a centros poblados y por la visita de personas no autorizadas<sup>68</sup>.

En virtud de lo anterior, el actual número poblacional cotejado por el equipo que realizó el Plan de Manejo es sindicado por el mismo como un número bajo. Sin embargo, las causas que estarían detrás de esa disminución no son en lo absoluto atribuidas al comportamiento de la Cofradía.

En ese sentido, y para que la disminución de los pingüinos de Humboldt fuera considerado daño ambiental significativo, deberían cumplirse dos cosas: (i) debería ser capaz de concebirse como daño en los términos entregados por la LBGMA, la que señala que daño es todo detrimento, pérdida o menoscabo inferido al medio ambiente o a uno de sus componentes, por acción determinada de persona – natural o jurídica – determinada, cuestión que en la especie no se da; (ii) el daño de ser significativo, es decir, que la Cofradía haya realizado una afectación al ecosistema mediante la ejecución de uno o más hechos dañosos, cuestión que en la especie tampoco se da.

---

<sup>67</sup> Plan de Manejo Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños, Op. Cit., 79p.

<sup>68</sup> Plan de Manejo Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños, Op. Cit., Pp. 79 – 80.

Lo último en virtud de que la protección del Santuario corresponde al Estado, y en esa calidad éste ha incurrido en la omisión de la tuición del Islote y abandono del mismo.

Finalmente, al estar íntimamente relacionados el estado de la cobertura vegetal del Islote y del componente suelo, se tratarán conjuntamente en el siguiente acápite.

*b. Respecto del daño al componente suelo, cobertura vegetal del Islote*

En este apartado, a propósito del daño al suelo, a fs. 326, la actora señala que *‘el Islote Pájaros Niños ha sufrido la consecuente erosión de sus suelos por causas no naturales las que se pueden atribuir, directa o indirectamente, a acciones y omisiones de la Cofradía Náutica.’*

Dado que la inexistencia de la relación causal entre el estado actual de los suelos ubicados en la parte central del Islote y el comportamiento de mi representada fue debidamente abordada a propósito de la causalidad, no nos volveremos a referir al hecho de que probablemente fue la instalación del faro lo que provocó la deforestación de la meseta, lo que devino en la intervención de la flora vegetal originaria y exótica y en el estado actual de los suelos; y que, por lo tanto, no hay acción atribuible a la Cofradía por la generación de dichas consecuencias.

Sin embargo, nos referiremos a que el estado actual de los suelos no puede ser considerado un daño ambiental significativo.

Así, si bien se asume que producto de la deforestación de la vegetación nativa y exótica del Islote se dio inicio al proceso erosivo del sector alto de la meseta, esa acción por sí sola o de manera individual no puede ser considerada como la única generadora de la situación actual del suelo y la flora del Islote.

Esto porque a dicha deforestación, se suman factores naturales que han agravado la condición del suelo. Estos son: (i) la media histórica de lluvias estacionales propias de la zona costera central del país, que ya de por sí son calificadas de intensas<sup>69</sup>, y (ii) la utilización de esos lugares que al encontrarse despejados de flora han permitido la nidificación de aves de gran tamaño.

---

<sup>69</sup> Plan de Manejo Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños, Op. Cit., 77p

Producto del análisis de todos los factores enunciados que han imposibilitado la reforestación o germinación natural de vegetación<sup>70</sup> y que han provocado el estado actual de la meseta superior (en relación al componente suelo), es poco plausible atribuir la totalidad de la condición actual tanto del suelo como de la vegetación a causas de índole no naturales, puesto que ha quedado en evidencia que en la especie han operado tanto causas naturales como no naturales y esta parte irá más allá señalando que es probable que dichas causas hayan actuado de forma equitativa en la obtención de la condición actual de suelo y vegetación.

Por otro lado, la pérdida de suelo podría ser reversible en atención al uso que tenía, es decir, como sustento de biodiversidad.

Lo anterior a partir de lo señalado en el Plan de Manejo a propósito de los Planes Experimentales de Reforestación<sup>71</sup> y Control de Erosión del Islote<sup>72</sup>. El primero cuenta dentro de sus objetivos específicos ‘restaurar el ecosistema original existente en el Islote’, entre otros, mientras que el segundo señala que un objetivo específico es ‘garantizar la preservación del suelo superficial de tal manera que garantice una rápida recolonización por parte de las especies vegetales nativas’.

Siendo posible la reversibilidad de la condición actual del suelo y de la vegetación del Islote, y en atención al actuar conjunto de las causas en el desarrollo progresivo del suelo y la flora, es que no puede hablarse de daño ambiental significativo del Islote.

