



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

Derecho ambiental y recursos naturales

Consolidación de doctrinas y
nuevos desafíos

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN

JAIME CARRASCO POBLETE

HERNÁN CORRAL TALCIANI

JAVIER IGNACIO FERNÁNDEZ CARRERA

EMILIO ALFONSO GARROTE CAMPILLAY

RODRIGO GUERRA ESPINOSA

FRANCISCO IRARRÁZAVAL ARMENDÁRIZ

CAMILO LARRAÍN SÁNCHEZ

GUSTAVO RAMÍREZ BUCHHEISTER

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

JORGE BERTRAND TISNÉ NIEMANN

JORGE BERTRAND TISNÉ NIEMANN

EDITOR



2 0 1 6

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 28



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

Derecho ambiental y recursos naturales

Consolidación de doctrinas y
nuevos desafíos

Maite Aguirrezabal Grünstein
Jaime Carrasco Poblete
Hernán Corral Talciani
Javier Ignacio Fernández Carrera
Emilio Alfonso Garrote Campillay
Rodrigo Guerra Espinosa
Francisco Irarrázaval Armendáriz
Camilo Larraín Sánchez
Gustavo Ramírez Buchheister
Alejandro Romero Seguel
Jorge Bertrand Tisné Niemann

Jorge Bertrand Tisné Niemann
Editor

Cuadernos de Extensión Jurídica 28 (2016)
Derecho ambiental y recursos naturales.
Consolidación de doctrinas y nuevos desafíos

CIP - Universidad de los Andes. Facultad de Derecho

Derecho ambiental y recursos naturales: consolidación de
doctrinas y nuevos desafíos / Maite Aguirrezabal
Grünstein ... [et al.]; Jorge Bertrand Tisné Niemann, Editor
p. : cm. - (Cuaderno de extensión jurídica ; 28)

Incluye notas bibliográficas.

1.- Derecho Ambiental – Chile. 2.- Derecho Ambiental Internacional.
I. Aguirrezabal Grünstein, Maite. II.- Tisné Niemann, Jorge Bertrand, ed.

CDD 23
344.83046

2016

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Álvaro del Portillo 12455, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Alejandro Romero Seguel

Comité Editorial: Alejandro Romero, Enrique Brahm, María de los Ángeles Soza, Joaquín García-Huidobro, José Ignacio Martínez, Alejandro Miranda, Sebastián Contreras.

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-7160-96-9

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 271.326

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual.

© 2016 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN

Doctora en Derecho, Universidad de Navarra, España
Profesora de Derecho Procesal,
Universidad de los Andes, Chile

JAIME CARRASCO POBLETE

Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile
Master en Derecho Público y en Derecho de la Empresa,
Universidad de los Andes, Chile
Profesor de Derecho Procesal
Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes, Chile

JAVIER IGNACIO FERNÁNDEZ CARRERA

Abogado, Universidad de Concepción, Chile
Master en Derecho de los Negocios mención Derecho Marítimo y del
Transporte, Universidad Aix Marseille, Francia
Socio Estudio Ramírez Fernández Abogados

EMILIO ALFONSO GARROTE CAMPILLAY

Magíster y Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile
Académico de Derecho Público
Universidad de Atacama, Chile

RODRIGO GUERRA ESPINOSA

Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes, Chile
Profesor de Derecho Penal
Universidad de los Andes, Chile

FRANCISCO IRARRÁZVAL ARMENDÁRIZ

*Master of Law (LL.M), University of California, Los Angeles (UCLA),
Estados Unidos de América*

Profesor de Derecho Eléctrico

Universidad de los Andes, Chile

CAMILO LARRAÍN SÁNCHEZ

Master en Derecho de la empresa, Universidad de los Andes, Chile

Profesor de Derecho de Aguas

Universidad de los Andes, Chile

GUSTAVO RAMÍREZ BUCHHEISTER

Abogado, Universidad de los Andes, Chile

Profesor Derecho Internacional Público e Historia del Derecho

Universidad de Magallanes, Chile

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de los Andes, Chile

JORGE BERTRAND TISNÉ NIEMANN

Doctor en Derecho y Magíster en Investigación Jurídica

Universidad de los Andes, Chile

ASPECTOS PROCESALES DE LA INCORPORACIÓN DEL *AMICUS CURIAE* AL PROCESO QUE PERSIGUE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MEDIOAMBIENTAL

Maite Aguirrezabal Grünstein

I. Introducción	19
II. La colaboración procesal como límite de la disposición del proceso por las partes	21
III. <i>Amicus curiae</i> y colaboración procesal.....	23
1. Caracterización.....	23
2. Orígenes y tratamiento en el Derecho Comparado.....	24
IV. Incorporación del <i>amicus curiae</i> en la Ley Nº 20.600, a propósito del procedimiento seguido para la reparación del daño ambiental	26
1. Generalidades	26
2. Diversos aspectos de su regulación.....	27
a) Naturaleza de su intervención	27
b) Ámbito de aplicación	28
c) Idoneidad técnica y profesional	29
d) Plazo para la intervención	30
e) Valoración de la presentación efectuada por el <i>amicus curiae</i>	30
3. Problemas procesales que plantea su incorporación	31
V. Conclusiones	31
Bibliografía	32

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA INADMISIBILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY Nº 20.600 SOBRE TRIBUNALES AMBIENTALES

Jaime Carrasco Poblete

I. La irregularidad o defectuosidad del acto procesal como punto de partida	35
II. El distinto tratamiento de las irregularidades procesales.....	37
1. Los actos procesales que emanan del órgano jurisdiccional	39

2.	Los actos procesales que tienen su origen en las partes	43
III.	Los diversos significados de la inadmisibilidad en el Código de Procedimiento Civil	44
1.	La inadmisibilidad como sanción transitoria, con posibilidad de subsanar el acto inadmitido, contra los actos de iniciación del proceso que infringen requisitos formales.....	44
2.	La inadmisibilidad como sanción permanente, sin posibilidad de subsanar el acto inadmitido, contra actos procesales que no observan alguno de los requisitos que dispone el ordenamiento	46
3.	La inadmisibilidad como sanción destinada a declarar la inviabilidad de la pretensión o de un recurso	49
IV.	Los requisitos de admisibilidad y el derecho de acceso a la justicia.....	50
V.	La subsanación como técnica correctora de vicios procesales de actos de las partes al momento de iniciarse el proceso	52
VI.	La inadmisibilidad en la Ley N° 20.600.....	54
1.	Las causales de inadmisibilidad de la reclamación en materia ambiental.....	54
2.	Las causales de inadmisibilidad de la demanda por daño ambiental	57
3.	La admisibilidad de los medios de prueba ...	58
VII.	La admisibilidad de la acción de protección para proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación	59
VIII.	Conclusiones	60
	Bibliografía	62

EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN: NOTAS DESPUÉS DE UNA PRIMERA LECTURA DE LA LEY N° 20.930, DE 2016

Hernán Corral Talciani

I.	Consideraciones generales	67
1.	Un nuevo instrumento de gestión ambiental de Derecho privado.....	67
2.	Antecedentes de la tramitación legislativa	68
3.	Nombre, regulación y naturaleza.....	70
II.	Caracteres, titularidad y objeto del derecho	71
1.	Caracteres.....	71
2.	Titularidad	72
3.	Objeto.....	73

III. Constitución y efectos.....	76
1. Constitución	76
2. Efectos	76
IV. Extinción y concurrencia con otros derechos	77
1. Extinción del derecho real	77
2. Concurrencia con otros derechos. El caso de la hipoteca.....	78
V. Una evaluación provisional	80
Bibliografía	81

INCUMPLIMIENTO DE DEBERES AMBIENTALES EN MATERIA DE COBERTURA DEL CONTRATO DE SEGURO

Javier Ignacio Fernández Carrera

I. Introducción	83
II. El incumplimiento ambiental.....	85
III. Incumplimiento ambiental y su relación con los incumplimientos del asegurado durante la vigencia de un contrato de seguro	88
IV. Consecuencias de los presumibles incumplimientos ambientales en relación con el Contrato de Seguro	92
V. Conclusión.....	96
Bibliografía	97

DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN O MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHO HUMANO ANTE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE Y COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Emilio Alfonso Garrote Campillay

I. Introducción	99
II. El derecho humano a vivir en un medio ambiente libre de contaminación	101
1. Ámbito nacional.....	101
2. Ámbito internacional	103
III. Normativa medioambiental nacional e internacional de carácter vinculante para el Estado chileno	105
IV. Derecho a un medio ambiente sano ante el sistema de protección mericano de Derechos Humanos	107
V. Jurisprudencia medioambiental ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos .	108
1. Jurisprudencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	109
a) Mercedes Julia Huenteano Beroiza y Otras. Chile (Caso Ralco).....	109
b) Caso de pueblos indígenas en Ecuador...	110

c) Caso de pueblos indígenas en Colombia	110
d) Caso Comunidad Indígena de Toledo.....	111
e) Caso de pueblos indígenas de Perú.....	112
2. Jurisprudencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	112
a) Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile	112
b) Caso San José de Apartado vs. Colombia	113
c) Caso Sarayacu vs. Ecuador	113
d) Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.....	114
e) Caso de La Oroya vs. Perú.....	115
VI. Conclusiones	115
Bibliografía	116

UNA APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE EN EL MARCO DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

Rodrigo Guerra Espinosa

I. Introducción	121
II. Responsabilidad empresarial: modelos de prevención comprometidos con la protección del medio ambiente	123
III. Importancia de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.....	124
IV. Dualidad en la responsabilidad penal empresarial	126
1. Modelo heterónimo	126
2. Modelo autónomo	128
V. Disturbio empresarial en el modelo autónomo..	133
VI. Conclusiones	137
Bibliografía	137

DESAFÍOS REGULATORIOS DE LA ENERGÍA DISTRIBUIDA EN CHILE

Francisco Irrarrázaval Armendáriz

Introducción.....	139
I. Marco normativo del sector eléctrico en Chile...	140
II. Mecanismos de operación y tarificación del mercado eléctrico en Chile	142
III. La generación de energía distribuida	146
1. Beneficios de la generación de energía distribuida.....	147
2. Problemas y desafíos de la generación de energía distribuida	148
IV. Panorama chileno de la energía distribuida: normativa actual.....	150

V. Los contratos entre empresas distribuidoras de energía eléctrica y clientes libres generadores de energía	154
VI. Propuestas para fomentar la generación de energía distribuida en Chile	156
VII. Conclusiones	157
Bibliografía	158

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS ASPECTOS MEDIOAMBIENTALES DEL DERECHO DE AGUAS

Camilo Larraín Sánchez

I. Introducción	161
II. Caudal ecológico.....	162
III. Denegación de derechos de aguas por afectación del medio ambiente	164
IV. Regularización de derechos de agua que prefieren sobre razones medioambientales	165
V. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales	165
VI. Parques nacionales, Convención de Washington	167
VII. Exploración de agua en bofedales.....	169
VIII. Agua del minero.....	169
IX. Acuíferos con área de restricción o zona de prohibición	170
X. Servidumbre en terreno protegido.....	170
XI. Daño ambiental o contaminación en relación con obras	171
1. Casos judiciales en los que se reclamó daño medioambiental o situaciones similares y los tribunales acogieron esas alegaciones.....	171
2. Casos en los que la judicatura no ha acogió las acciones medioambientales ejercidas	173
XII. Protección del medio ambiente. Artículo 19, N° 8 de la Constitución Política	175
XIII. Obligación municipal de limpieza de canales....	176
XIV. Tratamiento de aguas servidas y uso de las mismas	176
XV. Glaciares	178
XVI. Relación Ley N° 19.300 y Código de Aguas en tramitación derecho de agua y otros aspectos...	180
1. Derechos de agua y permisos medioambientales	180
2. Interés jurídico medioambiental	180
XVII. Conclusión	182

WORDIE HOUSE: UN CASO DE DAÑO MEDIOAMBIENTAL EN LA ANTÁRTICA

Gustavo Ramírez Buchbeister

I.	Introducción	183
II.	Marco jurídico aplicable.....	184
	1. Tratado Antártico: origen y principios generales	185
	2. Evolución de la protección medioambiental en el Sistema	185
	3. Disposiciones relevantes del Protocolo de Madrid	188
	a) Evaluación de impacto ambiental	188
	b) Zonas Antárticas Especialmente Administradas (ZAEA) y las Zonas Antárticas Especialmente Protegidas (ZAEP)	189
	c) Sitios y monumentos históricos.....	190
III.	El caso <i>Wordie House</i>	190
	1. Antecedentes de la protección de la base <i>Wordie House</i>	190
	2. Los hechos	191
	3. La investigación.....	192
	4. La sentencia.....	193
	a) Recepción de las normas internacionales en el derecho francés.....	194
	b) Declaración o autorización de actividades	194
	c) Determinación de la gravedad de los hechos	194
	5. Argumentación de las Partes.....	195
IV.	Análisis desde la perspectiva del Ordenamiento Jurídico chileno	198
	1. Protección de los Sitios o Monumentos Históricos	198
	2. Autorización de actividades	200
	3. Acción de la Justicia frente al daño ambiental antártico.....	201
	a) Acción por daño ambiental	201
	b) Tribunal competente	203
	c) Legitimación pasiva y jurisdicción nacional	204
V.	Conclusiones	204
	Bibliografía	206

ALGUNOS PROBLEMAS DEL DERECHO AL RECURSO EN EL CONTENCIOSO AMBIENTAL

Alejandro Romero Seguel

I.	Explicación del problema	209
II.	Efectos directos y efectos reflejos.....	211
III.	La competencia de los tribunales ambientales...	213

IV. La legitimación para impugnar.....	215
V. Debido proceso y derecho al recurso.....	217
VI. La legitimación del coadyuvante para deducir el recurso de casación.....	219
VII. Conclusiones	221
Bibliografía	222
LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE RUIDOS	
<i>Jorge Bertrand Tisné Niemann</i>	
I. Introducción	223
II. Algunas consideraciones respecto del Decreto N° 38 de 2011 del Ministerio de Medio Ambiente	224
III. El ruido y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	227
IV. El ruido y el recurso de protección en Chile	232
V. El ruido como posible elemento transgresor de algunas garantías constitucionales en Chile	234
1. Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; y el derecho a la protección de la salud	235
2. Derecho al respeto y protección a la vida pri- vada y a la honra de la persona y su familia	237
3. Derecho a la inviolabilidad del hogar	238
4. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación	240
5. Derecho de propiedad	244
VI. Conclusiones	246
Bibliografía	247
Normas de Redacción	251

PRESENTACIÓN

Más de tres décadas han transcurrido desde que la primera Constitución chilena reconociera e hiciera exigible el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8). Desde entonces, distintos han sido los cuerpos normativos que han construido y complementado el sistema sectorial ambiental nacional.

El cuidado y preocupación por el medio ambiente y los recursos naturales exige un permanente esfuerzo para prevenir su deterioro e incentivar su conservación. Lo anterior ha permeado directa e indirectamente en distintos sectores del ordenamiento nacional. Ejemplos recientes de lo anterior es la Ley N° 20.920 de 2016 sobre la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y el Fomento al Reciclaje, así como la Ley N° 20.930 de 2016 que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental.

El constante desarrollo legislativo, sumado a la permanente preocupación de la comunidad por la materia, exige la voluntad mancomunada de las distintas disciplinas jurídicas para abordar sus particularidades y complejidades.

El presente Cuaderno de Extensión se construye bajo esta premisa, reuniendo trabajos que se aproximan al medio ambiente y los recursos naturales en función de su propia especialidad, pero que en conjunto denotan la complejidad y universalidad del objeto de estudio. Expresión de lo anterior es que participan autores de múltiples disciplinas, los que ejercen sus labores en distintas regiones del país, enriqueciendo el contenido de esta obra mediante experiencias académicas y prácticas del derecho.

Es importante destacar la diversidad de los trabajos aquí expuestos. Estos abordan el derecho civil, procesal, constitucional, penal, seguros, aguas, eléctrico e internacional público. Asimismo, destacamos los trabajos que tienen por objeto consolidar doctrinas nacionales y extranjeras, así como aquellos que plantean desafíos y oportunidades que en el corto plazo posiblemente serán objeto de la discusión dogmática-legislativa ambiental de nuestro país.

El Cuaderno comienza con el trabajo de la profesora Aguirrezabal Grünstein, quien analiza la incorporación de

la figura del amicus curia en la Ley N° 20.600 de 2012 en relación con el nuevo Procedimiento por Daño Ambiental. Se desarrolla el principio de colaboración procesal como límite de la disposición del proceso por las partes, vinculándolo con la figura en estudio, para luego analizarla en función de las características que presenta en materia ambiental y los posibles problemas procesales que pudiera generar.

Continúa el profesor Carrasco Poblete exponiendo la irregularidad del acto procesal, para luego abordar el distinto tratamiento procesal que puede recibir en virtud del origen del acto. También desarrolla los posibles significados de la inadmisibilidad en el Código de Procedimiento Civil, la afectación del debido proceso, y la subsanación como técnica de enmienda de actos viciados. Concluye con el análisis de la inadmisibilidad en distintos elementos de la Ley N° 20.600 de 2012, así como en el Recurso de Protección ambiental.

Luego el profesor Corral Talciani analiza la Ley N° 20.930 de 2016 que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental. Se examina la tramitación legislativa, nombre, regulación, naturaleza, caracteres, titularidad, objeto, constitución, efectos, extinción y la concurrencia de este con otros derechos. Concluye exponiendo algunas inquietudes a la luz de su regulación. Pareciera que su contingencia lo hará una referencia necesaria para los futuros trabajos que aborden este nuevo derecho.

Por su parte, el señor Fernández Carrera examina el incumplimiento y la cobertura de seguros en relación con el medio ambiente. Para lo anterior expone las normas pertinentes y analiza la conducta del asegurado a la luz de tres deberes: deber de información, deber de mantener una conducta diligente, y el deber de no agravar los riesgos. Termina evaluando las posibles consecuencias que el incumplimiento de estos deberes ambientales puede generar para el asegurado.

En el artículo del profesor Garrote Campillay se reflexiona acerca del medio ambiente libre de contaminación como derecho humano fundamental a la luz de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Desde esta perspectiva, examina la jurisprudencia la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentando la importancia que este derecho ha adquirido en el ámbito internacional, y además, su relación con otros derechos.

A continuación el profesor Guerra Espinosa analiza la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas que cometan delitos contra el medio ambiente. Esta proposición

de lege ferenda es del todo interesante porque introduce los fundamentos dogmáticos y político-criminales para sostener que la Ley N° 20.393 de 2009 puede ser aplicable en materia ambiental. Es factible destacar que la propuesta encuentra una experiencia normativa previa en la reciente Ley N° 20.931 de 2016, la que modificó por primera vez la mencionada ley para incorporar el delito de cohecho.

La generación de la energía distribuida en Chile es examinada por el profesor Irarrázaval Armendáriz. El tema se relaciona indirectamente con la protección del medio ambiente, pues en la medida que los particulares contribuyan a la diversificación de la matriz energética, menor será la necesidad de explotar otras fuentes más contaminantes. El autor identifica los elementos que han impedido desarrollar el verdadero potencial de la energía distribuida, proponiendo medidas concretas, tanto normativas como de política pública, para impulsar su perfeccionamiento.

En seguida, el profesor Larraín Sánchez aborda el derecho de aguas desde un punto de vista ambiental. A pesar que el agua es esencial para el medio ambiente, la relación entre estas dos disciplinas carece generalmente de un tratamiento conjunto o sistemático. Lo anterior se explica porque fueron elaboradas a partir de disímiles orientaciones. El autor, por medio de un importante y cuidadoso tratamiento de la jurisprudencia nacional, logra exponer la función que han cumplido los tribunales de justicia para integrarlas.

El caso Wordie House es comentado por el profesor Ramírez Buchbeister, considerado el primero de daño ambiental acaecido en la Antártica. Aborda el marco jurídico aplicable y la protección que recibe el medio ambiente en el Sistema del Tratado Antártico y, en particular, en el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente. Sobre la base de esta experiencia se explica cómo operaría el ordenamiento nacional frente a un daño ambiental de su competencia en la Antártica.

Luego, el profesor Romero Seguel examina el sistema de impugnación de actos administrativos, en especial respecto del Comité de Ministros para la Sustentabilidad, ante los Tribunales Ambientales. Para esto se analiza la Ley N° 20.600 de 2016 en conjunto con otras normas, con el fin de examinar los efectos que producen los actos administrativos y las resoluciones judiciales, así como la competencia de los Tribunales Ambientales, legitimación para impugnar y la facultad del tercero coadyuvante para impugnar en el contencioso medioambiental.

Finalmente el señor Tisné Niemann coteja la tutela del ruido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los pronunciamientos de los tribunales chilenos a propósito de las garantías fundamentales consagradas en la Constitución Política. En especial, se propone dilucidar si la doctrina extranjera que radica la protección frente al ruido en el derecho al respeto del hogar, la vida privada y familiar puede o debe ser adoptada en el ordenamiento nacional.

Agradecemos a la comunidad académica que participó en la elaboración de la presente obra, la que constituye sin duda una contribución a la difusión, discusión y comprensión del derecho ambiental y los recursos naturales en nuestro país. Asimismo, agradecemos a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes por habernos permitido organizar y editar el primer Cuaderno de Extensión en la materia.

*Jorge Bertrand Tisné Niemann
16 de agosto de 2016*

ASPECTOS PROCESALES DE LA INCORPORACIÓN DEL *AMICUS CURIAE* AL PROCESO QUE PERSIGUE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MEDIOAMBIENTAL

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN*

*Doctora en Derecho, Universidad de Navarra, España
Profesora de Derecho Procesal,
Universidad de los Andes, Chile*

RESUMEN: El presente trabajo analiza la incorporación de la figura del *amicus curiae* en la Ley N° 20.600, a propósito del procedimiento seguido para la reparación del daño medioambiental y algunos aspectos procesales relevantes en torno a su regulación.

Palabras clave: *Amicus, curiae*, intervención.

I. INTRODUCCIÓN

La protección del medio ambiente se enmarca en los intereses legítimos que en razón de su importancia colectiva se establecen como propios de ciertos grupos o categorías sociales, denominados por la doctrina como intereses supraindividuales o transindividuales¹.

Obedecen a lo que hoy se categoriza como derechos humanos de tercera generación o derechos de la solidaridad, encontrando su origen científico en la teoría de Karel Vasak, acerca de la dimensión internacional de los derechos del hombre.

* Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Monseñor Álvaro del Portillo N° 12.455, Las Condes, Santiago de Chile. El presente trabajo se elabora en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N° 1150276, titulado “La colaboración procesal como elemento configurador del principio dispositivo en el proceso civil por audiencias”, del que la autora es la investigadora responsable.