*c. Respecto del daño al componente paisaje*

En relación con el componente paisaje, la actora no señala cuál es la pérdida, afectación, detrimento o menoscabo del componente, y así tampoco alude a la significancia de la supuesta afectación, con lo cual está lejos del estándar exigido por la jurisprudencia en cuanto a los elementos necesarios para probar el daño (ver 3TA, Rol N° D-14-2014, considerando trigésimo segundo).

Es más, se limita a hacer consideraciones vagas sobre el Islote, sobre su condición de signo distintivo de la comuna de Algarrobo o cómo han variado los paseos en lancha alrededor de la Isla. Con lo anterior, para la demandante, bastaría para dar por acreditado el daño, lo que a todas luces es insuficiente.

---

<sup>70</sup> Plan de Manejo Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños, Ibidem.

<sup>71</sup> Plan de Manejo Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños, Op. Cit., Pp. 125 – 129.

<sup>72</sup> Plan de Manejo Santuario de la Naturaleza Islote Pájaros Niños, Op. Cit., Pp. 130 – 133.

\* \* \*

Como ha quedado demostrado, los argumentos de derecho del Comité Demandante son manifiestamente insuficientes y equivocados, por lo que no procede acoger la demanda de daño ambiental.

**V. LAS MEDIDAS REQUERIDAS POR LA DEMANDANTE SON INEFICACES PARA LA FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN AMBIENTAL**

Como último acápite, cabe señalar que las medidas de reparación solicitadas por el Comité Demandante son improcedentes por diferentes razones, siendo la principal de éstas, que las medidas lejos de contribuir a una reparación del medioambiente pueden provocarle un daño.

De manera previa, se debe indicar que la acción de reparación ambiental tiene por único y exclusivo objeto reparar materialmente el daño causado al medio ambiente en los términos establecidos en el artículo 2 letra s) de la Ley N° 19.300, en caso de que éste se haya probado. Dicho artículo prescribe que *reparación* consiste en “la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas.”

De la definición transcrita se sigue que el petitorio incorporado dentro de una demanda por reparación de daño ambiental, necesariamente debe consistir en la ejecución de medidas destinadas a volver al estado anterior al daño – invocado y posteriormente probado –, o en caso de no ser esto último posible, restablecer las propiedades básicas del medio ambiente dañado.

En la especie, las medidas solicitadas por el Comité Demandante están lejos de erigirse como medidas de reparación según lo prescrito por la Ley, por las razones que se exponen a continuación.

**A. Elaborar un Plan de Desconexión del Islote que implique la destrucción total del pedraplén de conexión y del pedraplén del costado Este del Islote, y ejecutar el Plan de Desconexión**

Como bien se desprende del enunciado, la actora está solicitando la elaboración de un plan que implique la *destrucción* de dos pedraplenes para devolverle al Islote su condición insular.

Es necesario señalar que ambos pedraplenes son de larga longitud con un importante diámetro de ancho y están compuestos por rocas y materiales sólidos,

de modo que su “destrucción” podría generar impactos en el medioambiente, y en especial en la población de los pingüinos de Humboldt, teniendo en consideración que, como ya se ha señalado, una reconocida amenaza a la especie es la perturbación humana. Y acá estamos hablando de la destrucción de dos estructuras que atraviesan la superficie marina y que se encuentran conectadas al Islote, lo que es capaz de configurarse como una perturbación.

Por lo mismo, y ante la ausencia de antecedentes técnicos que permitan aseverar la inexistencia de efectos sobre la fauna del Islote, y más aún, que avalen que la desconexión de los pedraplenes, en el improbable caso de que llegase a acreditarse un daño, puedan restaurar el medio ambiente, en los términos señalados por la norma.

### **B. Ejecutar un Plan de Desratización**

Como ya se señaló en su oportunidad, a pesar de los dichos de la demandante relativos a la ausencia de medidas respecto a la presencia de ratas en el Islote Pájaros Niños, la Cofradía ya ha adoptado e implementado medidas de desratización, lo que se probará debidamente en la etapa procesal pertinente. Por esto, la medida carece de fundamento y debe ser desechada.

### **C. Elaborar y Ejecutar un Plan para la eliminación de Lagomorfos *del Islote***

En relación a esta medida se debe decir que, a pesar de que a lo largo de este escrito ha quedado establecido que la competencia para realizar actividades en el Islote es exclusiva y excluyente del Estado en la forma que éste adopte, parece necesario volver a señalar que, en virtud de ello, la decisión e implementación de cualquier plan cuya ejecución vaya a realizarse dentro de los límites del Santuario corresponde únicamente al Estado. Por lo mismo, la medida solicitada por el Comité Demandante carece de sustento jurídico que la haga viable.

Pero existe un segundo motivo que permite negar dicha medida, y que dice relación con que la Cofradía, en calidad de participante de reuniones extraordinarias a la Mesa Técnica de Trabajo, se comprometió a la elaboración de un plan de control de especies exóticas a ejecutar dentro de los márgenes de la Cofradía. Como se demostrará en la etapa procesal correspondiente, dicho plan fue visado por la misma Mesa.

#### **D. Reforestación del Islote**

Esta medida no puede prosperar toda vez que el objeto de la misma ya se encuentra en ejecución. Esto porque a partir de la elaboración del Plan de Manejo de la Isla Santuario Pájaros Niños del año 2014 que contiene un apartado denominado “Plan Experimental de Reforestación del Islote Pájaros Niños” donde se plantea un método para reforestar el Islote a cargo de la Mesa Técnica, ya se encuentra en marcha siendo realizado en la práctica por el Departamento de Medio Ambiente de la Ilustre Municipalidad de Algarrobo. Sin perjuicio de lo anterior, y como se demostrará oportunamente en la etapa probatoria, la Cofradía se encuentra actualmente colaborando con el Programa de Reforestación del Islote en el marco de un acuerdo de colaboración que hay entre la Mesa Técnica y la Cofradía. Y en virtud de esto, es que la medida solicitada por la actora, atendida la extemporaneidad e improcedencia de la solicitud, es impertinente y por lo tanto tiene que ser rechazada.

#### **E. Construir un mirador de aves en las instalaciones de la Cofradía**

Nuevamente, esta parte advierte que las medidas de reparación tienen por fin *reparar materialmente el daño causado*, mediante la restauración de su calidad similar o el restablecimiento de sus propiedades básicas. Ahora bien, la primera es aquella donde se *“trata de reponer el medio ambiente a una calidad similar o equivalente a la que se tenía con anterioridad al daño.”*<sup>73</sup> Mientras que la segunda se traduce en *“la posibilidad de incorporar la ‘compensación ambiental’, como forma de restablecer las propiedades básicas del medio ambiente o elemento ambiental dañado.”*<sup>74</sup>.

A partir de lo descrito, esta parte considera que la demandante yerra en su razonamiento al entender que la construcción de un mirador de aves cumple el objeto de las medidas de reparación en cualquiera de sus modalidades, sea calidad similar o de sus propiedades. Es decir, dicho razonamiento es incorrecto porque dicha construcción por parte y en dependencias de la Cofradía no se traduce en ninguna reparación del medio ambiente en una calidad similar o de sus propiedades básicas, puesto que no hay componente ambiental invocado por la actora como daño capaz de justificar la medida solicitada. Es más, a juicio de

---

<sup>73</sup> Bermudez Soto, Jorge. 2015. Op. Cit. 409p.

<sup>74</sup> Bermudez Soto, Jorge. 2015. Op. Cit. 411p.

la demandante, el supuesto daño sufrido por el componente biodiversidad son las afectaciones padecidas por las poblaciones de pingüinos, tanto de Humboldt como de Magallanes, y un mirador ubicado afuera de esa protección es inútil para dicho fin.

En atención a la carencia de objeto de la medida solicitada, ésta debe ser desechada.

**F. Reparar supuestos daños provocados al borde costero en la zona sur y zona norte de la Isla**

Respecto a esta medida, llama la atención que la actora esté solicitando la reparación de *“los daños provocados al borde costero en las zonas aledañas a la intervención de unión de la isla, a saber, zona sur (Erosión del Borde Costero) y zona norte (pérdida de playa el Deportivo)”*<sup>75</sup>. Llama la atención porque a lo largo de la demanda en ninguna parte se menciona o se hace alusión siquiera al pretendido daño que sirve de pretexto para solicitar esta medida de reparación.

En ese sentido, en el acápite de daños la demandante se refiere únicamente a lo que a su juicio constituiría daño ambiental sufrido en los componentes biodiversidad, suelo y paisaje, con lo que se evidencia la falta de sustento de la solicitud de esta medida y por tanto, la torna en improcedente.

**G. Financiar el Plan de Administración y Manejo del Santuario que sea ejecutado por la Ilustre Municipalidad de Algarrobo**

Por último, se debe señalar que esta medida no sería posible exigirla en sede de responsabilidad ambiental. En virtud de lo que se ha señalado a lo largo de este capítulo, y a riesgo de caer en reiteración, la acción de reparación tiene por objeto reponer el medio ambiente en uno o más de sus componentes a una calidad similar o restablecer sus propiedades básicas. Así, la Ley habla de restauración de un daño al medio ambiente, que por lo demás se encuentre acreditado.