¹ Como expresa ACOSTA ESTÉVEZ (1995) p. 40, “estamos en presencia de unos intereses que pertenecen a todos y cada uno de los miembros integrantes de la sociedad. Por tanto, encontramos el reconocimiento de una realidad social: la existencia de unos intereses que precisan protección jurídica y tutela procesal”. Se concluye así que las relaciones humanas son decisivas en la aparición de nuevos y distintos intereses en los que aparecen implicados diversos sectores sociales.

En ella, junto con la reconocida distinción entre los derechos de primera generación (civiles y políticos) y de segunda generación (económicos y sociales), concibe estos nuevos derechos como aquellos que proceden de una cierta concepción de la vida en comunidad, y solo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social².

Hace ya un tiempo que el medio ambiente viene considerándose como un bien jurídico, como una realidad que es objeto de consideración y protección por el Derecho, de tal manera que no basta con su tutela indirecta sino que requiere una tutela autónoma y específica³.

Desde la perspectiva del proceso, la tutela jurisdiccional del medio ambiente plantea problemas en su acceso a la justicia, y en este sentido, Mauro Cappelletti, hace ya tres décadas, anticipaba cambios importantes y “oleadas” de reforma en este ámbito, una de estas estaba encaminada a asegurar la protección de ciertos derechos e intereses particulares importantes y especialmente vulnerables en las sociedades postindustriales que se basan en la masificación de la producción, de la distribución y del consumo⁴.

Esta nueva realidad conlleva entonces la búsqueda de una efectiva defensa que exige soluciones distintas, más rápidas y eficientes, lo que en opinión de Morello lleva a “otro modo de pensar y actuar del derecho instrumental, facilitador de la protección útil de los mismos”⁵, y que requiere “articular vías y procedimientos no menos singulares, apropiados para la tutela diferenciada de los derechos en juego, en los que se involucran las responsabilidades de las partes, los poderes y deberes de iniciativa y de control del juez y los efectos mismos de las decisiones por el alcance particular de la cosa juzgada”⁶.

La legislación chilena no ha estado ajena a los conflictos planteados, y en orden a cumplir con los requerimientos nacionales e internacionales, especialmente con el ingreso de Chile a la OCDE⁷, la institucionalidad medioambiental ha sufrido varias reformas, principalmente por la Ley

² VASAK (1982) pp. 3-10. En este sentido también BERTELSEN REPETTO (1998) pp. 139-174.

³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1998) p. 344; AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN (2006) pp. 69-91; AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN (2014); BORDALÍ SALAMANCA (2004); BORDALÍ SALAMANCA (1998) pp. 43-64; PALOMO VÉLEZ (2003) pp. 187-201 y MOSCOSO RESTOVIC (2011) pp. 283-304.

⁴ CAPPELLETTI (1995) pp. 1-40. En este mismo sentido, MORELLO (1998) p. 1083, quien señala que estos intereses de nuevo cuño motivan y exigen soluciones jurídicas distintas a las tradicionales, “otro modo de pensar y actuar el derecho instrumental, facilitador de la protección útil de los mismos”.

⁵ MORELLO (1998) p. 1083.

⁶ BERIZONCE (2013) pp. XV-XVI.

⁷ La OCDE ha estimado que los desafíos ambientales de Chile son principalmente: i) aplicar sus políticas ambientales de forma cabal y eficiente; ii) profundizar en la integración de las consideraciones ambientales en las decisiones económicas, sociales y sectoriales; y iii) fortalecer su cooperación ambiental internacional. Las evaluaciones del desempeño ambiental efectuadas por la OCDE se encuentran disponibles en: www.sinia.cl/1302/articles-57009_EDA2005_OCDE_CEPAL.pdf (consultado el 21 de diciembre de 2014).

Nº 20.417, de 26 de enero de 2010, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente y de la Ley Nº 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales y fija un procedimiento especial para la resolución de los conflictos que se produzcan por infracciones a la Ley Nº 19.300⁸, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Ambos cuerpos normativos crearon instituciones que sirven de marco al modelo de protección medioambiental, como el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, reformando además la Ley Nº 19.300, especialmente en lo que se refiere al sistema de evaluación del impacto ambiental.

A los tribunales ambientales, órgano jurisdiccional especial encargado de resolver los conflictos ambientales⁹, la Ley Nº 19.300 les entrega la “competencia para conocer las causas que se promuevan por infracción a la presente ley, el Tribunal Ambiental, de conformidad a las normas de procedimiento establecidas en la ley que lo crea”¹⁰.

II. LA COLABORACIÓN PROCESAL COMO LÍMITE DE LA DISPOSICIÓN DEL PROCESO POR LAS PARTES

El principio de colaboración procesal coloca al justiciable en un rol de cooperación con el servicio judicial, y encuentra su fundamento en las cargas y deberes que se imponen a las partes y a los terceros para que el proceso llegue a su fin solucionando la controversia.

Se desarrolla a partir de una visión solidaria del proceso, que se asienta e implementa a partir de la buena fe y probidad procesal, con la finalidad de afianzar el buen comportamiento en los intervinientes y el resultado útil de la jurisdicción.

A lo largo de la historia, la relación entre la ética y el derecho procesal ha experimentado importantes cambios. Estas fluctuaciones no han sido indiferentes al espíritu de las concepciones ideológicas que han imperado en las distintas etapas históricas.

Durante el derecho romano clásico, especialmente en la etapa del derecho formulario, la buena fe asumió un papel fundamental en el curso del proceso judicial, ya que el pragmatismo romano no la consideraba como un principio general y abstracto que debía informar al ordenamiento

⁸ Hasta la publicación de la ley en comento, el procedimiento aplicable era el juicio sumario con las especialidades establecidas en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley Nº 19.300).

⁹ Y que el artículo 1º de la Ley Nº 20.600 define como órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento.

¹⁰ Artículo 60 de la Ley Nº 19.300.

procesal, sino más bien como un factor creador de derecho que imponía conductas particulares a los litigantes.

En la época medieval, en cambio, comenzó a operar una confusión paulatina entre la moral y el proceso que, lejos de conducir al mejoramiento de las relaciones de los sujetos procesales y al respeto cabal de los fines del proceso, se transformó en una fachada de justificación para restringir los derechos de las partes en litigio, atentando contra el ejercicio de su defensa.

En la actualidad, la óptica individualista de los derechos subjetivos, que los concebía como ilimitados y absolutos, ha sido morigerada por la noción de bien social que cumplen y por la introducción de la teoría del abuso del derecho, que marca la moralidad en el ejercicio de los derechos subjetivos¹¹.

El deber de colaboración, por tanto, puede definirse como “el conjunto de reglas de conducta, gobernadas por el imperativo ético, a las cuales deben ajustarse todos los sujetos del proceso...”, que “proscribe la malicia, la mala fe y la deshonestidad como instrumentos inaceptables para ganar los pleitos”¹², de manera que la veracidad y la probidad son parte integrante de este deber general.

Así, la concepción del proceso como un conflicto de carácter adversarial, ha dado paso a una ideología menos conflictual y más colaborativa, y en este esquema “la colaboración, la buena fe y lealtad procesal, la moralización del proceso y el llamado solidarismo toman la palabra buscando dejar atrás la idea del proceso como una contienda entre partes parciales enfrentadas ante un tercero imparcial, y en el afán de la búsqueda de la verdad objetiva impone la redefinición del principio de la buena fe procesal para dar lugar a un deber de colaboración entre todos los que intervienen en el proceso, incluyendo deberes de asistencia del juez, y los deberes de veracidad e integridad de las partes”¹³.

En el fondo, el principio de colaboración busca que el proceso sea efectivamente un mecanismo para conseguir la justicia, evitando las posibles maniobras de que puedan servirse las partes en el ámbito procesal, para obtener una victoria a toda costa. Se trata, en buenas cuentas, de restringir la actuación del litigante de mala fe.

La defensa de una parte no puede basarse en perjudicar el derecho a defensa de la otra o en la inducción a error del órgano jurisdiccional,

¹¹ En sentido contrario PLANIOL (1923) p. 287, quien sostuvo que hablar de abuso del derecho era una “logomaquia”, esto es, una contradicción en las palabras, ya que para el autor, cuando hay abuso no hay derecho.

¹² BUSTAMANTE RÚA (2010) p. 98.

¹³ PALOMO VÉLEZ (2013) p. 449. *Cfr*: también este sentido, CAPPELLETTI (1969) p. 169. Sin perjuicio de lo señalado, parte de la doctrina considera que no es correcto establecer que en el proceso existan tales deberes u obligaciones, porque ambas nociones contrarían el espíritu dispositivo de los derechos de los que gozan las partes, diferenciándose los conceptos de carga, deber y obligación. *Cfr*: en este sentido, COUTURE (2010) pp. 171 y ss.

impidiendo o dificultando que pueda ofrecer una efectiva tutela de los intereses en conflicto, porque si bien el proceso es un conflicto cuando cada parte defiende con todas las herramientas sustanciales y procesales sus intereses, esta ha de ser leal.

III. *AMICUS CURIAE* Y COLABORACIÓN PROCESAL

1. CARACTERIZACIÓN

El *amicus curiae* es, según el Black's Law Dictionary, “una persona con un fuerte interés u opinión sobre el asunto objeto de una acción [*quien*] puede solicitar al tribunal permiso para radicar un memorial, evidentemente a nombre de una parte pero realmente para sugerir una razón fundamental consistente con sus propios puntos de vista. Tales memoriales del *Amici curiae* son normalmente radicados en apelaciones relacionadas con asuntos de amplio interés público; por ej. casos de derechos civiles”¹⁴.

De la definición anterior podemos concluir que se trata de una institución procesal que permite a terceros ajenos al conflicto realizar presentaciones con el fin de expresar sus opiniones en torno a la materia en debate, mediante aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial, pero con un justificado interés en la resolución final del litigio.

Se trata de permitir la opinión de cualquier persona, natural o jurídica, ajena al proceso, que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia sometida a la decisión del tribunal.

Cobra especial relevancia su intervención cuando se trata de procesos cuando la controversia tiene relevancia supraindividual, “muchos de los cuales resultan social, científica y técnicamente complejos y requieren de opiniones expertas que no siempre se encuentran al alcance del tribunal interviniente”¹⁵.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido como aquellas “presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma”¹⁶.

La vinculación entre la discusión judicial de cuestiones de interés público y la posibilidad de que personas, grupos o instituciones interesadas en la proyección colectiva de las sentencias presenten sus respectivas opiniones al tribunal, no hace más que reforzar el aspecto participativo de la ciudadanía.

¹⁴ *Cfr.* <http://thelawdictionary.org/> (consultado el 28 de junio de 2016).

¹⁵ NÁPOLI y VEZZULLA (2007) p. 4.

¹⁶ Sentencia de 2 de mayo de 2009, Kimel vs. Argentina, p. 16.

La ampliación del marco de debate transforma la búsqueda de la justicia en una actividad colectiva, creando consciencia social de responsabilidad en el control de la actividad judicial.

Por ello se presenta como un instrumento útil para abrir canales de participación y fortalecer la representación de grupos motivados por un interés público en la toma de decisiones judiciales¹⁷, mientras que la posibilidad de fundar las decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de validación de la actuación del Poder Judicial¹⁸.

2. ORÍGENES Y TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

Sus antecedentes más remotos se encuentran en el derecho romano, cuando los jueces consultaban a los abogados de reconocida trayectoria para recibir consejo respecto de la solución del caso.

Luego se incorpora especialmente en las legislaciones del Common Law, como Inglaterra¹⁹, Canadá y muy especialmente en la legislación estadounidense donde ha tenido su mayor desarrollo.

En esta última legislación, la figura del *amicus curiae* se encuentra regulada en el artículo 37 de las *Rules of the Supreme Court of the USA*, y el artículo 29 de las *Federal Rules of Appellate Procedure*, donde se concede el derecho a la intervención de tercero extraño de acuerdo con la apreciación del poder judicial, con el fin de conceder subvenciones a los tribunales, y en donde ha adquirido un rol activo como colaborador interesado en apoyar al tribunal en cuestiones de carácter interpretativo en temas jurídicos de interés público²⁰, principalmente por el rol que juega el precedente judicial y la jurisprudencia, lo que anima a mejorar el debate judicial y legitimar la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional.

La regla 37 de la Corte Suprema ha regulado también la intervención en ciertos aspectos, a saber²¹:

- a) Debe destacar cuestiones relevantes para la decisión del asunto controvertido y que no haya sido advertido por las partes.
- b) Requiere del consentimiento escrito de las partes. A falta de ese consentimiento es la Corte la que decide si autoriza o no la intervención.

¹⁷ Cfr. NINO (1992) p. 685.

¹⁸ Cfr. ALEXI (1989) p. 137.

¹⁹ SALINAS RUIZ, José (2008) p. 13. Su función consiste principalmente en informar o instruir al tribunal acerca de precedentes anteriores o la interpretación de una norma.

²⁰ Diferenciándose así del perito en cuanto medio de prueba con una alta especialización. Se utilizó ante la Suprema Corte de los Estados Unidos por primera vez en 1821, en el caso Green vs. Biddle, en donde la intervención se efectuó como apoyo a los intereses de una de las partes y no como tercero ajeno al proceso.

²¹ <http://www.derecho-comparado.org/legislacion/usSctRules.htm#Regla37> (consultado el 30 de junio de 2016). Esta regla se encuentra vigente desde el 2007 y debe concordarse con la regla 29 de la Suprema Corte, respecto de apelación ante tribunales federales.

El consentimiento de las partes no es necesario cuando el *amicus curiae* es ofrecido en nombre de los Estados Unidos por el Procurador General; o por una agencia federal legalmente autorizada a comparecer ante la Corte, en nombre de un estado, *commonwealth*, territorio o posesión, o por un funcionario legalmente autorizado en nombre de una ciudad, condado, pueblo o entidad similar²².

- c) La extensión del escrito no debe exceder de 5 páginas y debe ser presentado en el plazo de siete días contados desde que se autoriza su intervención. Se dará traslado a las partes para que puedan objetarlo de considerarlo pertinente.
- d) En este ordenamiento y desde el siglo pasado, el *amicus curiae* ha perdido su carácter neutral, figurando hoy como un tercero interesado no tanto en el éxito o fracaso de la pretensión de las partes, sino más bien en el resultado del proceso.
- e) Con su evolución, se permite su empleo por particulares, manteniéndose su finalidad, esto es, la asistencia del tercero en cuestiones relativas al ejercicio de la potestad jurisdiccional²³.

La figura ha tenido también una recepción importante en los sistemas de protección de los Derechos Humanos, siendo hoy utilizada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁴.

Ha ido también lentamente incorporándose en las legislaciones de tradición continental, especialmente en las americanas.

Argentina la ha recogido expresamente en diversas leyes, como por ejemplo en la Ley de Procedimiento ante el tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, y en la ley de Procuración Penitenciaria²⁵.

Esta tendencia ha sido ratificada por la jurisprudencia, quien ha ampliado la intervención a personas naturales y jurídicas que no sean parte del pleito pero que tengan reconocida competencia en la cuestión debatida²⁶.

En Colombia se ha optado por un criterio similar, y se ha previsto su intervención en procesos de inconstitucionalidad, con el objeto de facilitar la obtención de elementos de juicio cuando exista un interés público,

²² Durante el siglo pasado también comenzó a cuestionarse el carácter neutral del *amicus*, aunque en la actualidad ese criterio de falta de neutralidad ha sido recogido por las normas antes mencionadas.

²³ Cfr. SALINAS (2008) pp. 13-17.

²⁴ Un tratamiento completo en este punto lo encontramos en CUETO RÚA (1988) 721 y ss.

²⁵ La primera contempla la intervención de terceros en la demanda de inconstitucionalidad de una norma, pero limita su participación a la expresión de opiniones fundadas acerca de la cuestión controvertida. La segunda establece que el Procurador Penitenciario puede expresar su opinión ante el magistrado interviniente con carácter de amigo del tribunal.

²⁶ Existe en Argentina un reglamento de actuación del *amicus curiae* que establece una lista de juristas que pueden asumir ese rol, destacando además su carácter neutral y ajenidad con las partes.

sin que su opinión resulte vinculante ni comprometa la autonomía de la Corte Constitucional²⁷.

En Brasil también se contempla la figura a propósito de procesos constitucionales y en recursos especiales que posean idéntica cuestión de derecho.

En estos últimos se admite la intervención de personas, entidades u organizaciones con interés en la controversia en causas de materia relevante²⁸.

En lo que respecta a debates de carácter constitucional, y a propósito del Recurso Extraordinario respecto de cuestiones constitucionales de repercusión general, permite la intervención de terceros, pero solo respecto de cuestiones de repercusión general y siempre que se patrocine por un abogado²⁹.

IV. INCORPORACIÓN DEL *AMICUS CURIAE* EN LA LEY N° 20.600, A PROPÓSITO DEL PROCEDIMIENTO SEGUIDO PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

1. GENERALIDADES

El procedimiento que contempla la Ley N° 20.600 reemplaza al que regulaba la Ley N° 19.300, de carácter sumario y al que le resultaban aplicables las normas del Título XI del Código de Procedimiento Civil³⁰.

El actual procedimiento puede definirse como declarativo por audiencias, con tres fases bien delimitadas, con una cognición mayor que la tutela urgente que brinda el recurso de protección, que se caracteriza por la vigencia del principio dispositivo y el de aportación de parte, y cuando la resolución que adopte el órgano jurisdiccional produzca la plenitud de sus efectos³¹.

Así, el procedimiento será iniciado por demanda o por una medida prejudicial, cuando como única pretensión podrá solicitarse la reparación

²⁷ Artículo 13 del Decreto N° 2067 de 4 de septiembre de 1991, que destaca especialmente la imparcialidad de la persona que interviene como *amicus curiae*.

²⁸ Artículo 543-C N° 4 del antiguo Código Procesal Civil.

²⁹ Artículo 543-A del antiguo Código Procesal Civil.

³⁰ En sentido contrario, BORDALÍ (2004) p. 369, quien considera que el procedimiento que contemplaba la Ley N° 19.300 no era asimilable ni al juicio sumario ni al procedimiento contemplado en el Código de Procedimiento Civil, puesto que este último produce cosa juzgada material, y los juicios sumarios, según como los entiende la doctrina, producen solamente una cosa juzgada de carácter formal. Por lo anterior, concluye que el procedimiento para la reparación del daño medioambiental "se tramitará en virtud de un proceso declarativo de cognición plena y exhaustiva", aunque más reducida que la del juicio ordinario.

³¹ Ello sin perjuicio del impulso de oficio del procedimiento que consagra el artículo 21 de la ley.

del daño ambiental provocado dolosa o culposamente y la condena del demandado para que proceda a dicha reparación³².

Una vez declarada admisible la demanda se conferirá traslado al demandado por un plazo de 15 días, quien en ese plazo podrá oponer excepciones dilatorias en el mismo escrito de contestación sin que por ello se suspenda la tramitación de la cuestión principal.

Excepcionalmente, podría el tribunal ordenar que la excepción se tramite de modo previo y se suspenda el procedimiento si se alega la incompetencia del tribunal³³.

Finalizada la etapa de discusión, el tribunal determinará si existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, recibirá la causa a prueba y citará a una audiencia para su producción³⁴.

Como señalamos, la Ley N° 20.600 introduce una innovación en materia de intervención de terceros, por medio de la figura del *amicus curiae*.

En el artículo 19 de la ley establece que “dentro de los treinta días siguientes a la publicación de dicho aviso, cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el proceso, que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Ambiental y que involucre la protección de un interés público, podrá presentar, por escrito y con patrocinio de abogado, una opinión con sus comentarios, observaciones o sugerencias. La opinión escrita deberá acompañarse de tantas copias como partes litigantes hubiere, y de los antecedentes que acrediten la idoneidad técnica y profesional de quien la emite. La entrega no superará ni alterará la tramitación del procedimiento, pero el tribunal deberá considerarla en sentencia definitiva”.

2. DIVERSOS ASPECTOS DE SU REGULACIÓN

a) Naturaleza de su intervención

Al *amicus curiae* se le exige la condición de tercero ajeno al proceso y una reconocida idoneidad técnica y profesional, no pudiendo en ningún caso adquirir la calidad de parte procesal³⁵.

³² Artículo 18 en concordancia con el artículo 33, ambos de la Ley N° 20.600.

³³ Y en este caso debe darse traslado al demandante por un plazo de 5 días para que conteste dicha excepción, según lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley N° 20.600.

³⁴ El legislador ha optado por un procedimiento con una fase de discusión escrita y una sola audiencia, equivalente en nuestra opinión a la audiencia de juicio que contemplan otros procedimientos como el de familia o el laboral, renunciando por tanto a la fijación de una audiencia preparatoria. En el evento que el tribunal considere que no debe recibirse prueba, y según lo que dispone el artículo 36 de la Ley N° 20.600, deberá citar a una audiencia en que propondrá bases para una conciliación, y de no ser esta última posible, escuchará las alegaciones orales de las partes y citará a oír sentencia.

³⁵ Como señala correctamente BAZÁN (2003) p. 682, el *amicus curiae* “no mediatiza ni desplaza, ni mucho menos reemplaza a las partes procesales”.

Esta exigencia responde a la necesidad de que su participación se limite a proporcionar información que obedezca a cuestiones de carácter jurídico respecto de las cuales el órgano jurisdiccional pudiese tener poca claridad, lo que no quiere decir que el tercero no posee un interés en la forma cómo el litigio se resolverá en definitiva.

Por ello es que hoy las legislaciones han superado la exigencia original de neutralidad que se requería del *amicus curiae*, porque “argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia”³⁶.

De ahí que parte de la doctrina señale que más que un amigo de la Corte, resulta ser un amigo de la causa³⁷.

El tercero puede ser una persona natural o una persona jurídica, grupos de individuos o grupos intermedios, ya que la ley no restringe la naturaleza del interviniente.

En todo caso, el *amicus curiae* no debe ser confundido con el perito, porque interviene voluntariamente en el proceso sin que exista para ello solicitud de parte u oficialidad del tribunal, y porque tampoco constituye un medio de prueba³⁸.

Esta intervención tampoco podría ser clasificada como una tercería, porque no hay oposición a la pretensión de las partes en el proceso³⁹.

b) Ámbito de aplicación

Por tratarse de derechos de incidencia supraindividual, la ley permite la intervención del *amicus curiae* en los casos en que lo requiera la materia objeto del proceso y que concurrentemente exista involucrado un interés público, lo que en ciertas oportunidades será una cuestión de difícil delimitación.