La actora parece olvidar que, a partir de lo establecido por el legislador, el objeto de la reparación en la acción de responsabilidad por daño solo posibilita la restauración de un daño constatado a través de las dos vías señaladas y en ningún caso autoriza una forma de restauración por equivalencia. En ese sentido, la

---

<sup>75</sup> Fs. 349.



solicitud de financiamiento para la administración futura del Islote no puede configurarse como una medida restauradora en términos de la LBGMA, porque pareciera que el origen de la obligación de financiamiento se encuentra en el supuesto que el daño invocado por la actora, la legitima para exigir que mi representada financie la Administración del Islote,. Es decir, la actora parte de la base que, una vez comprobados los supuestos incumplimientos que alega que derivaron en los supuestos daños, le cabría a la Cofradía una obligación de financiamiento, lo que se asemeja más a una indemnización de perjuicios que a la reparación del medioambiente.

En todo caso, lo anterior no es posible bajo ningún supuesto porque para solicitar la indemnización de perjuicios se debe haber acreditado el daño en sede ambiental, para luego tramitarla según las reglas ordinarias del procedimiento civil y porque como ya se ha señalado “*la responsabilidad ambiental strictu sensu, es decir, aquella que busca la reparación del medio ambiente dañado, sólo se traduce en las dos formas de reparación ya apuntadas anteriormente [calidad similar o propiedades básicas], no siendo procedente por esta vía la indemnización de perjuicios.*”<sup>76</sup>

Por lo demás, cabe señalar que como la Administración del Santuario le corresponde al Estado, el financiamiento de la misma es de cargo del erario público y lo que éste disponga para el cumplimiento de dicho objeto.

\* \* \*

En virtud de lo expuesto, las medidas solicitadas por la demandante son del todo improcedentes, no encontrándose la mayoría ajustada a derecho o a la realidad de las cosas, por lo que éstas deben ser rechazadas en su totalidad.

**POR TANTO:** en mérito de los expuesto y normas legales citadas,

A este Segundo Tribunal Ambiental solicito se sirva tener por contestada la demanda deducida por el Comité Ambiental Comunal de Algarrobo, en la forma y plazos legales, en contra de la Cofradía Náutica del Pacífico y, en definitiva, rechazarla en todas sus partes, con expresa condena en costas.

---

<sup>76</sup> Bermudez Soto, Jorge. 2015. Op. Cit., 412p.

**PRIMER OTROSÍ:** Solicito a este Tribunal Ambiental de Santiago tener presente que, asumo en este acto el poder conferido a mi persona por escritura pública de fecha 2 de septiembre de 2019, y que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocinaré personalmente la presente causa y, que, sin perjuicio de mis facultades, confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, señores Fernando Samaniego Sangroniz, Juan Pablo Riesco Eyzaguirre, Cristóbal Jiménez Farfán e Isabel Becerra Iglesias, todos de mi mismo domicilio y quienes firman el presente escrito en señal de aceptación.

**POR TANTO:**

Solicito a este Tribunal Ambiental de Santiago, tener presente lo indicado para todos los efectos legales.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Solicito a este Tribunal Ambiental de Santiago se sirva tener por acompañada copia autorizada de la reducción a escritura pública de fecha 2 de septiembre de 2019, otorgada en la Notaría de Santiago de don Luis Iván Torrealba Acevedo, e la cual consta mi personería para actuar en representación de la Cofradía Náutica del Pacífico en la presente causa.

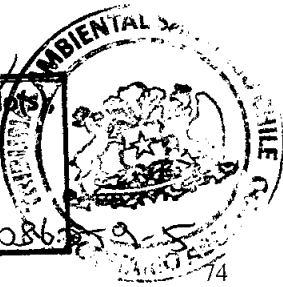
**TECER OTROSÍ:** Solicito a este Tribunal Ambiental de Santiago se sirva disponer que la notificación de las resoluciones dictadas en la presente causa se realice a esta parte a las siguientes direcciones de correo electrónico: fsamaniego@prieto.cl jpriesco@prieto.cl amartorell@prieto.cl cjimenez@prieto.cl ibecerra@prieto.cl e imatteo@prieto.cl.

*[Firma]*  
16.097.906-5

KAB.  
10.391.370-6

*[Firma]*  
6.374.438-7

Acreditada la calidad de abogado(s) habilitado(s),  
se autoriza(n) poder(es).  
Santiago 22/09/2019  
Tribunal Ambiental de Santiago



*[Firma]*  
16.096.973-3