Con esta última exigencia el legislador ha querido limitar la participación del *amicus curiae* a procedimientos en que se vea envuelta la protección de un interés público, aunque no se ha encargado de definir lo que debemos entender bajo ese concepto, a pesar de tratarse de un aspecto prevalente en la protección jurídica ambiental.

Entendemos por lo tanto que se trata de un “conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente

³⁶ Como señala BAQUERIZO (2006) p. 7, “La sujeción a la neutralidad por parte del *amicus curiae*, otrora exigida, ha sido invertida en la época actual; lo único que se espera de aquel es una inteligente contribución sobre la problemática inmersa en la causa, sabiendo de antemano que el ‘amicus’ es más amigo de aquella que del propio Tribunal”.

³⁷ BAZÁN (2004) p. 257.

³⁸ VACA (2009) p. 155.

³⁹ BAQUERIZO (2006) p. 8.

del Estado”⁴⁰, y concordamos con García de Enterría en que “se trata de conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse en el momento de su aplicación”⁴¹.

Creemos que más que un interés público, el legislador debería haber contemplado la existencia de un interés supraindividual, porque este último es el que apoya la intervención de terceros en procedimientos medioambientales, en que el resultado no solo afectará a las partes sino que también a la comunidad.

Corresponderá por lo tanto a la jurisprudencia la tarea de ir delimitando el concepto a la hora de admitir o rechazar la intervención de un *amicus curiae* fundados en la existencia o inexistencia de un interés público o supraindividual comprometido.

c) Idoneidad técnica y profesional

La ley exige además que el tercero posea una reconocida idoneidad técnica o profesional⁴², motivo por el que el *amicus curiae* adquiere relevancia en procesos complejos.

Pero el legislador exige que dicha idoneidad se vincule a la materia objeto del proceso, con lo que en definitiva se exige que la opinión del interventor debe guardar relación directa con el asunto a resolver.

Al ser terceros ajenos al proceso, no deben acreditar interés en su resultado y por tanto no se les exige legitimación.

No obstante lo anterior, la doctrina ha considerado que a pesar de poseer esta calidad, portan un interés en la causa, de naturaleza supraindividual, que debe ser acreditado, expresión que a nuestro juicio resulta más adecuada que la de interés público⁴³.

Lo anterior se justifica en la especial naturaleza que el medio ambiente presenta como interés supraindividual, permitiendo la presentación de argumentos jurídicos a quienes no son parte en el proceso o no poseen un interés directo en el mismo.

Por ello también es que se ha señalado por la jurisprudencia comparada que para que el *amicus curiae* pueda intervenir en el proceso,

⁴⁰ *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 1996, t. III, p. 1779.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA (1996) p. 83.

⁴² La que se acredita mediante la presentación de antecedentes. MIRANDA y HENRÍQUEZ (2015) p. 67, expresan que “las publicaciones, como artículos académicos y libros relacionados con la materia a tratar por un tribunal ambiental, podrían ser considerados para acreditar la idoneidad profesional de un aspirante a *amicus curiae*”.

⁴³ Vid en este sentido, ECHEVERRÍA (2013) p. 9.

es necesario que justifique un interés razonable respecto de la cuestión controvertida, en atención a su especialidad técnica o profesional⁴⁴.

d) Plazo para la intervención

La ley otorga un plazo muy breve para materializar la intervención del *amicus curiae*, fijando un término de 30 días contados desde que se publique el aviso de admisión a trámite de la reclamación o de la demanda de daño ambiental en el sitio electrónico del Tribunal, lo que hace muy difícil que terceros ajenos al proceso alcancen a tener noticia de que el plazo para intervenir ha comenzado a correr.

Exige, además, que la presentación sea patrocinada por un abogado, requisito fundado probablemente, en la necesidad de dar seriedad a la presentación y en el hecho de asegurar la pertinencia de la misma en relación con la cuestión controvertida⁴⁵.

Consideran Miranda y Henríquez como “fundamental que los requisitos de forma se cumplan a cabalidad, ya que estos son comúnmente los primeros en ser verificados por los tribunales”, haciéndose entonces por esta razón necesario el patrocinio de un abogado⁴⁶.

Lo anterior significa que la presentación del tercero lleva un costo asociado que podría dificultar su participación.

e) Valoración de la presentación efectuada por el *amicus curiae*

Las opiniones formuladas por el *amicus curiae* no han sido previstas como un medio probatorio, y por tanto no son vinculantes para el tribunal, con lo que se cautela la independencia judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional, protegiéndose de esta manera también el principio del *iura novit curia*.

Sin perjuicio de lo señalado, el artículo 19 dispone que la presentación deberá ser “considerada” en la sentencia definitiva, lo que implicará que el Tribunal Ambiental deberá hacerse cargo de la misma, pronunciándose sobre ella, lo que en definitiva podría significar que la opinión del tercero podría tener un impacto importante en el juez a la hora de definir la forma cómo solucionará el conflicto.

Ello porque el *amicus curiae* está llamado a “ilustrar a los jueces acerca de aspectos técnicos de alta especialización, que habrán de incidir de manera relevante a la hora de la decisión final”⁴⁷, agregando la Corte

⁴⁴ BAQUERIZO (2006) p. 10.

⁴⁵ Como ya se señaló, existen legislaciones que incluso exigen que la presentación del *amicus curiae* provea de algún punto u opinión que no haya sido planteada por las partes.

⁴⁶ MIRANDA y HENRÍQUEZ (2015) p. 68.

⁴⁷ Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional de Perú, en sentencia de 9 de noviembre de 2007, dictada en el proceso rol número 3081-2007.

Suprema colombiana que “puede proporcionar elementos de análisis para consolidar y mejorar sustantivamente la calidad de los argumentos que los jueces incorporen en sus decisiones”⁴⁸.

3. PROBLEMAS PROCESALES QUE PLANTEA SU INCORPORACIÓN

Sin perjuicio de que la introducción del *amicus curiae* constituye un avance cuando se trata de asuntos que envuelven el interés supraindividual, su incorporación sugiere varias dudas que deberán progresivamente resolverse en el debate doctrinal y jurisprudencial.

Siguiendo a Bazán⁴⁹, podemos señalar que desde el punto de vista de su participación en el proceso, deberán resolverse las siguientes:

a) si la intervención del *amicus curiae* podría además ser solicitada por las partes o decretada de oficio por el juez que conozca del asunto controvertido.

b) Si las partes podrían oponerse a la intervención del *amicus curiae* y la forma cómo se formalizaría dicha intervención.

c) Si las partes podrían objetar la presentación efectuada por el *amicus curiae* y si cabe dar traslado a las partes de dicha presentación.

d) Si no habiendo oposición de las partes, podría igualmente rechazar el tribunal la presentación del *amicus curiae*.

e) Si podría el *amicus curiae*, en su calidad de interviniente, impugnar la sentencia definitiva o recurrir de la resolución que no acepta su intervención.

f) Si su intervención puede producirse en cualquier instancia o solo en la primera.

g) Si podría solicitar la devolución de los costos de su intervención en el evento que su opinión fuera recogida favorablemente por el sentenciador.

V. CONCLUSIONES

1) La figura del *amicus curiae* constituye una innovación en el sistema procesal chileno, que refuerza la participación de la comunidad en aquellos procesos en que se ventilen cuestiones de carácter supraindividual.

2) Su incorporación en la Ley N° 20.600, a propósito de la reparación del daño medioambiental, nos permite concluir que el legislador ha previsto su utilización precisamente a propósito de intereses de naturaleza supraindividual.

⁴⁸ En resolución de 1 de agosto de 2008, dictada en el proceso seguido en contra de Alberto Fujimori por los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta.

⁴⁹ BAZÁN (2004) pp. 269 y ss.

3) Sin perjuicio de lo anterior, el legislador ha regulado de modo restrictivo la intervención del *amicus curiae*, en cuanto a plazos, requisitos y ámbito de aplicación.

4) A pesar del avance que supone su regulación normativa, la incorporación de esta figura plantea varios aspectos discutibles de carácter procesal, que tendrán que ser debatidas en el plano doctrinal y jurisprudencial.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006): “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales: colectivos y difusos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, Nº 1.
- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2014): *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia. Un análisis del proceso colectivo en la legislación chilena* (Santiago de Chile, Editorial Thompson Reuters).
- ALEXY, Robert (1989): *Teoría de la Argumentación* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- BAQUERIZO, Jorge (2006): “El *Amicus Curiae*: una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas”, en Salmon Alvear, C. (dir. fundador), *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Nº 21.
- BAZÁN, Víctor (2003): “El *amicus curiae* y la utilidad de su intervención procesal: una visión de derecho comparado con particular énfasis en el derecho argentino”, *Estudios Constitucionales* (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, Año 1, Nº 1).
- BAZÁN Víctor (2004): “*Amicus Curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso”, disponible en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx (consultado el 29 de junio de 2016).
- BERIZONCE, Roberto (2013): “Presentación del libro La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinadores), *Hacia un Código Modelo para Iberoamérica* (México, Porrúa).
- BERTELSEN REPETTO, Raúl (1998): “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, Nº 1.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2004): *La tutela jurisdiccional del medio ambiente* (Santiago, Editorial Fallos del Mes).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (1998) “Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. IX.
- BUSTAMANTE RÚA, Mónica (2010): “Principios del Derecho procesal”, *Derecho procesal contemporáneo* (Medellín, Universidad de Medellín).
- CAPPELLETTI, Mauro (1995): “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 83.

- CAPPELLETTI, Mauro (1969): “Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato”, en *Processo e ideologie* (Bologna, Il Mulino).
- COUTURE, Eduardo (2010): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Santiago, Puntotext).
- CUETO RÚA, Julio (1998): “Acerca del *Amicus Curiae*”, *La Ley*, 1988-D.
- ECHVERRÍA Hugo (2013): “El *amicus curiae*: perspectivas para su uso desde el derecho ambiental”, *Temas de Análisis*, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, N° 31, abril.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo (1996) “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 89.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo (1998): *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales; colectivos y difusos* (Navarra, Aranzadi).
- MIRANDA, Pablo, y HENRÍQUEZ Francisca (2015): “Sociedad Civil y jurisdicción ambiental: la figura del *amicus curiae*”, en *Revista Chilena de Economía y Sociedad*, vol. 9, N° 1.
- MORELLO, Augusto (1998): *Estudios de derecho procesal: nuevas demandas, nuevas respuestas* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- MOSCOSO RESTOVIC, Pía (2011): “Principios de competencia judicial internacional y de protección del medio ambiente”, *Ius et Praxis*, vol. 17, N° 2.
- NÁPOLI, Andrés y VEZZULLA Juan (2007): “El *Amicus Curiae* en las causas ambientales”, *Jurisprudencia Argentina*, Abril (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2013): “Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?”, *Revista Ius et Praxis*, año 19, N° 2.
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2003): “Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la *litis* individual”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XIV.
- PLANIOL, Marcel (1923): *Tratado elemental de Derecho Civil* (Paris, Tomo II).
- NINO, Carlos (1992): *Fundamentos de Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Astrea).
- SALINAS RUIZ, José (2008): “*Amicus curiae*: institución robusta en Inglaterra y Estados Unidos, incipiente en México”, *Revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey*.
- VACA Ricardo (2009): *Manual de Derecho Procesal Penal* (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, t. II, 4ta ed.).
- VASAK, Karel (1982): “Human rights: as a legal reality”, en *The international dimensions of human rights* (Connecticut, Greenwood Press).

**ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE
LA INADMISIBILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO
ESTABLECIDO EN LA LEY N° 20.600 SOBRE
TRIBUNALES AMBIENTALES**

JAIME CARRASCO POBLETE*

*Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile
Master en Derecho Público y en Derecho de la Empresa,
Universidad de los Andes, Chile
Profesor de Derecho Procesal
Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile*

RESUMEN: En la actualidad la inadmisibilidad de los actos procesales no es un tema que la doctrina haya abordado de manera general. Por tal razón, hemos querido referirnos brevemente a la sanción de inadmisibilidad procesal, comenzando nuestro estudio por dar una explicación general de la misma teniendo en cuenta los defectos que puede adolecer un acto procesal, distinguiéndose entre actos que emanan del órgano jurisdiccional y de los auxiliares de la administración de justicia y actos que emanan de las partes y terceros en sentido técnico, para luego analizar los tipos de admisibilidad que se presentan en los procesos civiles más comunes. Finalmente, este trabajo estudia las hipótesis de inadmisibilidad de un reclamo ambiental, de una demanda por daño ambiental, de la prueba en el procedimiento por daño ambiental y de la acción de protección relativa al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Palabras clave: Procedimiento ambiental, admisibilidad de actos procesales, inadmisibilidad de actos de postulación procesal en materia ambiental.

I. LA IRREGULARIDAD O DEFECTUOSIDAD DEL ACTO PROCESAL COMO PUNTO DE PARTIDA

El proceso se desarrolla mediante la concatenación de diversos actos procesales¹ dispuestos por la ley, provenientes del órgano jurisdiccio-

* Dirección Postal: República 105, Santiago. Correo electrónico: jaime.carrasco@mail.udp.cl; jcarrasco@ortfesa.cl. El presente trabajo forma parte del proyecto Fondecyt de iniciación N° 11140330: "La inadmisibilidad como forma de invalidez de los actos procesales de las partes y terceros técnicos en el Código de Procedimiento Civil".

¹ En lo concerniente al concepto de acto jurídico procesal, algunos ponen énfasis en los efectos que producen en el proceso. Así, entre otros, COLOMBO (1997), t. I, p. 53, define el

nal, de los auxiliares de la administración de justicia, de las partes y de terceros. En el ejercicio o desarrollo de los actos procesales se destaca una actividad humana ordenada, que se ajusta a las reglas que dispone el ordenamiento jurídico, a las normas de procedimiento dispuestas por la ley, con el objeto de lograr un fin determinado que no es otro que el proceso sea un instrumento² efectivo para el ejercicio de la función jurisdiccional, logrando la solución del conflicto intersubjetivo.

Así, es destacable que por una parte existe una voluntad humana que está preordenada por la ley, pues, es el ordenamiento positivo el que dispone reglas de conducta, principios informativos, orden de ejecución de los actos, todos los cuales forman el proceso. Por otra parte, el proceso se desenvuelve de acuerdo a un orden consecutivo legal, regulando la conducta humana manifestada en la actividad procesal de diversos sujetos, actos procesales que deben desarrollarse conforme a lo dispuesto por la ley, la que finalmente atribuye efectos a esas manifestaciones de voluntad incorporadas al proceso³.

acto procesal singular como “aquel que produce sus efectos en un proceso o en alguno de sus equivalentes jurisdiccionales”. ORTELLS y MARTÍN (2011) p. 374, critican la concepción del acto procesal como aquel que produce efectos en el proceso y prefieren adherirse a una concepción más restrictiva, “según la cual estos son los actos jurídicos de las partes y del órgano jurisdiccional (fundamentalmente) mediante los cuales el proceso se realiza y que producen sus efectos principales, de modo directo e inmediato, en el proceso”. CHIOVENDA (1977), t. II, p. 243, los define como: “los que tienen importancia jurídica respecto de la relación procesal, o sea, los actos que tienen por consecuencia inmediata la constitución, conservación, desarrollo, modificación o definición de una relación procesal”. PALACIO (1991), t. I, p. 321, indica que: “son actos procesales los hechos voluntarios que tienen por efecto directo e inmediato la constitución, el desenvolvimiento o la extinción del proceso, sea que procedan de las partes (o peticionarios) o de sus auxiliares, del órgano judicial (o arbitral) o de sus auxiliares, o de terceros vinculados a aquel con motivo de una designación, citación o requerimiento destinados al cumplimiento de la función determinada”. COUTURE (2011) p. 165, los define como: “el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales”. AZULA (2010), t. I, p. 337, define los actos procesales como “las actuaciones surtidas por los sujetos del proceso u otras personas que accesorias y tangencialmente intervienen y tendentes a iniciarlo, desarrollarlo y ponerle término”. Otros atribuyen el carácter procesal del acto a la cualidad de ser un elemento del proceso o a la finalidad que el proceso se propone. En esta orientación *cfr.* PRIETO-CASTRO (1982), t. I, p. 552, quien los define como “los que realizan las partes y el órgano jurisdiccional para preparar, iniciar, impulsar y terminar el procedimiento, logrando el fin que el proceso se propone”. En este mismo sentido QUINTERO (2008) p. 552, define los actos procesales como los “actos jurídicos del proceso, los que lo componen como una sucesión que tiende a un fin”.

² En este sentido MONROY (2007) pp. 115-116, afirma que: “es importante, por tanto, considerar en su real dimensión hasta qué punto el proceso cumple, intrínsecamente, una función instrumental respecto de los objetivos que persigue el Derecho y específicamente respecto del Derecho material. Aquel, con todas sus limitaciones, pretende la composición justa de los conflictos de intereses a través de los distintos mecanismos que lo conforman. El proceso es un instrumento con diversos elementos en su interior, que se encuentran unidos por un objetivo común; es decir, dichos elementos, que no son otros que los principios, las instituciones y las distintas categorías procesales, conforman en su conjunto la estructura del Derecho procesal”. En explicación de BARRIOS (1979) p. 80, la instrumentalidad es el modo moderno de indicar que el proceso sirve al derecho sustancial. Dicho de otro modo, que el proceso es función para el referido derecho; o sea, que en alguna medida este es función del proceso”.

³ *Cfr.* CORDÓN (1994) p. 152.

Atendido esto, se percibe que el fenómeno de la invalidez, en donde está la inadmisibilidad, parte de la base que la conducta de los sujetos que intervienen en el desarrollo o comisión de los actos procesales que forman el proceso pueden presentar ciertos desajustes con el modelo normativo, generándose una desviación jurídica, lo que constituye que el acto pueda conceptualizarse como irregular, defectuoso o viciado.

Sin embargo, en nuestra opinión, dependiendo del origen del acto procesal, la irregularidad del mismo no tiene o no debe tener el mismo tratamiento procesal. Así, por una parte, están los actos que tienen su origen en el órgano jurisdiccional⁴ y los auxiliares de la administración de justicia y, por otra, aquellos actos generados por las partes y terceros en sentido técnico⁵. En virtud de esta distinción, consideramos que el tratamiento procesal que la ley asigna a las irregularidades de los actos procesales de parte no es la misma que la que se atribuye a los actos procesales que emanan del órgano jurisdiccional.

II. EL DISTINTO TRATAMIENTO DE LAS IRREGULARIDADES PROCESALES

El procedimiento tiene vida por medio de las múltiples actuaciones judiciales originadas por el juez, las partes y los terceros, las que se desarrollan y suceden unas a otras según el orden dispuesto por la ley. Todos los actos procesales que hemos mencionado son relevantes para el desenvolvimiento del proceso, cualquiera sea la naturaleza de la controversia, sin embargo, cuantitativamente los que tienen su origen en el juez y las partes son los que principalmente instituyen el proceso.

Las irregularidades que padecen los actos procesales que tienen su origen en las partes y terceros en sentido técnico, difieren del tratamiento procesal que la ley asigna a los defectos que adolezcan los actos que emanan del órgano jurisdiccional y de los auxiliares de la administración de justicia.

Las diferencias se aprecian al analizar el ordenamiento jurídico, el que dispone comúnmente la sanción de nulidad contra ciertos actos defectuosos que provienen del órgano jurisdiccional o de ciertos terceros

⁴ Los principales actos procesales del órgano jurisdiccional son las resoluciones judiciales, ya que existen ciertos actos procesales que tienen su génesis en el juez pero no se trata de resoluciones judiciales como, por ejemplo, las meras comunicaciones (informes, instrucciones, devolución de documentos exhibidos, etc.); el acta donde consta una prueba; en los procesos informados por la oralidad dirige preguntas a las partes y a los testigos en las pruebas de interrogatorio de parte y de testigos, respectivamente, etc. Respecto de los diferentes actos del juez y su clasificación *cf.* GOLDSCHMIDT (1936) pp. 300 y ss. Una crítica a la clasificación de Goldschmidt *cf.* ALCALÁ ZAMORA (1992), t. II, pp. 53-81. También entre los distintos actos del juez *cf.* ORTELLS y MARTÍN (2011) pp. 407-414.

⁵ En la terminología de GOLDSCHMIDT (1936) p. 228, solo respecto de los actos de parte denominados como de *postulación* resulta necesario examinar su admisibilidad y si son fundados.

metajurídicos; en cambio, establece ordinariamente la sanción de inadmisibilidad contra ciertos actos irregulares que tienen su origen en las partes o terceros en sentido técnico.

Esta diferencia se percibe más nítidamente cuando se responde a la pregunta ¿qué es lo que se quiere anular? En efecto, en el proceso civil, durante el transcurso del proceso, lo que se pretende anular es, por lo general, el emplazamiento aparente que sufrió el demandado, o una determinada resolución judicial que no se ajusta a la legalidad, o una prueba que se practicó sin los requisitos legales vulnerando derechos y garantías de la contraparte. Posteriormente, al finalizar cada grado jurisdiccional se abre paso a las partes para que impetren los medios de impugnación, en estos nuestro sistema contempla, entre otros, la apelación, la casación en la forma y la revisión, donde de una u otra manera se puede lograr la invalidación de la sentencia y de los actos de procedimiento que han sido desarrollados sin observar la legalidad, cumpliéndose los requisitos que en cada caso exige la ley.

Normativamente, las causales específicas de nulidad procesal están dispuestas, por lo general, a propósito de los incidentes especiales de nulidad por fuerza mayor (art. 79 CPC), por falta de emplazamiento (art. 80 CPC), y en las causales del recurso de casación en la forma (art. 768 CPC), sin perjuicio de la causal genérica de nulidad contemplada en el artículo 83 del CPC.

En cambio, cuando un acto que emana de las partes o de terceros en sentido técnico incumple una exigencia que dispone el ordenamiento jurídico, este no lo trata como acto nulo sino que le asigna otro tipo de invalidez como, entre otras, por ejemplo, la inadmisibilidad (arts. 201 inc. 1°, 205 inc. 1°, 213 inc. 2°, 466 inc. 3°, 778, 781 inc. 2°), la preclusión, decadencia o consumación del acto (art. 64 inc. 1° CPC), la deserción del recurso (art. 201 inc. 2°, 779 CPC) o el desistimiento del mismo (art. 197 inc. 3° CPC).

Lo que hemos tratado de manifestar es que la sanción de invalidez que recae sobre los actos defectuosos que tienen su origen en el órgano jurisdiccional o en terceros vulgares es la nulidad, en cambio, la especie de invalidez que se asigna a los actos de las partes o terceros en sentido técnico suele ser la inadmisibilidad, sin perjuicio de otras sanciones que el ordenamiento establece para determinadas hipótesis.

Además de lo anterior, el origen del acto procesal es relevante para apreciar de mejor forma el fenómeno de la validez-invalidez y eficacia-ineficacia del acto. Las divergencias se aprecian al analizar la declaración de voluntad, la aptitud del sujeto que desarrolla el acto⁶ y los efectos que produce cada acto, en relación con quién constituye la fuente generadora del acto procesal.

⁶ Acerca de la aptitud del sujeto que realiza el acto procesal *cf.* ORTELLS y MARTÍN (2011) p. 376.

En virtud de lo anterior pasaremos a analizar la invalidez de los actos del órgano jurisdiccional para luego referirnos a los actos que tienen su origen en las partes y terceros en sentido técnico.

1. LOS ACTOS PROCESALES QUE EMANAN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

Hemos afirmado que, dependiendo del origen del acto, varía el tratamiento procesal en cuanto a su eficacia. En efecto, la dialéctica del proceso civil implica que, para que este se desarrolle y avance, es necesario que tanto las partes como el órgano jurisdiccional desarrollen actos jurídicos procesales de manera concatenada, en el orden consecutivo legal que indica el procedimiento regulado por la ley (art. 63 N° 3 CPR).

En esta diversidad de actos procesales se aprecia que la eficacia de aquellos que tienen su origen en las partes y terceros técnicos es heterogénea respecto de la eficacia de los actos que emanan del órgano jurisdiccional o de los auxiliares de la administración de justicia. En este apartado nos referiremos especialmente a estos últimos, reservando el análisis del resto de los actos para el apartado siguiente.

Los actos del órgano jurisdiccional y de sus auxiliares o terceros metajurídicos son una especie de actos procesales.

Los actos del juez son diversos, siendo los más importantes o destacados las resoluciones judiciales (art. 158 CPC), porque en estas se manifiesta la potestad jurisdiccional, mediante aquellas avanza el procedimiento y, finalmente, se resuelve la controversia.

Las resoluciones judiciales tienen un especial tratamiento en el Código de Procedimiento Civil, el que destina para su regulación el Título XVII del Libro I, denominado *De las resoluciones judiciales*. La normativa pertinente se encarga, entre otras cosas, de clasificarlas y determinar su objeto (art. 158 CPC), de regularlas en forma general (arts. 61 y 169 CPC), de manera particular (arts. 170, 171, AA. sobre la forma de las sentencias de 1920) y de los efectos que producen (arts. 175, 177, 178, 179, 180, 182 CPC)⁷.

En los actos del órgano jurisdiccional se incluyen los actos del secretario judicial⁸ (arts. 379-389 COT) y de los terceros vulgares o ajenos al juicio (receptores, peritos, testigos, relatores, etc.), también denominados como agentes de la jurisdicción o auxiliares de la administración de justicia (título IX del COT, arts. 350-457 bis).

Las resoluciones judiciales solo producirán efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados⁹

⁷ Cfr. STOEHLER (2009) pp. 95-142.

⁸ Cfr. COLOMBO (1997), t. II, p. 353.

⁹ Entre estos casos se pueden mencionar los siguientes, a saber: a) aquella resolución que acoge una medida prejudicial precautoria o precautoria propiamente tal, cuando el demandante

por ella (art. 38 CPC). Se entiende que una resolución judicial es notificada con arreglo a la ley cuando ha sido comunicada a las partes mediante alguna forma de notificación que indica la ley¹⁰. La mayoría de las resoluciones judiciales, una vez notificadas, desplegarán sus efectos, sin más trámite. En otras palabras, las resoluciones judiciales, en general, no están sometidas a ningún tipo de control previo o inicial que tenga por objeto manifestar alguna irregularidad o ilegalidad que puedan padecer, tanto desde el punto de vista formal como en su aspecto de fondo.

Las resoluciones judiciales solo podrán ser controladas en su aspecto formal y de fondo por los medios de impugnación que dispone la ley, en cuanto fueren procedentes, dependiendo de la naturaleza jurídica de la resolución que se pretende atacar. Este control de legalidad, en virtud del principio dispositivo, deben ejercerlo las partes, pues, una vez que la resolución se notificó a alguna de estas, el juez está impedido de alterarla, en virtud del principio del desasimiento del tribunal, que solo deja a salvo la posibilidad de aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia (art. 182 CPC). Tal atribución la podrá ejercer el juez, a petición de parte o de oficio (art. 184 CPC).

En virtud de lo expuesto, afirmamos que el régimen de validez del acto que tiene su origen en las partes o terceros técnicos es distinto que el sistema de validez de los actos que provienen del órgano jurisdiccional o de terceros vulgares. En efecto, el hecho de incorporar materialmente un acto de parte al proceso, no implica inmediatamente su eficacia, pues eso dependerá de que el acto resulte admitido; los actos del órgano jurisdiccional, en cambio, producen sus efectos desde que se notifican válidamente y en forma inmediata, con independencia de si se ajustaron al modelo legal. Incluso, en caso que las partes impugnen un determinado acto –especialmente a causa de un recurso–, los efectos de este se mantienen en el tiempo, al menos hasta que se revoque o invalide la resolución por el tribunal superior.

Esta distinción –dice con razón Hernández Galilea– “debe ser tenida en cuenta a la hora de analizar las peculiaridades de la nulidad en el

solicitó que la medida se decrete sin previa audiencia del demandado (*inaudita parte*), siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene (art. 302 inc. 2º CPC); b) la resolución que acoge la demanda posesoria de obra nueva, en la parte que ordena la suspensión de la ejecución de la obra, no necesita ser notificada al demandado para que produzca efectos, bastando para que se produzca esta suspensión que se le notifique a quien esté dirigiendo o ejecutando la obra (art. 566 CPC); c) en caso que el apelado sea rebelde en comparecer ante el tribunal de alzada a seguir el recurso de apelación, se seguirá el recurso en su rebeldía por el solo ministerio de la ley y no será necesario notificarle las resoluciones que se dicten, las que producirán sus efectos respecto del apelado rebelde desde que se pronuncien (art. 202 inc. 1º CPC). Una explicación concerniente a estas hipótesis *cf*: CAMIRUAGA (2004) pp. 34-55. Respecto de la rebeldía del apelante y del apelado *cf*: CARRASCO (2010) pp. 100-102.

¹⁰ Acerca de esta regla general de notificación y en el sentido que exponemos *cf*: CAMIRUAGA (2004) pp. 32 y ss.

proceso, pues siendo la nulidad una categoría cuya finalidad es la eliminación de los efectos, debe aplicarse solamente a los actos jurídicos que puedan producirlos. En consecuencia, debemos concluir que en el ámbito procesal, en sentido estricto, solo los actos jurisdiccionales son susceptibles de ser considerados nulos¹¹.

Esta diferencia no ha sido propuesta por la doctrina procesal de nuestro país¹², sí por la comparada¹³; divergencia que consideramos correcta y plenamente aplicable a nuestro sistema procesal civil.

Es más, del análisis del sistema anulatorio puede concluirse que la invalidez regulada en los recursos de casación en la forma (art. 766 CPC), en el fondo (art. 767 CPC) y revisión (art. 810 CPC) tiene por objeto atacar una resolución judicial, cuya naturaleza, dependiendo del caso concreto, será una sentencia interlocutoria o definitiva. Lo mismo ocurre con la nulidad por fuerza mayor (art. 79 CPC) y por falta de emplazamiento (art. 80 CPC), pues en ambas hipótesis lo que se pretende dejar sin efecto son los efectos de los actos realizados por la parte contraria, los que han sido incorporados al proceso por diversas resoluciones judiciales. En otras palabras, esos actos que emanan de la contraparte han producido efectos porque han sido admitidos al proceso en virtud de diversas resoluciones judiciales, razón por la que el articulista atacará, por medio de un incidente, las resoluciones judiciales que se dictaron durante todo el tiempo en el que estuvo impedido de comparecer debido a la fuerza mayor, o todas aquellas resoluciones que se dictaron durante el transcurso del juicio en virtud de un emplazamiento inválido o aparente. Lo anterior ratifica nuestra proposición que la nulidad procesal solo tiene por objeto los actos que provienen del órgano jurisdiccional o las actuaciones judiciales de los agentes de la jurisdicción¹⁴.

¹¹ HERNÁNDEZ (1995) p. 106.

¹² Nuestra doctrina aplica la nulidad procesal a toda la actividad procesal sin distinguir el origen del acto. En este sentido, entre otros, SALAS (2004) p. 82, al afirmar que la nulidad procesal es aplicable a todos los actos del proceso. El autor señala que: "Se ha dicho que la nulidad estudiada es una sanción de ineficacia procesal, pero, no obstante tal carácter, su acción es amplísima, puesto que *afectará de una manera genérica a todos los actos del proceso ejecutados imperfectamente*, sin necesidad de que el legislador la prescriba para cada caso particular" (la cursiva es nuestra). También hace aplicable la nulidad tanto a los actos del juez como de las partes y terceros, COLOMBO (1997), t. II, p. 433, al afirmar que: "si el juez o las partes desajustan el proceso al procedimiento incurrir en un vicio que autoriza la invalidación de actos procesales individuales o de todo el proceso según corresponda, restableciéndose así la igualdad. Lo mismo ocurrirá si es violentada por el sentenciador la ley decisoria *litis*". Más claramente lo señala en la p. 469, al disponer que: "la nulidad puede afectar a los *actos del tribunal, de las partes y de los terceros* que pueden actuar en el juicio" (la cursiva es nuestra). Además, el autor en varias partes de su obra hace aplicable la nulidad a todos los actos procesales, sin distinción alguna.

¹³ Hacen esta distinción en el derecho español, entre otros, *Cfr.* HERNÁNDEZ (1995) pp. 105 y ss.; ANDRÉS (2005) pp. 135 y ss. En el derecho argentino *cfr.* CREUS (1995) pp. 116 y ss.; OTRANTO, MORENZA y FERRARI (2005) p. 424; PALACIO (1972) pp. 146-147; CLARIÁ (1983), t. II, p. 119.

¹⁴ El problema puede originarse en virtud del tenor literal del incidente de nulidad general (art. 83 CPC), que no distingue el origen del vicio, lo que puede dar lugar a sostener, a nuestro

Nuestra afirmación también se apoya al acudir al elemento práctico, a la realidad del proceso. Resulta ilógico pretender anular un acto de parte, pues si este aún no ha sido admitido al proceso, entonces no ha producido ningún efecto, por lo que nada hay que anular. Una vez que el acto de parte es declarado expresa o implícitamente admisible, ahí será posible atacarlo, pero nótese que la nulidad se implorará contra la resolución que de una u otra forma admitió el acto de parte, que accedió a la petición invocada, la que contiene un determinado vicio susceptible de anularse¹⁵, o contra el acto inválido realizado por un auxiliar de la administración de justicia, siempre que padezca de una irregularidad invalidante y que se cumplan los demás requisitos legales para que prospere la declaración de nulidad (entre otros, perjuicio trascendente para quien invoca el vicio, actuación de buena fe, solicitar la declaración oportunamente, que no hayan actuado los límites que impiden declarar la nulidad procesal).

Así, por ejemplo, un litigante impetrará un incidente de nulidad con el objeto de eliminar los efectos del emplazamiento aparente; para anular una prueba rendida fuera de plazo en la que no tuvo posibilidad de defenderse; para invalidar una resolución del proceso que no respetó el derecho a la bilateralidad de la audiencia. Posteriormente se podrá invalidar una sentencia dictada por un tribunal incompetente: por contener decisiones contradictorias; por haberse fundado en pruebas declaradas falsas en un juicio posterior; por no haberse respetado la imparcialidad del juzgador. Finalmente, también se podrá invalidar una sentencia por razones de fondo, cuando no se aplique correctamente la ley, cuando haya una errónea interpretación de la ley y, en general, cuando exista una infracción de ley que influya sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

En virtud de lo anterior, es manifiesto que lo invalidable son las resoluciones judiciales y las actuaciones judiciales de alguno de los agentes de la jurisdicción.

En consecuencia, las distinciones pretéritas permiten comprender coherentemente la articulación del sistema anulatorio en el proceso civil, el que tiene por objeto eliminar los efectos de los actos que emanan del órgano jurisdiccional o de los agentes de la jurisdicción, siempre que se cumplan los requisitos para su procedencia, reservando para los demás actos otra sanción distinta, la denominada inadmisibilidad, la que explicaremos a continuación.

entender equivocadamente, que la nulidad se aplica indiscriminadamente a cualquier actividad procesal, independiente de su origen. Sin embargo, lo anterior es solo una interpretación, pues la norma tampoco señala que se aplica a todos los actos procesales.

¹⁵ *Cfr.* GIMENO (1949) p. 513.

2. LOS ACTOS PROCESALES QUE TIENEN SU ORIGEN EN LAS PARTES

Nuestros Códigos de Procedimiento no regulan sistemáticamente la inadmisibilidad de los actos procesales.

El ordenamiento jurídico procesal utiliza la acepción inadmisibilidad, en general, para imponer una sanción a los actos que provienen de las partes cuando estos incumplen alguno de los requisitos que la ley dispone¹⁶. También puede entenderse que la regulación aislada de la inadmisibilidad genera una amenaza para los actos de las partes cuando estos incumplen ciertos requisitos que la ley considera necesarios para la validez del acto.

La utilización de este término es amplia, pues no tiene una delimitación clara en nuestro ordenamiento, asignándole variadas funciones que conviene puntualizar para distinguir la inadmisibilidad de la nulidad procesal.

Como dijimos preliminarmente, los actos procesales de parte y de terceros en sentido técnico, para que sean incorporados al proceso, requieren de un examen o control de regularidad o legalidad *ex ante*, lo que los diferencia de los actos que emanan del órgano jurisdiccional y de sus auxiliares, estos producen efectos desde que se notifican a las partes en la forma prevista en la ley (art. 38 CPC). Este control de regularidad que afecta los actos de parte es insoslayable para determinar la validez y efectos que puede generar un acto procesal.

Las actuaciones que provienen de las partes no producen efectos en forma directa o inmediata, sino que están subordinados a un control preventivo de regularidad o admisibilidad. En efecto, si el acto que emana de la parte cumple los requisitos que dispone el ordenamiento jurídico, el juez dictará una resolución donde lo admite, originándose las secuelas que dispone la norma. Por el contrario, la inobservancia de alguna exigencia legal o su improcedencia de acuerdo con el orden consecutivo legal, obstará a que el juez lo admita, con ello, en virtud de esa valoración negativa, el acto no producirá efecto alguno, o más precisamente, no alcanzará a producir efecto.

Las causales de inadmisibilidad responden a una variedad de funciones que deben buscarse en el ordenamiento jurídico, como pueden ser,

¹⁶ *Cfr.* QUEZADA (1984) p. 145; MOLINA (2007) pp. 23 y 24. CLARÍA (1983), t. II, p. 118, afirma que: “la inadmisibilidad es la sanción de naturaleza procesal mediante cuya aplicación se impide *ab initio* que produzcan efecto en el proceso los actos de parte (o de algunos terceros en actos no requeridos por el tribunal), por habérselos realizado sin observar determinados requisitos de forma o careciendo de la facultad para actuar válidamente”. DE LA RÚA (1991) p. 81, partiendo de la misma definición de Claría Olmedo sostiene que “este concepto amplio y descriptivo comprende dos aspectos: el defecto en la forma exterior (criterio objetivo) y el defecto en el poder para cumplir la actividad (criterio subjetivo). El defecto en la forma consiste en una deficiencia estructural del acto, por no adecuarse al esquema legal regulado imperativamente. El defecto en el poder consiste en la ausencia de la atribución para desplegar la actividad que se pretende cumplir, sea por haberse extinguido la posibilidad de actuar, no obstante el poder que se tuvo para hacerlo (impugnación vencido el término), o por haberse agotado por su ejercicio anterior”.

entre otras, ser un instrumento de economía procesal; constituir un filtro para la interposición de un recurso; una posible respuesta a los abusos de presentaciones de escritos sin cumplir los requisitos que dispone la ley¹⁷. Para vislumbrar los fines que se asigna a la inadmisibilidad, basta echar una mirada a las hipótesis comprendidas en nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que desarrollaremos a continuación.

III. LOS DIVERSOS SIGNIFICADOS DE LA INADMISIBILIDAD EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Para determinar el fundamento de la inadmisibilidad creemos aconsejable estudiar, en general, las hipótesis legales que contempla nuestro ordenamiento jurídico. Desarrollaremos los casos más comunes contenidos tanto en el Código de Procedimiento Civil como el Código Procesal Penal, sin perjuicio de alguna causal de inadmisión contemplada expresamente en leyes especiales, pues no es objetivo de esta investigación revisar todas las hipótesis expresas de inadmisibilidad existentes en nuestra legislación. Finalmente, nos avocaremos a las causales de inadmisibilidad de los reclamos de naturaleza ambiental que conocerán los Tribunales Ambientales, de la demanda por daño ambiental, de los medios de prueba aplicables en el procedimiento por daño ambiental y, finalmente, de la acción de protección que tiene por objeto proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

1. LA INADMISIBILIDAD COMO SANCIÓN TRANSITORIA, CON POSIBILIDAD DE SUBSANAR EL ACTO INADMITIDO, CONTRA LOS ACTOS DE INICIACIÓN DEL PROCESO QUE INFRINGEN REQUISITOS FORMALES

De este criterio podemos encontrar varias hipótesis de inadmisibilidad. Así sucede, por ejemplo, cuando no se observa por el demandante los requisitos legales para presentar la demanda previstos en los números 1, 2 y 3 del artículo 256 CPC. En este evento, el ordenamiento dispone que *puede el juez de oficio no dar curso a la demanda* que no contiene las indicaciones precedentes, señalando el defecto de que adolece (art. 256 CPC).

Esta misma hipótesis ocurre tratándose de una demanda ejecutiva que pretenda cobrar una cantidad de dinero expresada en moneda extranjera, pues al demandante le corresponde, para efectos de determinar la cuantía de la obligación, acompañar los documentos que sean necesarios para

¹⁷ Acerca de las funciones de la inadmisibilidad *cf.* CIERCO (2009), *passim*.

ese fin, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 21 y 22 de la Ley N° 18.010 y 116 y 120 del COT.

En este criterio hemos incluido también la constitución indebida del poder o mandato judicial (art. 2 inc. 4° Ley N° 18.120). Sin embargo, se trata de un caso especial porque el ordenamiento dispone de un plazo legal y fatal donde la parte debe constituir debidamente el poder, bajo apercebimiento de que si no lo hace, la actuación se tendrá por no presentada para todos los efectos legales.

También caben en este criterio algunas de las causales en virtud de las cuales el juez de garantía puede declarar inadmisibile la querella. En efecto, las causales de las letras a) y b) del artículo 114 del CPP dicen relación con cuestiones de forma, por lo que basta que falte alguno de los requisitos señalados en dichos literales para que la querella sea declarada inadmisibile.

Todas estas disposiciones a las que aludimos precedentemente constituyen hipótesis de inadmisibilidat momentáneas o transitorias, pues basta que la parte que realizó el acto irregular corrija el defecto para que, posteriormente, el juez se pronuncie admitiendo el acto procesal, declarando la subsanación del defecto y, en consecuencia, confiera traslado u ordene el despacho de la ejecución, según corresponda.

Un caso especial lo constituye incurrir en el apercebimiento dispuesto por la ley cuando no se constituye debidamente el mandato judicial. Esta hipótesis, en principio, se trata de un caso de inadmisibilidat subsanable, pero si no se corrige el defecto en el plazo perentorio, se hará efectivo el apercebimiento, mutando la sanción a una caducidad, impidiendo su corrección o subsanación posterior, fundado en razones de economía procesal y eficiente administración de justicia.

Sostenemos que la admisión-inadmisión en la etapa de iniciación del proceso con posibilidad de subsanación del defecto obedece a razones de economía procesal, pues se evita un desgaste de tiempo, de recursos económicos y técnicos al impedir que un proceso avance sin que cumpla los requisitos que exige la ley.

En esta orientación se entienden los mecanismos procesales que tienen por objeto subsanar los defectos de ciertos actos como, por ejemplo, la interposición de excepciones procesales o dilatorias con el objeto de corregir la inobservancia de presupuestos y óbices procesales para la correcta configuración de la *litis*, o en los sistemas procesales informados por la oralidad, el establecimiento de audiencias preparatorias o previas a las cuales se asignan objetivos similares¹⁸.

¹⁸ Así lo explica PALOMO (2010) pp. 47-48, al sostener que: "En vez de entrar de inmediato (pura y simplemente) al juicio y a la práctica de las pruebas tras las alegaciones iniciales de las partes (con el riesgo de caer en un espiral de incidencias, suspensiones e interrupciones derivadas de la falta de preparación de un acto), el modelo de proceso por audiencias antepone a la celebración del juicio una audiencia o vista previa, la que con un carácter

La inadmisión en estos casos juega un papel importante como un mecanismo sancionatorio que tiene por objeto declarar la invalidez de un acto de parte o de terceros en sentido técnico que, de no controlarse oportunamente, genera graves repercusiones en etapas posteriores del proceso. Este control *in limine litis*, en su etapa inicial, es correcto porque permite depurar formalmente el proceso¹⁹, impidiendo transitoriamente su avance hasta que se resuelvan las cuestiones procesales que obstan a la prosecución del proceso²⁰, incorporando una técnica subsanatoria de los actos defectuosos que tienen su origen en las partes o terceros técnicos, logrando que en una etapa posterior y final se pronuncie una sentencia de mérito que resuelva el fondo de la controversia, evadiéndose las denominadas sentencias absolutorias en la instancia, fomentando la eficiencia del proceso inserta en el tan clásico principio informativo de economía procesal²¹.

2. LA INADMISIBILIDAD COMO SANCIÓN PERMANENTE, SIN POSIBILIDAD DE SUBSANAR EL ACTO INADMITIDO, CONTRA ACTOS PROCESALES QUE NO OBSERVAN ALGUNO DE LOS REQUISITOS QUE DISPONE EL ORDENAMIENTO

El ordenamiento jurídico, en ciertos casos, sanciona drásticamente ciertos actos de parte o de terceros en sentido técnico que no cumplen ciertos requisitos legales.

La sanción en estos casos es más rigurosa porque impide que la fuente generadora del acto pueda subsanar el vicio, incurriendo derechamente en una declaración de inadmisibilidad del mismo.

Estos casos de inadmisibilidad, por lo general, se generan cuando un determinado acto no cumple con los requisitos que dispone la ley. Así sucede, por ejemplo, en el evento que el ejecutado no relate las excepciones opuestas contra la ejecución con la claridad y precisión necesaria para su comprensión (art. 465 CPC)²²; cuando no se observan las exigencias

preliminar-preparatorio sirve, entre otras finalidades, para remover tempranamente del proceso todos los obstáculos u óbices procesales que pudieran existir y para preparar adecuadamente la actividad que constituye el eje central de todo juicio, la prueba, ya sea precisando los límites de la controversia existente entre las partes, ya sea delimitando el *ibema probandi*". En el mismo sentido PALOMO (2008) pp. 213 y ss.

¹⁹ En este sentido HUNTER (2009) p. 120.

²⁰ Así lo destaca GIMENO (2007) pp. 245-246, al señalar que: "en un proceso moderno es siempre recomendable que el tratamiento de tales presupuestos se haga *a limine litis*, esto es, al inicio del proceso y no al final de la fase declarativa o al término de algunas de sus instancias, ya que, si así aconteciera, el actor habrá perdido el tiempo y su dinero, pues el contenido de tales resoluciones se circunscribe a declarar la ausencia del presupuesto procesal, dejando imprejuzgada la relación jurídico-material debatida...". *Cfr.* BERIZONCE (1993) pp. 452 y ss.; FAIRÉN (1955) pp. 448 y ss.

²¹ *Cfr.* CIERCO (2009) pp. 42-43.

²² Así, entre otras, la sentencia de la Corte Suprema, 1 de octubre de 1925, *RDJ.*, t. XXIII, sec. 1ª, pp. 477 y ss. (considerando 5º), resolvió que: "... los fundamentos de las excepciones

legales para impetrar los recursos de apelación, casación en la forma, casación en el fondo y nulidad (arts. 201 inc. 1º, 205 inc. 1º, 213 inc. 2º, 466 inc. 3º, 772, 778 inc. 1º, 781 inc. 2º todos del CPC y 383 del CPP).

En estas hipótesis se mezclan diversos requisitos legales cuyo incumplimiento importa la declaración de inadmisibilidad. Preliminarmente, estas exigencias pueden sintetizarse en que la inadmisión está motivada tanto por cuestiones de forma como de contenido de los actos procesales, incluyéndose en casi todas las hipótesis legales la inobservancia de la oportunidad procesal para ejecutar o realizar un determinado acto.

A propósito del recurso de apelación, como se sabe, este debe interponerse en la oportunidad legal que corresponde; la naturaleza de la resolución judicial debe ser susceptible de apelarse; el recurso debe ser fundado y contener un *petitum* concreto. En el evento que no se cumplan estas exigencias tanto el juez *a quo* como el tribunal *ad quem* pueden declarar inadmisibile el referido recurso (arts. 201 inc. 1º y 213 inc. 2º CPC)²³. En dicho caso, la resolución impugnada quedará firme y procederá la devolución del proceso si este se elevó (art. 205 inc. 1º CPC).

Tratándose de los recursos de casación en la forma y en el fondo, el ordenamiento jurídico también dispone el cumplimiento de ciertos requisitos para que aquellos sean declarados admisibles.

Respecto de la casación en la forma, la resolución impugnada debe tener una naturaleza que haga posible la interposición de este recurso (art. 766 CPC); el recurrente debe indicar una causal legal que lo haga procedente (arts. 768 inc. 1º y 772 inc. 2º CPC); debe existir un perjuicio trascendente solo reparable mediante la invalidación y que influya en lo dispositivo del fallo (art. 768 inc. 2º CPC); el recurrente debió preparar el

que el ejecutado puede oponer, conforme al artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, caracterizan o determinan las excepciones de tal modo, que según sean ellas, así también será la clase o especie de excepción deducida en el juicio; por lo que no basta enunciar alguna de las que genéricamente enumera aquella disposición legal para que se la admita a tramitación y recaiga un pronunciamiento sobre ella, sino que debe determinársela y concretársela con la exposición de los hechos, antecedentes o motivos que manifiesten la fisonomía jurídica propia". Sobre esto también véase Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de enero de 1993, *RDJ.*, t. XC, sec. 2ª, pp. 14 y ss. (considerandos 1º y 2º). Otra sentencia de la Corte Suprema, 9 de enero de 1937, *RDJ.*, t. XXXIV, sec. 1ª, págs. 184 y ss. (considerandos 1º y 2º), resolvió que: "el ejecutado (...) al decir en el otrosí de su escrito de excepciones que 'usará en la ejecución de todos los medios probatorios que le acuerda la ley a excepción de la prueba de testigos' ha cumplido debidamente con la exigencia contemplada en el artículo 487 del Código de Procedimiento Civil (...).- 2º Esta interpretación se ajusta a la letra y al espíritu del Código Procesal, que, en sus disposiciones, salvo casos muy especiales no exige al litigante usar fórmulas o términos sacramentales (...).".

²³ En este sentido, Corte Suprema, 21 de enero de 2010, Rol N° 6853-2008, (Cita Legal Publishing: CL/JUR/726/2010), (considerando 6º); Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de enero de 2007, Rol N° 2925-2006, (Cita Legal Publishing: CL/JUR/6683/2007), (considerando 3º); Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de agosto de 2010, Rol N° 6788-2009, (Cita Legal Publishing: CL/JUR/12014/2010), (considerandos 6º, 8º y 10º); Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de septiembre de 1998, *GJ.*, 219, 1998, págs. 237-238, (considerando 3º), (la misma sentencia en Cita Legal Publishing: CL/JUR/1511/1998); Corte de Apelaciones de Talca, 9 de agosto de 1991, Rol N° 44274-1989, (Cita Legal Publishing: CL/JUR/448/1991).

recurso e interponerlo en la oportunidad procesal (arts. 769 y 770 CPC) y, finalmente, el recurso debe cumplir un requisito de *ius postulandi* al tener que ser patrocinado por abogado habilitado que no sea procurador del número (art. 772 inc. 3° CPC).

Respecto de la casación en el fondo, la resolución recurrida debe tener una naturaleza que haga susceptible la interposición de este recurso (art. 767 CPC); el recurrente debe expresar el error de derecho en que incurre la sentencia recurrida y explicar la manera en que dicho error influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo (art. 772 inc. 1° N° 1 y 2 CPC); el recurrente debe interponerlo en la oportunidad procesal (arts. 770, 776, 791 CPC) y, finalmente, el recurso también debe cumplir un requisito de *ius postulandi* al tener que ser patrocinado por abogado habilitado que no sea procurador del número (art. 772 inc. 3° CPC).

A nivel jurisprudencial se han agregado ciertos requisitos para que el recurso de casación en el fondo no sea rechazado, así por ejemplo, entre otras, que la norma jurídica que se denuncia como infringida debe calificar dentro del concepto de ley; la debida utilización del plural a la hora de indicar el patrocinio del recurso; que no se invoquen subsidiaria o conjuntamente los motivos de casación; que el recurso sea deducido por una parte del juicio; que no se denuncie por vía de casación en el fondo una cuestión jurídica que debió ser reclamada por la vía de la casación en la forma; que el error de derecho que autoriza la invalidación del fallo guarde relación de causa a efecto con lo resolutivo de la sentencia, causando perjuicio procesal al recurrente²⁴.

Finalmente, en materia procesal penal se contempla un recurso extraordinario de nulidad el que debe cumplir ciertos requisitos como son su interposición en la oportunidad que dispone la ley y por escrito (art. 372 CPP); dependiendo de la causal legal en que se funde el recurso se debió haber preparado (art. 377 CPP); debe estar fundado y contener peticiones concretas (art. 378 CPP). El estudio de admisibilidad del juez *a quo* solo dirá relación con su interposición contra resolución cuya naturaleza sea susceptible de impugnarse por esta vía (art. 372 CPP) y que el recurso se haya impetrado dentro de plazo (art. 380 CPP). El estudio de admisibilidad del tribunal *ad quem* es más riguroso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 383 del CPP, pudiendo declararlo inadmisibles si carece de fundamentos de hecho y de derecho, si no contiene peticiones concretas y si no fue preparado.

En todas las hipótesis aludidas precedentemente, la inobservancia de tan solo uno de los requisitos mencionados (de forma o contenido del acto) importa la declaración de inadmisibilidad del recurso, no contemplándose por el ordenamiento jurídico manera alguna de subsanar posteriormente el defecto que adolece el acto de parte o de terceros técnicos.

²⁴ Acerca de estos requisitos *cf*: ROMERO, AGUIRREZABAL y BARAONA (2008) pp. 230-254.

Las razones que motivan este proceder consisten en lograr una descongestión de ciertos cauces procesales que pueden ser saturados, los cuales se vislumbran especialmente en el ámbito de los recursos o medios de impugnación. En efecto, nuestro sistema procesal civil presenta dos grados jurisdiccionales (doble instancia) en los que se pueden discutir y revisar tanto los hechos como el derecho, sin perjuicio que posteriormente se pueden impetrar los recursos de casación en la forma y en el fondo.

En este contexto, el ordenamiento jurídico pretende descongestionar un determinado mecanismo procesal que se satura fácilmente, como son los medios de impugnación, utilizando la sanción denominada inadmisibilidad, la que actuará cuando las partes o terceros técnicos impugnen una determinada resolución judicial sin observar las exigencias que indica el ordenamiento jurídico.

Esta finalidad de descongestión o desahogo de ciertos instrumentos procesales impide que los actos defectuosos que se declaran inadmisibles puedan, posteriormente, subsanarse o corregirse. En este sentido la calificación de validez-invalididad del acto se produce *ex ante*; en caso que el acto no observe los requisitos que dispone el ordenamiento se declarará su inadmisibilidad, impidiendo la producción de efectos del mismo.

El problema se produce cuando los requisitos de admisibilidad de un acto pasan a ser arbitrarios o no responden a un fin concreto, determinado, pasando a constituir requisitos poco razonables, que no tienen ningún objetivo, debiendo considerarse ritualismos o formulismos que terminan afectando el derecho a un debido proceso, particularmente el derecho de acceso a la justicia.

3. LA INADMISIBILIDAD COMO SANCIÓN DESTINADA A DECLARAR LA INVIABILIDAD DE LA PRETENSIÓN O DE UN RECURSO

La inadmisibilidad también puede tener por objeto declarar la inviabilidad de una pretensión o de un determinado recurso.

En el primer caso se ubica la hipótesis contenida a propósito de la acción de protección, en el evento que quien lo interpone no señale los hechos que puedan constituir la vulneración de garantías constitucionales, o si la acción se interpone extemporáneamente (art. 2º inc. 2º AA. de la CS. acerca de tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales).

En la primera hipótesis también consideramos que se encuentra la calificación de admisibilidad-inadmisibilidad a que deben someterse las acciones que protegen intereses supraindividuales²⁵, contempladas en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (arts. 50 y ss. de la Ley Nº 19.496). A nuestro entender, los requisitos que dispone el

²⁵ Respecto del concepto de interés supraindividual y la diferencia entre intereses colectivos y difusos *cf*: AGUIRREZABAL (2006) pp. 69-91. También *cf*: AGUIRREZABAL (2009) pp. 119-136.

artículo 52 de la referida ley²⁶ se refiere a una calificación que mezcla diversas exigencias que deben estar presentes en la demanda que contiene la acción colectiva o difusa, las que dicen relación con aspectos de fondo y no de forma, como son, en síntesis, que sea deducida por personas legitimadas; que se afecte el interés colectivo o difuso de los consumidores en los términos señalados en el artículo 50; y que el número potencial de afectados justifique, en términos de costos y beneficios, la necesidad procesal o económica de someter su tramitación a este procedimiento especial.

Consideramos que la calificación de admisible o inadmisibile dice relación con aspectos de fondo, lo que en principio no debiera ocurrir, sin embargo, consideramos que lo que pretende el ordenamiento jurídico es controlar la viabilidad de las acciones colectivas o difusas.

En el segundo caso, se ubica la hipótesis relativa al recurso de casación en el fondo, que dice relación con el examen de inviabilidad de dicho recurso cuando, no obstante cumplirse todos los requisitos que disponen el inciso 1° de los artículos 772 y 776 CPC, en opinión unánime de la sala, deciden rechazarlo de inmediato por *adolecer de manifiesta falta de fundamento* (art. 782 inc. 2° CPC).

Las razones que motivan esta manera de proceder de la Corte parecieran ser las mismas que acarrear la inadmisión del recurso de protección, esto es, limitar el ingreso a la Corte Suprema de innumerables recursos de casación en el fondo que se interponen contra las resoluciones dictadas en segunda instancia. Sin embargo, estas potestades que detentan los jueces en ciertas ocasiones pueden infringir el derecho al debido proceso y el acceso a los medios de impugnación que franquea la ley, debiendo utilizarse con un cuidado muy riguroso. Consideramos que en caso de duda deberá fomentarse y preferirse la declaración de admisibilidad o viabilidad fundado en el principio *pro actione*²⁷.

IV. LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Uno de los problemas que puede provocar el excesivo establecimiento de requisitos de admisibilidad dice relación con la afectación de derechos

²⁶ Los incisos 1° y 2° del artículo 52 de la Ley N° 19.496 expresan que: “Artículo 52.- El tribunal examinará la demanda, la declarará admisible y le dará tramitación, una vez que verifique la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Que la demanda ha sido deducida por uno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51.

b) Que la demanda contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifican razonablemente la afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores, en los términos del artículo 50.

La resolución que declare admisible la demanda conferirá traslado al demandado, para que la conteste dentro de diez días fatales contados desde su notificación”.

²⁷ BERIZONCE (2007) pp. 5-16.

e intereses legítimos de las personas. En efecto, esta afectación se produce principalmente cuando en los actos de iniciación del proceso se impone el cumplimiento de varios requisitos que finalmente pueden afectar el derecho del justiciable a un debido proceso.

Como se sabe, el debido proceso como principio natural de todo proceso incluye la posibilidad que debe tener todo justiciable de acceder a los Tribunales de Justicia para que estos resuelvan las controversias jurídicas relevantes que aquellos formulen. En nuestra doctrina se han utilizado diversas expresiones para referirse a esta cuestión, como por ejemplo, derecho de acción, derecho a la jurisdicción, derecho a la tutela efectiva²⁸.

Independiente de la denominación que se quiera utilizar, convengamos que el derecho de acceso a la justicia consiste básicamente en el derecho a la apertura del proceso entendiendo esto como el derecho a ser parte en un proceso, promoviendo la actividad jurisdiccional que tiene por objeto la solución de la controversia formulada por el actor. Pero el acceso a la justicia no solo consiste en lo que acabamos de afirmar, sino que además en que la ley no establezca óbices excesivos o irrazonables que imposibiliten el acceso al proceso. Por ello el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República expresa que *Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*. Es importante recordar que el debido proceso legal también está reconocido por diversos tratados internacionales, a saber, los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los obstáculos que pueden conculcar el derecho a un debido proceso pueden estar establecidos como causas o requisitos de admisibilidad de un determinado acto procesal, ya sea en la etapa de discusión, prueba o incluso luego del pronunciamiento de la sentencia mediante los disímiles medios de impugnación. Específicamente esto se puede producir cuando los requisitos que debe cumplir el acto procesal de que se trata no son razonables, no responden a una finalidad particular, sino que se transforman en un requisito sin sentido, en meros ritualismos o formalismos que no responden al principio de instrumentalidad de las formas procesales.

La situación anterior es especialmente preocupante cuando se establecen requisitos de admisión a un acto procesal iniciador del proceso, pues

²⁸ Acerca de este tema *cfr.* BORDALÍ (2008) pp. 311-337. En el derecho español *cfr.* ORTELLS (1999) p. 135-141; más resumido en ORTELLS (2006) pp. 210-215; BORRAJO, DIEZ-PICAZO y FERNÁNDEZ (1995) pp. 25-93.

la imprecisión en el tenor literal de la norma o un exceso de requisitos puede afectar el derecho de acceso a la jurisdicción²⁹.

Por estas razones el legislador debe ser cuidadoso al momento de regular los requisitos de admisión de los actos procesales, pudiendo imponer ciertos obstáculos para el acceso al proceso o para la admisión de los recursos, siempre que dichos óbices estén enderezados a proteger otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y que guarden proporción con la finalidad perseguida³⁰.

Así, a modo de ejemplo, resultan constitucionalmente legítimos el establecimiento de inmunidades de los Agentes Diplomáticos; el establecimiento de plazos legales como requisito para ejercitar una acción procesal; el cumplimiento de trámites previos al proceso como puede ser la reclamación administrativa previa a la interposición de una demanda o la posibilidad de someterse a una vía extraprocésal de solución de controversias; la imposición de una fianza en una medida prejudicial precautoria, etc.³¹

A contrario sensu, en aquellos casos en que los requisitos de admisibilidad impuestos por la ley a un determinado acto procesal no sean razonables o que sean desproporcionados, injustificados o se interpreten sin obtener conclusiones fundadas que respondan a ciertas finalidades que la ley busca proteger, entonces conculcarán la garantía del debido proceso, debiendo, cuanto antes, ser eliminados del ordenamiento jurídico.

V. LA SUBSANACIÓN COMO TÉCNICA CORRECTORA DE VICIOS PROCESALES DE ACTOS DE LAS PARTES AL MOMENTO DE INICIARSE EL PROCESO

Siguiendo a Andrés Ciurana, “la subsanación puede concebirse como una técnica de eliminación de vicios o defectos de los actos jurídicos. En este sentido, la subsanación se identifica con cualquier actividad reparadora o correctora de las desviaciones jurídicas que está específicamente

²⁹ Esta situación es realmente preocupante y la manifiesta ORTELLS (2008) p. 110, al expresar que: “Las disposiciones del ACPC/2006 que han suscitado mi preocupación, por su potencialidad lesiva del derecho fundamental reseñado, son las que, en calidad de regla general –es decir, no acotada a tipos específicos de litigios–, atribuyen a los órganos jurisdiccionales potestades de inadmisión de la demanda *in limine litis* por manifiesta falta de fundamento –hay que entender: cualquier elemento de ese fundamento- (art. 27.1), o por manifiesta falta de legitimación –es decir: manifiesta falta del específico componente del fundamento que se refiere a la atribución subjetiva de la pretensión- (art. 248, párrafo segundo). La razón esencial por la que estas disposiciones pueden ser cuestionadas es, por decirlo castizamente, que ponen el carro delante de los bueyes. Técnicamente: niegan la entrada en el proceso con base en el pronóstico de que la pretensión que se interpone no será considerada fundada, aunque alcanzan esta conclusión prescindiendo, precisamente, de las alegaciones, de las pruebas y de la contradicción a los que, generalmente, el ordenamiento somete la verificación del fundamento de las pretensiones. Si la racionalidad de este criterio de admisión es cuestionable cuando influye en la admisión de un recurso, en mayor medida debe serlo cuando incide en la toma en consideración de una petición inicial de tutela judicial”.

³⁰ En este sentido *cfr.* PICÓ (1997) p. 45.

³¹ *Cfr.* PICÓ (1997) pp. 45-48.

orientada a la eliminación de una irregularidad”³². En este mismo sentido se pronuncia Serra Domínguez al definir la subsanación como “la posibilidad de que un acto privado de eficacia pueda adquirirla mediante la realización de actos posteriores que se la otorguen”³³.

La subsanación se presenta, de esta forma, como una actividad orientada a enmendar el acto viciado, es decir, ajustar la irregularidad del acto de acuerdo con la legalidad del mismo. No se trata de ejecutar de nuevo el acto sino que de corregirlo o enmendarlo.

La enmienda o corrección del acto defectuoso se aprecia en aquellas hipótesis en que el legislador utiliza el término subsanar. Aunque tal concepto es escasamente utilizado, nuestro Código de Procedimiento Civil alude a él en tan solo tres disposiciones, a saber: la primera, en el artículo 84 inciso final del CPC, disponiendo que el juez no podrá subsanar las actuaciones viciadas en razón de haberse realizado estas fuera del plazo fatal indicado por la ley; la segunda, en el artículo 308 del mismo Código a propósito de la subsanación de defectos que el demandante deberá enmendar o corregir en virtud de acogerse una excepción dilatoria; y la tercera, en el artículo 317 del CPC en cuanto a que el demandante reconvenicional debe subsanar o enmendar los defectos de que adolezca la demanda reconvenicional en virtud de acogerse una excepción dilatoria opuesta contra ella.

La subsanación de defectos procesales constituye un remedio que puede tener por objeto corregir irregularidades tanto de los actos de parte como de aquellos que provienen del juez o de sus auxiliares. Por lo mismo, la subsanación puede ser un mecanismo que impide declarar la nulidad de un acto procesal, o que permita admitir un acto procesal que previamente había sido inadmitido.

Nuestra legislación procesal común regula muchos casos o hipótesis de subsanación. En efecto, respecto de la subsanación de los actos de parte, destacan las siguientes hipótesis: la posibilidad de subsanar la inobservancia de ciertos presupuestos procesales y obstáculos de la misma naturaleza por medio de las excepciones dilatorias (art. 303 CPC); la falta de entrega de una copia de los escritos que presentan las partes puede subsanarse acompañando las respectivas copias dentro del plazo legal (art. 31 inc. 3° y 4° CPC); la indebida constitución del poder o mandato judicial puede ser corregida enmendando el defecto dentro del plazo legal (art. 2 inc. 4° Ley N° 18.120); la posibilidad que tienen los demandados de pedir que la demanda sea puesta en conocimiento de otras personas que no concurrieron a entablarla puede subsanarse mediante un incidente que tenga por objeto noticiar a aquellos sujetos que no figuran como parte activa del juicio (art. 21 inc. 1° CPC).

³² *Ibid.*, pág. 250.

³³ SERRA (1969) p. 466.

En cuanto a la subsanación de los actos que emanan del órgano jurisdiccional, destacan la posibilidad que tiene el juez de poder aclarar, rectificar o enmendar resoluciones judiciales bajo los límites que dispone la ley (arts. 182 y 185 CPC); el ejercicio de sus facultades y potestades oficiales puede prevenir la inobservancia de algún presupuesto procesal (art. 84 inc. final CPC); ciertos requisitos de la demanda pueden ser apreciados de oficio y ordenar la subsanación (art. 256 CPC); la enmienda de ciertos defectos o irregularidades cometidas en el pronunciamiento de ciertas resoluciones judiciales pueden subsanarse con la solicitud de reposición (art. 181 CPC), del recurso de apelación (art. 186 CPC), etc.

Consideramos que la subsanación es posible aplicarla a varias hipótesis de inadmisibilidad establecidas en la Ley N° 20.600, las que comenzaremos a explicar.

VI. LA INADMISIBILIDAD EN LA LEY N° 20.600

La Ley N° 20.600 regula en su Título III dos procedimientos que se utilizarán para conocer los procesos contencioso administrativos con incidencia ambiental: el primero, denominado “De las Reclamaciones”, el que tiene por objeto revisar la legalidad de los actos dictados por la Administración y, el segundo, titulado “Del procedimiento por daño ambiental”, que pretende obtener la declaración judicial de la obligación de reparar el daño al medio ambiente. Estos dos procedimientos contienen normas relativas a la admisibilidad de ciertos actos procesales, por lo que pasaremos a revisar las principales hipótesis de admisibilidad-inadmisibilidad.

1. LAS CAUSALES DE INADMISIBILIDAD DE LA RECLAMACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

La Ley N° 20.600 sobre Tribunales Ambientales trata ciertas hipótesis de inadmisibilidad de un acto, los que conviene revisar y hacer ciertas consideraciones.

La primera norma que se refiere a la inadmisibilidad es el artículo 26 de la mencionada ley, sobre la procedencia de los recursos de apelación, casación en la forma y casación en el fondo, disponiendo que *“En estos procedimientos solo serán apelables las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación. De este recurso conocerá la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada. El plazo para la interposición de la apelación será de diez días contado desde la notificación de la resolución respectiva. En contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos relativos a las materias*

que son de la competencia de los Tribunales Ambientales, establecidas en los numerales 1), 2), 3), 5), 6), 7) y 8) del artículo 17, procederá solo el recurso de casación en el fondo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil. Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en el inciso anterior, procederá el recurso de casación en la forma, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, solo por las causales de los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo. Asimismo, procederá este recurso cuando en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley; o cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. El recurso de casación deberá interponerse ante el Tribunal Ambiental que dictó la resolución recurrida para ante la Corte Suprema y tendrá preferencia para su vista y fallo. Para tales efectos, los plazos y procedimientos para el conocimiento del recurso de casación se ajustarán a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. No será aplicable para estos efectos lo dispuesto en los artículos 769 y 775 del mismo Código. Ante la Corte solo podrá rendirse prueba documental salvo que ella, de oficio, disponga la práctica de otras pruebas”.

Como se aprecia, el recurso de apelación tiene un tratamiento especial porque solo es procedente contra las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación.

Respecto de los requisitos de la demanda es factible tener presente que el artículo 27 de la Ley N° 20.600, que está inserto en el Título III sobre el procedimiento, párrafo segundo sobre las reclamaciones, expresa que *“ Toda reclamación se presentará por escrito, y en ella se indicarán sus fundamentos de hecho y de derecho y las peticiones concretas que se someten a la resolución del Tribunal. Éste examinará en cuenta si la reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma. Podrá declararla inadmisibles mediante resolución fundada si, en opinión unánime de sus miembros, no hubiere sido interpuesta dentro de plazo, se refiera a materias que estén manifiestamente fuera de su competencia, no esté debidamente fundada o no contenga peticiones concretas. Esta resolución podrá impugnarse, mediante reposición con apelación subsidiaria, dentro de quinto día de notificada”.*

La norma recién transcrita establece los requisitos de admisibilidad de la reclamación que se presenta ante el Tribunal Ambiental. Estos requisitos son similares a los contenidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, a los que se agregan algunos especiales. En efecto, los requisitos de admisibilidad de toda reclamación son: i) expresión de los fundamentos de hecho y de derecho; ii) las peticiones concretas sobre las cuales el Tribunal Ambiental deberá pronunciar su fallo; iii) haber sido interpuesta en tiempo, iv) que la reclamación se refiera a materias que

están dentro de la competencia del Tribunal Ambiental. Estos requisitos de admisibilidad el tribunal los revisa en cuenta.

La Ley N° 20.600 es categórica al disponer que si se incumple cualquiera de estos requisitos el Tribunal Ambiental declarará inadmisibile la reclamación. La cuestión es sensible porque pareciera que la declaración de inadmisibilidat de una reclamación presentada ante el Tribunal Ambiental, por no cumplir los requisitos que establece el artículo 27 de la ley, es de carácter permanente, no pudiendo el reclamante subsanar los defectos que adolece su reclamo.

La declaración de inadmisibilidat permanente, sin posibilidad de corregir o subsanar el defecto del reclamo, en nuestra opinión, resulta razonable para aquellos casos en que el reclamo no se interpuso dentro de tiempo y si el órgano jurisdiccional ambiental es incompetente para conocerlo. De verificarse cualquiera de estas dos hipótesis de inadmisibilidat, la decisión del Tribunal no puede variar, pues, por un lado, si el plazo para reclamar está vencido ya no será posible que vuelva a correr, y si efectivamente el Tribunal es incompetente para conocer de la reclamación impetrada entonces en ningún caso podrá corregirse el vicio.

La conclusión anterior no nos resulta razonable en la eventualidad que se incumplan los otros requisitos de admisibilidat. En efecto, la falta de fundamentos de hecho y de derecho o de peticiones concretas que adolece la reclamación, debiese poder ser corregible o subsanable por el reclamante porque el reclamante está accediendo al órgano jurisdiccional por medio de este acto de postulación, está solicitando la tutela de sus derechos e intereses legítimos y no por un yerro que a todas luces es posible de corregir debe quedar sin la posibilidad que el tribunal resuelva el reclamo conforme a Derecho. Además, la inadmisibilidat en estos casos, cuando se accede al órgano jurisdiccional, cuando comienza el proceso, cuando estamos frente a una etapa inicial del juicio, debe ser posible la corrección o subsanación del defecto que puede adolecer el acto de petición de tutela judicial, en este caso particular, la reclamación, pues de lo contrario se compromete el acceso a la justicia impidiendo a la parte poder reclamar lo pertinente ante la Magistratura de que se trata. Sin embargo, la ley no establece esta posibilidad y opta por una vía recursiva, estableciendo que contra la resolución que declara la inadmisibilidat de la reclamación procede el recurso de apelación. En nuestra opinión, esta opción no es la más correcta porque no contribuye al principio de economía procesal al dilatarse la decisión jurisdiccional toda vez que se requiere la intervención de otro órgano jurisdiccional, produciendo desgaste jurisdiccional tanto a nivel del Tribunal *a quo* como del *ad quem*. Consideramos que al menos respecto de los requisitos relativos a los fundamentos de hecho y de derecho y a las peticiones concretas que debe cumplir la reclamación, hubiera resultado mejor establecer la posibilidad de corrección de estos defectos mediante la técnica de la subsanación, en un breve plazo, lo que traería un menor desgaste jurisdiccional, ha-

ciendo más eficiente el proceso de reclamación ambiental y fomentando el acceso a la justicia.

2. LAS CAUSALES DE INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA POR DAÑO AMBIENTAL

El artículo 33 de la Ley N° 20.600, inserto en el Título III sobre el procedimiento, y particularmente dentro del párrafo IV, referido al procedimiento por daño ambiental, establece que *“Este procedimiento se iniciará por demanda o por medida prejudicial. En la demanda solo se podrá pedir la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de este a repararlo materialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.300. Si la demanda no contiene estas menciones y todas las exigencias del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal ordenará complementarla dentro de quinto día. Si así no aconteciere, se tendrá por no presentada. Si de los datos aportados en la demanda se desprendiere claramente que la acción se encuentra prescrita, el Tribunal deberá declararlo de oficio y no admitirá a tramitación la demanda. Si el Tribunal estima que es incompetente para conocer de la demanda deberá declararlo de oficio y señalará en la misma resolución el Tribunal que a su juicio es competente. Declarada admisible la demanda se conferirá traslado a la demandada por el plazo de quince días. Este plazo, que, en su caso, se aumentará en los términos de los artículos 258 y 259 del Código de Procedimiento Civil, no podrá exceder de treinta días”*.

La norma transcrita establece que la demanda por daño ambiental debe contener todos los requisitos establecidos por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y que solo se podrá pedir la declaración de haberse producido un daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de este a repararlo materialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.300. Es admisible señalar que no es posible solicitar al Tribunal otro tipo de tutela que la que señala la norma. Ahora, en el evento que la demanda no cumpla con los requisitos de admisibilidad mencionados, la ley otorga la posibilidad para que el demandante en un breve plazo pueda corregir el vicio o defecto.

Se trata de una hipótesis de inadmisibilidad con posibilidad de subsanación o corrección, opción que consideramos correcta porque en una etapa inicial del proceso la ley debe entregar herramientas a las partes para que puedan corregir ciertos defectos que pueden adolecer los actos procesales, especialmente en este caso particular, que se trata de un acto procesal de la parte demandante en donde se da inicio al proceso jurisdiccional por daño ambiental.

La subsanación de los defectos que adolece la demanda se producirá en virtud de la resolución judicial que declare por subsanados tales vicios,

pues el Tribunal deberá valorar la aptitud del acto procesal subsanador, mediante este el demandante enmendará los defectos que padecía el acto subsanable y solicitará que se tengan por subsanados tales irregularidades. En el evento que el acto subsanador sea apto para enmendar los vicios o defectos, el juez dictará la providencia declarándolo así y el proceso continuará sustanciándose normalmente. Esta hipótesis presenta un problema, pues qué ocurre si el Tribunal al apreciar la aptitud del acto subsanador considera que tal acto no es capaz de subsanar las irregularidades o que solo parcialmente se subsanaron. La ley no da respuesta clara a esto, pudiendo el Tribunal disponer la preclusión y, consecuentemente, tener la demanda por no presentada o darle una nueva oportunidad al actor para que enmiende o corrija el defecto.

La ley establece una hipótesis especial de inadmisibilidad que no es posible de corregir o subsanar. En efecto, la norma establece que si de los datos aportados en la demanda se desprendiere claramente que la acción se encuentra prescrita, el tribunal debe declararla de oficio y no admitirá la demanda. La norma nos parece correcta siempre y cuando no haya duda acerca de la prescripción de la acción impetrada, pues si el tribunal tiene alguna duda en el transcurso del tiempo para que se configure la prescripción de la acción, deberá abstenerse de declarar inadmisibile la demanda y, en consecuencia, deberá darle la tramitación que dispone la ley.

3. LA ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

El artículo 35, inciso 2°, de la Ley N° 20.600, inserto en el Título III sobre el procedimiento, y particularmente dentro del párrafo IV referido al procedimiento por daño ambiental, establece que *“Serán admisibles todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos y que sean aptos para producir fe. El Tribunal podrá reducir el número de pruebas de cada parte si estima que son manifiestamente reiteradas y podrá decretar, en cualquier estado de la causa, cuando resulte indispensable para aclarar hechos que aún parezcan oscuros y dudosos, la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes. No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe. En ningún caso se podrá rendir pruebas ante un tribunal distinto que el Tribunal Ambiental”*.

La norma establece el principio de libertad de medios de prueba, permitiendo que las partes puedan utilizar cualquier medio de prueba, lo que constituye un adelanto y una tendencia en los procedimientos que últimamente se han reformado, y la valoración de la prueba se hace recaer, como era lógico, en el sistema de la sana crítica. En efecto, el artículo 35 inciso 1° establece que *“El Tribunal apreciará la prueba*

conforme a las reglas de la sana crítica; al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

En cuanto a la admisibilidad de los medios de prueba, cabe señalar que el Tribunal Ambiental no podrá negar o inadmitir la utilización de cualquier medio de prueba porque la ley establece el principio de libertad de medios de prueba. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que las partes sean libres de utilizar todos los medios de prueba de que dispongan, toda vez que la prueba que pretendan rendir las partes debe ser propuesta al Tribunal, debe ser pertinente para acreditar el hecho de que se trata, debe ser admitida por el tribunal y, finalmente, debe ajustarse a la legalidad, es decir, debe obtenerse de manera lícita sin que se infrinjan derechos y garantías procesales tanto de rango constitucional como legal.

VII. LA ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN PARA PROTEGER EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

El Tribunal ambiental no es el único órgano jurisdiccional que puede conocer controversias de naturaleza ambiental³⁴. En efecto, las Cortes de Apelaciones son competentes para conocer de las acciones constitucionales de protección que tienen por objeto velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (arts. 63 COT, 20 CPR).

Como ya se expresó en este estudio, la inadmisibilidad también puede tener por objeto declarar la inviabilidad de una pretensión o de un determinado recurso.

En el primer caso se ubica la hipótesis contenida a propósito de la acción de protección, en el evento que quien lo interpone no señale los hechos que puedan constituir la vulneración de garantías constitucionales, o si la acción se interpone extemporáneamente (art. 2 inc. 2° AA. de la CS. sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales).

La tramitación de la acción de protección se regula en el Auto Acordado de la Corte Suprema, de 24 de junio de 1992, sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, el que ha sufrido diversas modificaciones, en las que destaca la sustitución del inciso 2° del artículo 2, que en su redacción actual expresa que: “presentado el recurso el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si se

³⁴ Sobre los diversos tribunales que pueden conocer de controversias ambientales y el cuestionamiento a que el Tribunal Ambiental es una judicatura especial *cf.* BORDALÍ (2014a) pp. 163-180; BORDALÍ (2014b) pp. 329-341

mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Si su presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a las garantías mencionadas en la referida disposición constitucional, lo declarará inadmisibile desde luego por resolución fundada, la que solo será susceptible del recurso de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día”³⁵.

Consideramos que la modificación del auto acordado tuvo por objeto limitar la interposición infundada de acciones de protección. Esta restricción se produce estableciendo condiciones más rígidas, en donde se incorpora al inicio de la tramitación de la referida acción, un trámite de admisión *ad hoc* que constituye un verdadero filtro que protege el abuso o el uso irreflexivo de esta acción cautelar³⁶. Sin embargo, este control de admisibilidad también constituye una limitación del derecho de acción, del derecho de acceso a la justicia, toda vez que de manera previa, una sala de la respectiva Corte y sin referirse al fondo de la cuestión, podrá determinar si la acción cautelar es admitida a tramitación³⁷.

VIII. CONCLUSIONES

1. La inadmisibilidad constituye una forma de invalidez y no una ineficacia procesal, pues el acto de parte que es irregular, que no cumple con los requisitos que señala la ley, podrá ser inadmitido al proceso, no produciendo, en consecuencia, ningún efecto, pues si bien integra materialmente el proceso, no obstante, no logró producir efectos.

³⁵ El inciso 2º del art. 2 del AA. mencionado fue sustituido por el que aparece en el texto, por el N° I, letra b) del AA. de 25 de mayo de 2007, publicado en el Diario Oficial de 8 de junio de 2007 y que entró a regir el 1 de julio de 2007.

³⁶ *Cfr.* CIERCO (2009) p. 45.

³⁷ Las críticas al trámite previo de admisibilidad de la acción de protección se manifestaron desde hace tiempo en la doctrina. Las primeras tuvieron por objeto objetar las modificaciones introducidas por el Auto Acordado dictado por la Corte Suprema, el 4 de mayo de 1998, en el que se facultó a las Cortes de Apelaciones para declarar en cuenta la inadmisibilidad de esta acción, si el Tribunal estima en opinión unánime de la sala que su interposición es extemporánea o carece de manifiesta falta de fundamento, pudiendo ser impugnada esa resolución mediante la solicitud de reposición. Acerca de estas críticas *cfr.* SOTO (1998) pp. 273-278; SAENGER (1998) pp. 259-271; BRUNA (1998) p. 134; FERRADA, BORDALÍ y CAZOR (2003) pp. 78-79. Respecto de la modificación efectuada en 2007 (Diario Oficial de 8 de junio de 2007), SOTO (2009) p. 521, expresa que “... tal trámite –aun si aparentemente ‘aligerado’– es derechamente inconstitucional, puesto que viola, vulnera y avasalla el derecho natural y fundamental, constitucionalmente reconocido de modo expreso, de acceso a la justicia, juntamente con los derechos fundamentales del derecho de acción, del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho al debido proceso, derechos todos que son directamente afectados en su ‘contenido esencial’ (‘en su esencia’).- Ello, desde que –incluso sin audiencia del afectado– se impide, a través de él, que un tribunal, y tribunal superior, conozca de una pretensión, de su competencia, que se le formula de acuerdo a Derecho, para que ampare un derecho fundamental que una persona ve, en su legítimo ejercicio, agraviado por un acto u omisión, que se estima antijurídico, de un tercero, quienquiera sea este”.

2. La inadmisibilidad es una forma de manifestar la invalidez de ciertos actos que tienen su origen en las partes o terceros en sentido técnico, que se genera en virtud de un control previo o *ex ante*, que revela el incumplimiento más o menos estricto de ciertos requisitos, condiciones o formalidades que exige el ordenamiento jurídico para que el acto produzca efectos.
3. Los actos que emanan del juez –principalmente nos referimos a las resoluciones judiciales– no son posibles de controlarse de manera previa, produciendo sus efectos desde que se notifican válidamente a las partes, independientemente de si se ajustan a la ley, siendo imposible sostener que bajo la regulación existente puedan ser declarados inadmisibles.
4. El examen de admisibilidad del acto lo realiza generalmente el juez y excepcionalmente la parte contraria³⁸ *ex ante*, es decir, de manera previa a que el acto produzca efectos; en cambio, la indagación de legalidad o regularidad de la resolución judicial se realiza *ex post*, pudiendo impetrarlo generalmente por las partes y excepcionalmente por el juez; las primeras por medio de la interposición de los disímiles medios de impugnación que establece la ley; el segundo, directamente, en virtud de las facultades oficiales que detenta (arts. 84, 184, 775 CPC).
5. Las motivaciones y funciones que cumple cada institución de invalidez son distintas y hay que determinarlas de acuerdo con lo que dispone el ordenamiento jurídico.
6. La Ley N° 20.600 establece respecto de los reclamos ambientales causales de inadmisibilidad que son permanentes, sin posibilidad de subsanación de los defectos o vicios que adolece el acto procesal de postulación, cuestión que vulnera directamente el derecho de acceso a la justicia.
7. La Ley N° 20.600 establece respecto de las demandas por daño ambiental causales de inadmisibilidad transitorios, con posibilidad de subsanación de los defectos que adolezca, salvo la hipótesis que de la demanda

³⁸ En principio, el examen de admisión de un acto de parte lo realiza el juez y, principalmente, se referirá a si el acto cumple con los requisitos que la norma dispone para la práctica del acto, ya sea con relación a si es fundado, a la oportunidad en que se presentó, si es viable, etc. Sin embargo, el estudio de admisibilidad también lo puede realizar la contraparte, pues nada impide que la parte que pretende la inadmisibilidad presente un escrito o alegue sus razones para obtener dicho efecto. Un especial régimen de admisibilidad lo contempla el artículo 382 del CPP que, regulando las actuaciones previas al conocimiento del recurso de nulidad, expresa que “ingresado el recurso a la Corte, se abrirá un plazo de cinco días para que las demás partes solicitaren que se le declare inadmisibile, se adhieren a él o le formularen observaciones por escrito”. A nuestro entender, se trata de un control de admisibilidad que lo realiza el juez, no obstante, la ley entrega a las partes la facultad de ilustrar al juez respecto de una posible inadmisibilidad del recurso de nulidad en materia penal. En contra del control de admisibilidad a petición de parte y, en consecuencia, afirma que solo procede de oficio, *cf.* QUEZADA (1984) p. 147.

- se desprenda claramente o de manera manifiesta la prescripción de la acción ambiental.
8. La Ley N° 20.600 admite la utilización de todos los medios de prueba con tal que la prueba que se quiera incorporar al proceso se obtenga por medios lícitos.
 9. La acción de protección fundada en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación establece una hipótesis de inadmisibilidad permanente, sin posibilidad de subsanación, cuestión que atenta directamente contra el derecho de acceso a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006): “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 1, pp. 69-91.
- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2009): “Capacidad para ser parte y capacidad procesal de los grupos de consumidores afectados: su tratamiento en la ley de protección del consumidor y en el Anteproyecto de Código Procesal Civil”, en Carrasco Poblete, Jaime (editor), *La reforma procesal civil en Chile* (Cuadernos de Extensión Jurídica N° 16, Universidad de los Andes), pp. 119-136.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1992): “Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso* (México D.F., edit. Universidad Nacional Autónoma de México, t. II), pp. 53-81.
- ANDRÉS CIURANA, Baldomero (2005): *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil* (Valencia, edit. Tirant lo Blanch).
- AZULA CAMACHO, Jaime (2006): *Manual de derecho procesal* (Bogotá, edit. Temis, 10ª edición).
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante (1979): *Teoría del proceso* (Buenos Aires, edit. Depalma).
- BERIZONCE, Roberto Omar (1993): “La audiencia preliminar en el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica”, en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas (México, Universidad Autónoma de México), pp. 451-470.
- BERIZONCE, Roberto Omar (2007): “Principio *pro actione*, informalismo y exceso de ritual manifiesto (Doctrinas concordantes de los Tribunales Superiores españoles y argentinos)”, en *El tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete* (Madrid, edit. Iustel), pp. 5-16.
- BORDALÍ, Andrés (2008): “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 2, pp. 311-337.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2014a): “Jurisdicción ambiental”, en AA.VV., *Acta de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos Naturales:*

- ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?* (Santiago, LegalPublishing / Thomson Reuters), pp. 163-180.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2014b): “Recurso de protección y reclamos ante los Tribunales Ambientales”, en Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez, Francisco Pinilla (coordinadores), *La nueva justicia ambiental* (Santiago, Thomson Reuters/LegalPublishing), pp. 329-341
- BORRAJO INIESTA, I., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1995): *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional* (Madrid, edit. Civitas), pp. 25-93.
- BRUNA CONTRERAS, Guillermo (1998): “Los autos acordados de la Corte Suprema sobre recurso de protección”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° especial, pp. 131-135.
- CAMIRUAGA CHURRUCA, José Ramón (2004): *De las notificaciones* (Santiago, edit. Jurídica de Chile, 4ª edición).
- CARRASCO POBLETE, Jaime (2010): *La rebeldía en los procesos civil y laboral* (Santiago, edit. Abeledo Perrot/LegalPublishing).
- CIERCO SEIRA, César (2009): *La inadmisión en el procedimiento administrativo* (Madrid, edit. Iustel).
- CHIOVENDA, Giuseppe (1977): *Principios de derecho procesal civil* (Madrid, edit. Instituto Editorial Reus, traducción de la 3ª edición italiana por José Casais y Santaló).
- CLARÍA OLMEDO, Jorge (1983): *Derecho procesal. Estructura del proceso* (Buenos Aires, edit. Depalma).
- COLOMBO CAMPBELL, Juan (1997): *Los actos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORDÓN MORENO, Faustino (1994): *Introducción al derecho procesal* (Pamplona, edit. Eunsa).
- CREUS, Carlos (1995): *La invalidez de los actos procesales penales* (Buenos Aires, edit. Astrea, 2ª edición).
- DE LA RÚA, Fernando (1991): *Teoría general del proceso* (Buenos Aires, edit. Depalma).
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1995): “La demanda en el proceso civil español”, en *Estudios de Derecho Procesal* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CAZOR ALISTE, Kamel (2003): “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral (Valdivia-Chile), vol. 14, pp. 67-81.
- GIMENO GÁMARRA, Rafael (1949): “El incidente de nulidad de actuaciones”, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, pp. 511-525.
- GIMENO SENDRA, Vicente (2007): *Introducción al derecho procesal* (Madrid, edit. Colex, 3ª edición).
- GOLDSCHMIDT, James (1936): *Derecho procesal civil*, (Madrid, edit. Labor, traducción de la 2ª edición. alemana por Leonardo Prieto Castro).
- HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel (1995): *La nueva regulación de la nulidad procesal* (Oviedo, edit. Forum).

- HUNTER AMPUERO, Iván (2009): “El poder del juez para rechazar *in limine* la demanda por manifiesta falta de fundamento”, en *Revista Ius et Praxis* (Universidad de Talca), año 15, N° 2, pp. 117-163.
- MONROY PALACIOS, Juan José (2007): “Panorama actual de la justicia civil. Una mirada general desde el proceso”, en De la Oliva Santos, Andrés, Palomo Vélez, Diego Iván (coordinadores), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 93-158.
- MOLINA DE CAMINAL, María Rosa (2007): *Nulidades en el proceso civil* (Córdoba, edit. Advocatus).
- ORTELLS RAMOS, Manuel (2006): en Ortells Ramos, M., Cámara Ruiz, J., Juan Sánchez, R., *Derecho Procesal. Introducción* (Madrid, edit. Edisofer), pp. 210-215.
- ORTELLS RAMOS, Manuel (1999): *Introducción al Derecho Procesal* (Granada, Editorial Comares).
- ORTELLS RAMOS, Manuel (2008): “Sobre el anteproyecto de código procesal civil chileno de 2006. Una ‘intervención provocada’”, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), año 15, N° 2, pp. 107-131.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, MARTÍN PASTOR, José (2011): “Actos de partes y del juez”, en Ortells Ramos, Manuel (director), *Introducción al derecho procesal* (Pamplona, edit. Aranzadi, 2ª edición), pp. 407-414.
- OTRANTO, Guido, MORENZA, María Eugenia, FERRARI, Dolores (2005): “Nulidades en el proceso penal”, en Ghersi, Carlos, *Nulidades de los actos jurídicos* (Buenos Aires, edit. Universidad).
- PALACIO, Lino Enrique (1972): *Derecho procesal civil* (Buenos Aires, edit. Abeledo Perrot).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2010): “La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: consideraciones en torno a una pieza procesal clave”, en *Reforma procesal civil. Oralidad y poderes del juez* (Santiago, edit. Abeledo Perrot/LegalPublishing).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2008): *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español* (Santiago, edit. Librotecnia).
- PICÓ I JUNOY, Joan (1997): *Las garantías constitucionales del Proceso* (Barcelona, J.M. Bosch. Editor).
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo (1982): *Tratado de derecho procesal civil* (Pamplona, edit. Aranzadi).
- QUEZADA MELÉNDEZ, José (1984): *Derecho procesal civil chileno. De la representación en los actos procesales* (Santiago, edit. Ediar Editores Ltda., 2ª edición).
- QUINTERO, Beatriz, PRIETO, Eugenio (2008): *Teoría general del derecho procesal* (Bogotá, edit. Temis, 4ª edición).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2008): “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”, en *Revista Ius et Praxis* (Universidad de Talca), año 14, N° 1, pp. 230-254.
- SAENGER GIANONI, Fernando (1998): “La lenta agonía del recurso de protección”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° especial, pp. 259-271.

- SALAS VIVALDI, Julio (2004): *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral* (Santiago, edit. Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición).
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1969): *Estudios de derecho procesal* (Barcelona, edit. Ediciones Ariel).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1998): "Control jurisdiccional. El derecho fundamental de acceso a la justicia (A propósito de requisitos de admisibilidad)", en *Revista Chilena de Derecho*, N° especial, pp. 273-278.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2009): "Control jurisdiccional. El derecho fundamental de acceso a la justicia (A propósito de requisitos de admisibilidad)", en *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (Santiago, edit. Legal Publishing/Abeledo Perrot), pp. 511-522.
- STOEHLER MAES, Carlos Alberto (2009): *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*, actualizada por Davor Harasic Yaksic (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 6ª edición).

**EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN:
NOTAS DESPUÉS DE UNA PRIMERA LECTURA
DE LA LEY N° 20.930, DE 2016**

HERNÁN CORRAL TALCIANI

*Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes, Chile*

RESUMEN: El trabajo pretende analizar brevemente las principales características de la nueva figura jurídica introducida por la Ley N° 20.930, de 2016, y que pretende utilizar herramientas del Derecho privado para comprometer a la sociedad civil en el cuidado y preservación del medio ambiente. Se concluye que el nuevo “derecho real” puede ser positivo, en la medida en que se inserte en una política pública de incentivos para los propietarios y de supervisión para las actividades de los titulares.

Palabras clave: Derecho real, conservación, patrimonio ambiental.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. UN NUEVO INSTRUMENTO DE GESTIÓN AMBIENTAL
DE DERECHO PRIVADO

El Derecho privado aporta algunas de sus instituciones para la preservación del medio ambiente, como la responsabilidad civil y la gestión de derechos transables. Se agrega ahora la posibilidad de que los particulares puedan colaborar con ese objetivo mediante el gravamen de un inmueble en favor de un titular que ostenta la facultad de exigir diversas actividades del propietario tendientes a la protección ambiental de ese bien raíz¹.

¹ Se trata de una tendencia que parte del diagnóstico del fracaso del modelo intervencionista en materia de conservación de la biodiversidad y que aconseja implementar un sistema regulatorio de conservación que incentive la participación de los particulares, para así, junto con disminuir el gasto estatal, se favorezca la compatibilización entre la explotación económica de los predios y la necesidad de conservar el medio ambiente. En este sentido, ha señalado

Con inspiración en algunas legislaciones extranjeras y principalmente en la figura de las *conservation easements* de los Estados Unidos², la Ley N° 20.930, de 25 de junio de 2016, introdujo en nuestro sistema jurídico un nuevo derecho real, que viene a sumarse a los derechos reales mencionados en los arts. 577 y 579 del Código Civil, sin contar con los numerosos derechos reales administrativos regulados por leyes especiales, como el derecho de aprovechamiento de aguas (art. 6 del Código de Aguas) y las concesiones mineras (art. 2 del Código de Minería)³.

Acerca del contenido de la ley es importante señalar en primer lugar que al acuñarse el nuevo derecho como derecho real, se reafirma la opinión predominante en nuestra doctrina acerca del *numerus clausus* de este tipo de derechos, los que, a diferencia de los personales, no pueden ser creados por los particulares y solo pueden establecerse por ley⁴.

2. ANTECEDENTES DE LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA

La ley tiene su origen en una moción parlamentaria presentada por los entonces diputados Patricio Vallespín, Edmundo Eluchans, Juan Lobos, Alberto Robles, Carlos Montes, Eugenio Bauer, Roberto Sepúlveda, Carolina Tohá y Jorge Alfonso Burgos (Boletín N° 5823-07) el 17 de abril de 2008. En el primer trámite constitucional, el proyecto fue estudiado por la Comisión de Recursos Naturales (primer informe de 11 de agosto de 2010;

UBILLA (2003) p. 76, que las tendencias regulatorias modernas aconsejan “implementar un sistema regulatorio de conservación privada que utilice instrumentos que no solamente posibiliten e incentiven la incorporación de áreas protegidas privadas al Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), sino que también integren a los propietarios y a la comunidad en el proceso de conservación, y generen un sistema de manejo de estas APP [Áreas Protegidas Privadas] que incentive la autosustentabilidad y la permanente acumulación de información y conocimiento”.

² Aparte de Estados Unidos y Reino Unido, la figura ha sido incorporada a las legislaciones de Suiza, Costa Rica y Puerto Rico: *cfr.* UBILLA (2003) p. 79. AIREY (2010) p. 748, informa que fue el planificador urbano William White el que, en un artículo publicado en 1959, acuñó el término *conservation easements*, el que hizo fortuna y se ha mantenido hasta hoy, aunque el respectivo *Restament* habla de *conservation servitude*. Al inicio se intentó utilizar las *easements* tradicionales del *common law* para conservar algunas propiedades especiales (Massachusetts en 1893 para ciertos parques de los alrededores de Boston), pero luego se sintió la necesidad de elaborar un estatuto propio. Así los estados de Massachusetts y California en 1956 y 1959 dictaron leyes autorizando como titulares solo a entidades gubernamentales. Desde 1969 se autorizó también a personas jurídicas sin fines de lucro (p. 750). Algunas de estas personas jurídicas se han especializado en este rubro, y son conocidas como *lands trusts* (p. 751). En 1981 se dictó la *Uniform Conservation Easement Act* (UCEA), siempre considerando como posibles titulares agencias gubernamentales o persona sin fines de lucro.

³ La ley fue el resultado de la tramitación del proyecto presentado el 17 de abril de 2008 (Boletín 5823-07). Un análisis del proyecto presentó el profesor Daniel Peñailillo Arévalo en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Concepción el año 2009: *cfr.* PEÑAILLILLO (2010) pp. 113-128.

⁴ En este sentido, PESCIO (1978) p. 212; PEÑAILLILLO (2006) pp. 33-36. Excepcionalmente, se ha postulado la posible creación de derechos reales atípicos pero con limitaciones: *cfr.* BARCIA (2013) pp. 149 y ss.

segundo informe de 1 de agosto de 2012), la Comisión de Constitución (informe de 14 de marzo de 2012) y la Comisión de Hacienda (informe de 7 de junio de 2012). Se pidió informe a la Corte Suprema, la que se pronunció respecto del proyecto por oficio de 22 de septiembre de 2010. En Sala el proyecto fue aprobado en general el 10 de julio de 2012 y en particular el 13 de agosto de 2012.

En el segundo trámite ante el Senado el proyecto fue estudiado primero por la Comisión de Medio Ambiente que emitió un primer informe el 4 de marzo 2014, tras esto la sala aprobó en general la iniciativa (4 de mayo de 2014). Se abrió plazo para presentar indicaciones, y con ellas el proyecto fue estudiado por la Comisión de Constitución (informe de 19 de noviembre de 2015) y luego nuevamente por la Comisión de Medio Ambiente que emitió un segundo informe el 13 de abril de 2016. La Sala del Senado lo aprobó en particular el 10 de mayo de 2016.

La Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, aprobó en Sala las modificaciones introducidas por el Senado el 31 de mayo de 2016, con ello se completó el despacho del proyecto y fue enviado a la Presidenta de la República, la que lo promulgó por decreto supremo de 10 de junio de 2016. La publicación en el Diario Oficial se realizó el 25 de junio de 2016, fecha en la que entró en vigencia, ya que, al no disponer ningún plazo de vacancia, debe aplicarse la norma general del inciso primero del art. 7 del Código Civil.

Para la historia de los preceptos, aparte de la moción original, lo que presta más utilidad es el informe de la Comisión de Constitución del Senado que fue integrada por los senadores Pedro Araya, Alfonso de Urresti (Presidente), Alberto Espina (reemplazado por Francisco Chahuán, José García y Baldo Prokurica), Felipe Harboe y Hernán Larraín, y contó con la asesoría de la abogada del Ministerio de Medio Ambiente Lorna Puschel, los integrantes del Centro de Derecho de la Conservación, Francisco Salinas y Jaime Ubilla, y de varios profesores entre los que destacan René Moreno (de la Universidad de Valparaíso) y Ricardo Irrarázabal (de la P. Universidad Católica de Chile).

También se tuvo en cuenta un informe escrito enviado por el profesor de la Universidad de Concepción Daniel Peñailillo. En menor medida es también útil el segundo informe de la Comisión de Medio Ambiente del Senado, integrada por Antonio Horvath, Isabel Allende, Iván Moreira; Alfonso de Urresti (en reemplazo de Isabel Allende), Patricio Walker y Francisco Chahuán (en reemplazo de Alberto Espina)⁵.

⁵ Para revisar los textos de los distintos documentos de la tramitación remitimos a la sección Historia de la Ley del sitio web Ley Chile de la Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5077/> (consultado el 30 de julio de 2016).

3. NOMBRE, REGULACIÓN Y NATURALEZA

El nombre del nuevo derecho real es “derecho real de conservación”. El artículo 1º lo dispone expresamente: “Establécese un derecho real, *denominado* derecho real de conservación” (énfasis añadido). Por eso extraña que el título de la ley lo nomina como “derecho real de conservación medioambiental”. Entre la disposición normativa de un precepto de la ley y un texto que enuncia del objetivo de la ley, nos parece que debe prevalecer el primero, aunque el del título de la ley es más completo y por lo tanto más clarificador⁶.

El derecho se regula por su estatuto especial contenido en la Ley Nº 20.930⁷, pero además supletoriamente se aplican la Ley Nº 19.300, de 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente y ciertas normas relativas a la servidumbres contenidas en el Código Civil: los artículos 826, sobre división del predio sirviente; 828, sobre la extensión de la servidumbre a los medios necesarios para ejercerla; 829, sobre el derecho a hacer obras indispensables para ejercer la servidumbre, y 830, sobre posible variación del gravamen.

La cuestión de la naturaleza jurídica parece haber sido resuelta expresa y categóricamente por la Ley Nº 20.930, que desde su título nos habla de que se trata primero de un derecho, segundo de un derecho real y, tercero, de un derecho real diverso a los demás derechos reales existentes en nuestro ordenamiento.

De sus antecedentes de derecho comparado y de su misma configuración pueden surgir dudas respecto de esta calificación. Así se puede decir que en realidad no es un derecho sino más bien una carga real que se impone al propietario de un inmueble. Para evitar esto en el Senado se cambió la definición del derecho para señalar que se trata de una “facultad” del titular y no de un mero gravamen del dueño del predio afectado. Pero no se siguió la recomendación del profesor Peñailillo de enfatizar más las facultades del titular para acceder físicamente al inmueble gravado⁸.

Respecto de que se trate de un derecho real nuevo surge la duda de si no estamos frente a una modalidad de servidumbre. La misma

⁶ PEÑAILILLO (2010) p. 125, proponía denominarlo como “derecho real de protección ambiental” por estimar que este nombre era más ilustrativo de su naturaleza y contenido. Sin embargo, la Comisión de Constitución del Senado rechazó esta propuesta.

⁷ En lo que sigue los artículos que se citan corresponden a esta ley, si no se indica otro origen.

⁸ PEÑAILILLO (2010) p. 125, comentando el proyecto de ley aconsejaba enfatizar la diferencia de este derecho con la carga real, para ello proponía intensificar las facultades del titular para ejecutar actividades y tener contacto físico con el predio gravado. Lamentablemente, si bien se cambió la definición para establecer que es un derecho, lo cierto es que su contenido siguió refiriéndose solo a gravámenes (art. 6). Con ello, parece que se afirma lo que anunciaba PEÑAILILLO en cuanto a que “para constituir este derecho real bastaría imponer al dueño del predio una obligación o un gravamen, y sería suficiente, con lo que este ‘derecho real’ adoptaría una fisonomía algo extraña (que conduciría fluidamente a la calificación de carga real)” (p. 125). Más aún, se suprimió el artículo 11 del proyecto original que autoriza al titular a “acceder al inmueble afectado e inspeccionarlo”.

ley reconoce la proximidad de la nueva figura con la vieja servidumbre predial, al ordenar que se apliquen supletorias algunas normas propias del estatuto normativo de esta última. La objeción de que aquí no habría “predio dominante” no es tan determinante como aparece, ya que la tendencia moderna es a interpretar de un modo amplísimo la idea de “predio dominante”⁹.

II. CARACTERES, TITULARIDAD Y OBJETO DEL DERECHO

1. CARACTERES

Se trata de un derecho real en cosa ajena de naturaleza inmueble (art. 3, *cf.* art. 580 CC), de modo que se distingue el propietario del predio sobre el que recae el derecho de conservación y la persona que es su titular, y al que la ley no da ningún nombre específico. La definición legal señala que “es un derecho real que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de este” (art. 2).

Estamos ante un derecho real que como cosa incorporal se reputa inmueble, es transferible entre vivos y transmisible por causa de muerte pero de modo indivisible y sin que pueda separarse del inmueble. Se trata de un derecho perpetuo (de duración indefinida dice la ley en el art. 3), pero se admite que las partes acuerden lo contrario, es decir, que se establezca un plazo (art. 7 N° 5)¹⁰.

Como sabemos, los derechos en cosa ajena se clasifican en derechos reales de goce y derechos reales de garantía. El derecho real de conservación debería incluirse en la primera categoría, aunque con la singularidad en que el titular del “goce” no es el beneficiado por su ejercicio, o al menos no el único. El beneficiado real es la nación o incluso la comunidad internacional¹¹. Además, como nota PEÑAILILLO, estaríamos ante un derecho real *in faciendo*, en el sentido de que a diferencia de

⁹ *Cfr.* Rosso (2014) pp. 215-234.

¹⁰ Originalmente el proyecto presentado disponía que el derecho debía tener como plazo mínimo el de 20 años (art. 8 N° 4). La Cámara de Diputados rebajó el plazo mínimo a 15 años e impuso el plazo máximo de 40 años (art. 8 N° 5). En la Comisión de Constitución del Senado finalmente se acordó el texto definitivo que señala que el contrato debe contener “la fijación de un plazo, si lo hubiere”. Deberá entenderse, entonces, que si nada se dice el derecho se constituirá a perpetuidad.

¹¹ En este sentido, PEÑAILILLO (2010) p. 122, hace notar hasta ahora en los derechos reales el beneficiado es el mismo titular y solo indirectamente puede generarse un beneficio social, pero en el derecho real de conservación podría decirse que esa situación se invierte, ya que el beneficiado directo es toda la humanidad, y el titular se beneficia en cuanto miembro de ella. Incluso llega a decir que “puede constatarse que precisamente ahí (en el ostensible beneficio colectivo) se encuentra otro rasgo identificante del derecho real de protección ambiental”.

la generalidad de los derechos reales no impone solamente el deber negativo de no perturbar el ejercicio del derecho por parte del titular, sino que además impone al dueño del predio gravamente la obligación de ejecutar determinadas actividades¹². Solo respecto del derecho real de servidumbre nuestro Código Civil señala que ellas, siendo positivas, “imponen a veces al dueño de predio sirviente la obligación de hacer algo...”, lo que proporciona otro elemento que aproxima el derecho real de conservación al derecho real de servidumbre.

Tratándose de un derecho real en cosa ajena, el derecho real de conservación constituirá una limitación al derecho de dominio del dueño del inmueble gravado. Esta limitación estará justificada por la función social de la propiedad, la que, según el art. 19 N° 24 de la Constitución, permite que ella sea restringida para favorecer, entre otros fines, la conservación del patrimonio ambiental. Deberá cuidarse, sin embargo, que el contenido que se asigne en forma particular al derecho real de conservación no llegue a constituir una restricción tan gravosa que pueda lesionar la esencia del derecho de dominio (art. 19 N° 26 Const.), caso en el que podría considerarse inconstitucional, sobre todo atendiendo a que es posible constituir este derecho a perpetuidad¹³.

La ley también califica el derecho de “inembargable”, lo que no se condice con su comercialidad y la posibilidad de transferencia. Siendo inembargable, el derecho real tampoco podrá ser hipotecado.

2. TITULARIDAD

En el proyecto original, siguiendo el modelo del *easement conservation*, se restringía la titularidad de este derecho a ciertas personas jurídicas, que de alguna manera estaban interesadas en la protección del medio ambiente. Los titulares admitidos eran ciertas personas jurídicas de derecho público (Ministerio de Bienes Nacionales, Comisión Nacional del Medio Ambiente, Corporación Nacional Forestal, CONAF, Municipalidades) y las personas jurídicas de derecho privado que tuvieran como objeto o fin exclusivo la conservación, preservación, promoción o protección del ambiente, la naturaleza, la biodiversidad o las áreas silvestres protegidas; o la contribución y el fomento a la educación, investigación, capacitación o formación de conciencia sobre la ecología, el cuidado del ambiente y los recursos naturales; o el manejo, control, restauración, protección o mantención de zonas, lugares o inmuebles que sean de considerable valor o interés ambiental, histórico, cultural, científico o arqueológico (art. 5 del Proyecto original).

¹² PEÑAILILLO (2010) pp. 122-123.

¹³ Si el gravamen es de tal intensidad que impide la enajenación del predio, podría considerarse que estamos ante una prohibición de enajenar perpetua y estas han sido consideradas ilícitas por ser contrarias al principio de libre circulación de los bienes. *Cfr.* CLARO (1992) p. 341; CORRAL (2015) pp. 294-295.

El criterio restrictivo se mantuvo durante el primer trámite constitucional pero hubo variaciones respecto de los titulares admitidos. El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados excluye todas las entidades de derecho público, mantiene como posibles titulares a las corporaciones y fundaciones que tengan como objeto principal, tanto conforme a sus estatutos como a su actividad práctica, la conservación del patrimonio ambiental o la contribución y el fomento a la educación, investigación, capacitación o formación de conciencia sobre la ecología, el cuidado del ambiente y los recursos naturales, y añade a las corporaciones y fundaciones extranjeras autorizadas para desarrollar actividades en Chile, a los centros de investigación a los que se refiere la Ley N° 20.241 y a las universidades acreditadas (art. 4). Para ser titular se exigía que estas entidades se inscribieran en un registro que debía llevar el Ministerio de Medio Ambiente (art. 5).

En la Comisión de Constitución del Senado se produjo una interesante discusión concerniente a si se debía mantener el criterio restringido o asumirse una titularidad abierta a todo tipo de personas tanto naturales como jurídicas y tanto públicas como privadas. La postura a favor de la titularidad abierta fue sostenida por el profesor y director del Centro de Derecho de Conservación, Jaime Ubilla, quien argumentó que debía mantenerse la lógica de los demás derechos reales que no restringen a los titulares, que esta titularidad era más consistente con una noción amplia de conservación y que la conservación de intangibles ambientales es una materia que no necesariamente o exclusivamente es de interés público sino que también puede ser de interés privado. Finalmente, los senadores integrantes de la Comisión, pese a la resistencia de la abogada Puschel que representaba al Ministerio del Medio Ambiente, se inclinaron por la opción amplia, que sería la que finalmente se convertiría en ley.

El art. 4 quedó con el siguiente tenor: “Toda persona natural o jurídica, pública o privada, podrá ser titular del derecho real de conservación”. Por consiguiente, la norma no hubiera sido necesaria porque a falta de norma especial se hubiera llegado a la misma conclusión, pero la historia del establecimiento de la ley explica tanto la existencia del precepto como su alusión a la distinción entre personas públicas y privadas.

Hemos de entender que con esta expresión se ha querido comprender a todas las personas jurídicas de derecho público, como a las personas jurídicas de derecho privado. Entre estas últimas podrán tratarse tanto de aquellas sin fines de lucro como aquellas que sí cuentan con dicho fin (sociedades, empresas individuales de responsabilidad limitada).

3. OBJETO

Según la definición del art. 2, se puede identificar un objeto directo y un objeto indirecto. El objeto directo es el “patrimonio ambiental”, o

ciertas atributos o funciones de este, mientras que el objeto indirecto es un “predio”.

Respecto de la noción de patrimonio ambiental en la Ley N° 19.300, de 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, a cuyas definiciones se remite el art. 1° inc. 2° de la Ley N° 20.930, no se encuentra una conceptualización de dicha expresión, pero encontramos una que puede ser utilizada, la de “conservación del patrimonio ambiental”. La Ley N° 19.300, art. 2, letra b), define esta conservación como “el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”. Vemos, pues, que patrimonio ambiental no es más que otra expresión para designar “componentes del medio ambiente”. Para estos tenemos la amplísima definición de medio ambiente contenida en la misma Ley N° 19.300: “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”.

Por eso durante la historia de la tramitación de la ley se hizo ver que este derecho no se refiere solo a la biodiversidad del ambiente, y que podían aplicarse aspectos estéticos, históricos, arquitectónicos o socioculturales¹⁴.

Pero es más, el derecho de conservación podría recaer sobre uno o más “atributos” o “funciones” del patrimonio ambiental. La historia de la Ley N° 20.930 nos da algunas pistas para delimitar estos conceptos: en el informe de la Comisión de Constitución del Senado el integrante del Centro de Derecho de Conservación Francisco Solís señaló que “el derecho real de conservación supone la existencia de un propietario de un predio de múltiples usos, el que tiene un área con ciertos atributos específicos que pueden ser la fauna, el paisaje, los servicios ambientales u otros, que él decide voluntariamente proteger”. Esa misma historia nos revela que los términos “atributos” y “funciones” están tomados como sinónimos: originalmente se había propuesto que el derecho de con-

¹⁴ Un informe presentado por el Director del Centro de Derecho de Conservación, Jaime Ubilla, en la Comisión de Constitución del Senado insistió en que la conservación no se refería únicamente a la conservación *in situ* de biodiversidad, a la que se refiere la Convención de Diversidad (CBD), y puede extenderse a “actividades agrícolas sustentables, forestales sustentables, acuícolas sustentables, o la explotación de recursos naturales bajo ciertos parámetros de gestión (i.e. aprovechamiento de aguas o actividad minera, etc.)”, y que, además, es más flexible porque su intensidad puede ser modulada en distintos niveles, para así “establecer prácticas sustentables no solo de conservación estricta, sino también para regular la mantención de ciertas cualidades que sean útiles o funcionales a alguna actividad puntual o a los intereses de un grupo específico (i.e. ciertas calidades de agua para una operación acuícola; o ciertos atributos del paisaje para una asociación hotelera; o cierto nivel de silencio para una institución religiosa; o cierta luminosidad para la operación de un observatorio astronómico; o cierta cualidad de espacio para el esparcimiento comunitario)”.

servación pudiera recaer en “atributos” del patrimonio ambiental, pero el director del Centro de Derecho de Conservación propuso cambiar esa expresión por la, a su juicio más técnica desde el punto de vista del Derecho privado, “funciones”, a lo que se opuso la abogada Puschel, del Ministerio del Medio Ambiente. Al parecer la Comisión zanjó el debate incluyendo ambas expresiones como posibles objetos del derecho real de conservación.

La conservación del patrimonio ambiental o sus atributos o funciones no se refiere, sin embargo, a cualquier bien sino a un “predio”, según reza el art. 2 que define el derecho. Sin embargo, el art. 3º inc. 2º amplía esa noción al señalar que el derecho “se puede constituir sobre cualquier bien inmueble”¹⁵. Pensamos no obstante que debe tratarse de un bien raíz corporal y más aún que debe tratarse de un inmueble ya inscrito en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, ya que se establece que el plano que ha de anexarse al contrato debe contener “los datos de inscripción del bien raíz en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente...” (art. 7 N° 2, letra a)¹⁶.

Es indudable que se entenderán comprendidos en el derecho las cosas que se reputan inmuebles por adherencia y destinación que pertenezcan al bien raíz afectado¹⁷. La ley dispone que para sus efectos “los atributos o funciones del patrimonio ambiental del predio se considerarán inmuebles” (art. 3 inc. 3º).

No hay problema para que se constituya a la vez un derecho real de conservación pero distintos inmuebles, como se deduce del art. 7 N° 2 de la ley. Pero, en tal caso, pensamos se tratará también de derechos reales diversos e independientes entre sí.

También es posible, y lo acepta expresamente la Ley N° 20.930, que la afectación sea parcial, es decir, que el objeto del derecho real sea el patrimonio ambiental solo de una parte del predio (*cf.* art. 3 inc. 2º y 7 N° 2). A estos efectos será muy conveniente la exigencia que hace la ley de que el contrato debe ir acompañado de un plano donde se grafique el inmueble o la parte del inmueble afectado (art. 7 N° 2)¹⁸.

¹⁵ Hay que recordar que en el Código Civil la palabra “predio” designa solo una especie de bienes inmuebles, las llamadas casas o heredades (art. 568 inc. 2º).

¹⁶ Esto tiene cierta relevancia, ya que impediría que se constituya este tipo de derecho real sobre bienes inmuebles incorporales como podría ser una concesión minera o una concesión de acuicultura, que durante la tramitación del proyecto se plantearon como posibilidades.

¹⁷ El proyecto original contenía una norma para señalarlo expresamente: “se extenderá también este derecho a los inmuebles por adherencia y por destinación que el bien raíz afectado comprenda” (art. 3). PEÑAILLO (2010) p. 116 advierte que estos inmuebles por adherencia o destinación pueden llegar a tener “poderosa influencia desde el punto de vista ambiental”.

¹⁸ La inclusión de este plano para el caso de afectación parcial fue recomendada por el profesor PEÑAILLO (2010) p. 127.

III. CONSTITUCIÓN Y EFECTOS

1. CONSTITUCIÓN

La constitución del derecho real requiere un contrato solemne y una inscripción conservatoria. Las partes del contrato deben ser el propietario del inmueble que se obliga a conceder el derecho y una persona natural o jurídica determinada que declara su voluntad de adquirirlo o de ser titular de dicho derecho.

El contrato debe celebrarse por escritura pública, que luego deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces “correspondiente” (entendemos que será aquel del lugar donde esté situado el inmueble). Esta es la interpretación correctiva que damos al texto del art. 5 de la ley que parece dar a entender que el derecho se constituye “por el contrato”, el que “servirá como título” para requerir la inscripción conservatoria, desde donde el derecho real “producirá sus efectos”.

Pero debe sostenerse, para mantener la coherencia del sistema de propiedad inmobiliaria, que el contrato no sirve “como”, sino que “es” el título traslativo, y que el derecho real se adquiere mediante la tradición que se ejecuta por medio de la inscripción.

Ahora bien, el título puede ser gratuito u oneroso (art. 7 N° 3). El legislador parece asumir que está hablando de un contrato innominado, pero resulta claro que se aplicarán los contratos típicos que sirven para la transferencia o constitución de derechos reales, como la compraventa o la donación. La constitución gratuita del derecho real implicará una donación, por lo que deberán aplicarse las reglas acerca de insinuación y solemnidades para donaciones de bienes inmuebles.

2. EFECTOS

Los efectos del derecho de conservación, esto es, los derechos y obligaciones que produce deben clasificarse en efectos respecto del titular y efectos respecto del propietario del inmueble gravado.

Según la definición el principal derecho que surge en favor del titular es la “facultad de conservar el patrimonio ambiental” del inmueble. Hemos de entender que se refiere a la facultad para exigir que el propietario adopte las medidas convenidas en el contrato para lograr esa conservación. En este sentido, puede caracterizarse este derecho real como un derecho real de goce, pero en un sentido lato, ya que la utilidad de esa conservación no irá en beneficio directo del titular sino del de toda la comunidad.

Además, puede pactarse que el titular tenga derecho a los frutos naturales o civiles de la conservación del inmueble (art. 6 inc. final), caso en el que se planteará si no estaremos frente a una concurrencia de dos derechos

reales: el de conservación y el de usufructo. Finalmente, el titular tiene facultades para disponer del derecho de conservación a título oneroso o gratuito, salvo que se haya pactado lo contrario (art. 9), entre vivos o por causa de muerte. Las obligaciones para el titular son reducidas; la principal puede ser la de pagar la contraprestación que se pactó en el contrato cuando este haya sido oneroso (art. 7 N° 3).

Respecto del propietario, sobresale lo que es un gravamen del predio, que puede aproximarlo a la categoría de carga real. Imperativamente la ley dispone que en el contrato debe pactarse al menos una de las siguientes prohibiciones o restricciones u obligaciones: 1°) restricción o prohibición de destinar el inmueble a uno o más determinados fines inmobiliarios, comerciales, turísticos, industriales, de explotación agrícola, forestales o de otro tipo; 2°) obligación de hacerse cargo o de contratar servicios para la mantención, limpieza, descontaminación, reparación, resguardo, administración o uso y aprovechamiento racionales del bien raíz; y 3°) obligación de ejecutar o supervisar un plan de manejo acordado en el contrato, con miras al uso y aprovechamiento racionales de los recursos naturales del inmueble gravado, en el marco de un uso sostenible de los mismos (art. 6). Como la ley indica que debe pactarse al menos una, no habrá problemas para acumular dos o las tres en un mismo derecho de conservación. Se añade, sí, que se permitirán límites de montos para las obligaciones pecuniarias y plazos para el cumplimiento de los gravámenes (art. 6 inc. 2°).

Los derechos del propietario son los del dominio que no se ven afectados sino en la medida necesaria para lograr el fin de conservación. Por ello, el dueño deberá abstenerse de impedir, obstaculizar o perjudicar el ejercicio del derecho real (art. 6 inc. 5°), y no podrá imponer nuevas servidumbres que lo vulneren (art. 6 inc. 3°). Pero en lo demás podrá usar, gozar y disponer del inmueble. Por cierto, al enajenarse o transmitirse por causa de muerte el inmueble permanecerá gravado con el derecho real de conservación, salvo cuando tenga lugar a una especie de “purga” del derecho prevista en el art. 11, y a la que hacemos referencia en el siguiente apartado.

IV. EXTINCIÓN Y CONCURRENCIA CON OTROS DERECHOS

1. EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL

La ley señala que el derecho se extinguirá “por las causales generales de terminación de los derechos reales” (art. 12). No se entiende qué quiso decir con esto el legislador, ya que no existen estas causales generales, y cada derecho real tiene las suyas.

Como el mismo texto de la ley asimila este derecho a la servidumbre, pensamos que deben aplicarse las causales de extinción de este derecho

previstas en los arts. 885 y siguientes del Código Civil. Entre ellas debe destacarse la posibilidad de que se extinga por prescripción extintiva (no uso) por tres años.

Las causales especiales que prevé la ley son tres: la que podríamos llamar “purga” del derecho (art. 11 inc- 2º); la disolución de la persona jurídica titular, “salvo estipulación en contrario” (imaginamos que se tratará del nombramiento de un titular sustituto para el caso de disolución), y expropiación (art. 12).

2. CONCURRENCIA CON OTROS DERECHOS. EL CASO DE LA HIPOTECA

La ley se ha hecho cargo de la concurrencia de este derecho con otros derechos reales en cosa ajena: como pueden ser los de usufructo, uso, habitación, servidumbre e hipoteca. También habrá que tener en cuenta derechos reales administrativos como el de aprovechamiento de aguas y las concesiones mineras. La regla es que la preferencia se decide por la prioridad cronológica de la constitución: el derecho real de concesión no tiene preferencia sobre los derechos reales constituidos con anterioridad, y sí la tiene respecto de aquellos constituidos posteriormente (art. 11 inc. 1º). La fecha de constitución del derecho real de conservación será la de su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces (art. 5 inc. 2º).

Como consecuencia de esto se dispone que si el inmueble gravado se enajena en virtud de la ejecución de una hipoteca preferente al derecho real de conservación, este se extinguirá (art. 11 inc. 2º). Se trata de una especie de purga del gravamen de conservación, que tiene su lógica en la preferencia de la hipoteca y que se aplicará, pensamos, aunque esta sea una garantía general hipotecaria, en la medida en que haya sido inscrita con anterioridad.

Sin embargo, en una norma cuya redacción no podemos si no calificar de desafortunada, se establece una excepción a esta regla y se admite que el derecho real de conservación no se extinga aunque se ejecute una hipoteca de fecha anterior. El tenor de la regla es el siguiente: “Sin embargo, no se aplicará lo anterior [la extinción del derecho de conservación] contra el adquirente de la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el juez, habiendo sido citado dicho tercero personalmente, dentro del término de emplazamiento del juicio ordinario, caso en que este podrá optar entre la mantención del derecho de conservación o la extinción del mismo. Si no se ejerciere este derecho de opción, se entenderá que el derecho real de conservación se extingue”.

Para intentar dar sentido a esta norma, hay que recurrir a la historia del establecimiento de la ley, y en particular al Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado. Se verá, entonces, que la preocupación de los legisladores era que el adquirente del bien subastado por la

hipoteca preferente perdiera el gravamen del derecho real de conservación que un tercero tenía sobre él. Por ello, se quiso que este adquirente (en realidad, un comprador en pública subasta) tuviera la posibilidad de optar por la no extinción del derecho real. La verdad, no se observa por qué motivo un adquirente de un inmueble podría preferir adquirirlo gravado con un derecho real que limitará su dominio. Al parecer, se supuso que ciertos bienes inmuebles incrementarían de valor al tener a un tercero que ejerce una especie de supervisión de su patrimonio ambiental mediante este derecho real¹⁹.

Si fuera este el caso, se entiende que se conceda la facultad de mantener el derecho real, pero no se comprende por qué habría que citarlo personalmente y esperar el término de emplazamiento del juicio ordinario para que haga su elección. Esto está tomado evidentemente del art. 2428 del Código Civil, tal como ha sido modificado por el art. 492 del Código de Procedimiento Civil, pero la situación es totalmente diversa: en estas normas se trata de citar a otros acreedores hipotecarios preferentes, los que pueden optar por mantener sus hipotecas o pagarse con el precio de la subasta. Es decir, se trata de titulares de derechos reales y no del adquirente. El adquirente en pública subasta no se conoce hasta que esta se realice y no puede ser citado con anterioridad. Por otra parte, si el adquirente subasta el inmueble debería hacer la elección de mantener el derecho real en ese mismo acto. No obstante, tratando de acatar el texto de la ley, una vez hecha la subasta y determinada la persona del adquirente, deberá ser notificado personalmente y hacer una presentación al tribunal declarando su voluntad de mantener el derecho de conservación dentro del término de emplazamiento del juicio ordinario. El juez deberá oficiar al Conservador de Bienes Raíces para que no cancele la inscripción del derecho real de conservación.

Llama la atención que el art. 11 solo se preocupe de los acreedores que tengan derechos reales anteriores a la constitución del derecho real de conservación, básicamente los acreedores hipotecarios, pero que nada disponga en protección de los acreedores que, aunque no tienen garantías reales, han adquirido su derecho personal con anterioridad a la constitución del derecho real de conservación y que, sin duda, verán limitado su derecho de prenda general. Según el texto de la ley, estos acreedores pueden embargar y subastar el inmueble pero con el gravamen del derecho real de conservación. Es obvio que la subasta tendrá menos atractivo para posibles postores que lo pensarán dos veces antes de rematar un inmueble así gravado.

Esto también puede incentivar a que hayan constituciones fraudulentas o simuladas de derechos reales de conservación para eludir o entorpecer

¹⁹ Así se sostuvo durante la tramitación del proyecto: es más, se señala que uno de los grandes beneficios de esta nueva figura es dar valor y permitir el ingreso al mercado de intangibles ambientales.

la acción de los acreedores. En el proyecto original existía una norma que intentaba proteger a los acreedores de este tipo de actos (art. 18), pero ella desapareció durante la discusión parlamentaria. No quedará si no aplicar la acción pauliana del art. 2468 del Código Civil o las revocatorias del régimen concursal de la Ley N° 20.720, de 2014.

V. UNA EVALUACIÓN PROVISIONAL

No se piense que con lo expuesto estamos agotando las dificultades interpretativas que suscita la nueva Ley N° 20.930, de 2016. Existen muchas más de las que no podemos ocuparnos en este comentario inicial. Mencionamos algunas: ¿qué se entiende en concreto por atributos o funciones del patrimonio ambiental de un predio que pueden ser gravados específicamente con derechos reales de conservación?, ¿cómo funcionará la pluralidad de derechos reales de conservación que se constituyan sobre el mismo predio?, ¿qué medios tendrá el titular frente a los incumplimientos del propietario?: ¿acción de cumplimiento forzado? ¿indemnización de perjuicios?, ¿podrá el titular pedir indemnización de perjuicios si lo que se menoscaba es un beneficio colectivo?, ¿qué significa que la inscripción sea “requisito, prueba y garantía” del derecho real, en circunstancias que estos términos se suelen aplicar a la posesión y no al derecho en sí mismo²⁰?, ¿cuál será la sanción aplicable en caso de que se omitan algunas menciones mínimas (incluido el plano que debe anexarse) del contrato? ¿qué sucederá si en el contrato no se fija ninguna duración al derecho: será nulo el contrato o debe entenderse de duración perpetua?, ¿cuál será el efecto de que el derecho real o su transferencia no se inscriban en el plazo de 60 días prescrito por la ley?, ¿deberá incluirse el derecho real de conservación en la posesión efectiva de la herencia y sus inscripciones en caso de muerte del titular persona natural?

Sin perjuicio de lo beneficioso que puede ser el compromiso de los ciudadanos en los fines de protección del medio ambiente²¹, en lo que se refiere al fondo de la iniciativa, surgen dudas no menos importantes.

En primer lugar no parece que estos derechos reales lleguen a constituirse si no existen incentivos claros y contundentes, entre ellos beneficios tributarios, para que los propietarios se sientan inclinados a gravar sus propiedades²². Nada de ello se encuentra en la ley.

²⁰ Es la triple función de la inscripción posesoria en el Conservador de Bienes Raíces que conforma la llamada “teoría de la posesión inscrita”: *cfr.* SEPÚLVEDA (2014) pp. 114-123.

²¹ En este sentido, no podemos si no estar de acuerdo con TISNÉ (2016).

²² Los beneficios tributarios tanto federales como estatales han sido clave en Estados Unidos para la difusión de las *conservation easements*. Si bien se señala, por sus partidarios, que no es el único motivo que induce a los propietarios a constituir estos derechos, y se señala que un buen porcentaje de ellos actúan por motivos altruistas o el cariño a su terruño (*love*

En segundo lugar, nos preocupa que no exista autoridad alguna que vele porque los titulares realmente ejerzan las facultades que les confiere el derecho real para el logro de la finalidad conservativa medioambiental.

Si estas cuestiones medulares no tienen respuesta satisfactoria, la nueva ley arriesga quedarse en nada más que en una buena intención o, lo que sería peor, en un instrumento legal utilizado para defraudar a terceros.

BIBLIOGRAFÍA

- AIREY, Shea B. (2010): “*Conservation Easements In Private Practice*”, en *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, 44 (4), pp. 745-822.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2013): “La teoría causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos o ¿cómo es posible crear derechos atípicos en el Derecho chileno?”, en BARCIA LEHMANN, Rodrigo (edit.), *Fundamento de derechos reales en el Derecho chileno* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 149 y ss.
- CLARO SOLAR, Luis (1992): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimp., t. VI).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2015): “Cláusulas de no enajenar: su régimen jurídico a partir de la distinción entre prohibiciones de disponer y obligaciones de no disponer”, en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al Profesor Ramón Domínguez Águila* (Santiago, Thomson Reuters-La Ley), pp. 294-295.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2010): “Sobre un derecho real para la conservación del ambiente”, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, AbeledoPerrot), pp. 113-128.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- PESCIO VARGAS, Victorio (1978): *Manual de Derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. III).
- ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco (2014): “Ampliación del concepto de ‘predio’ en materia de servidumbres y posibles efectos”, en TURNER, Susan y VARAS, Juan Andrés (coords.), *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 215-234.
- SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio (2014), *Teoría General del Derecho Registral* (Santiago, Editorial Metropolitana).
- TISNÉ, Jorge (2016): “Comentario al derecho de conservación”, en *El Mercurio Legal*, disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2016/06/24/Comentario-al-derecho-real-de-conservacion.aspx> (consultado el 30 de julio de 2016).
- UBILLA FUENZALIDA, Jaime (2003): “La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación”, en *Revista de Derecho Ambiental* 1, pp. 72-96.

for the land). Cfr. AIREY (2010) p. 818. Habrá que ver si en Chile tenemos ciudadanos con esta generosidad de espíritu y sentido de solidaridad intergeneracional.

INCUMPLIMIENTO DE DEBERES AMBIENTALES EN MATERIA DE COBERTURA DEL CONTRATO DE SEGURO

JAVIER IGNACIO FERNÁNDEZ CARRERA*

*Abogado, Universidad de Concepción, Chile
Master en Derecho de los Negocios mención Derecho Marítimo y del
Transporte, Universidad Aix Marseille, Francia
Socio Estudio Ramírez Fernández Abogados*

RESUMEN: Este artículo busca exponer algunas consideraciones respecto del concepto de incumplimiento ambiental y la relación desde un punto de vista jurídico entre este y la cobertura que entrega el contrato de seguro. De este modo, y con una visión que proviene de la práctica jurídica, se trata el concepto de incumplimiento ambiental, luego se relaciona con ciertas obligaciones esenciales del contrato de seguro para, finalmente, intentar clarificar las consecuencias de estos incumplimientos ambientales en la cobertura del seguro.

Palabras clave: Incumplimiento ambiental, contrato de seguro, cobertura del seguro.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia que el Derecho en general y el Ordenamiento Jurídico Nacional en particular le otorga a los daños producidos por incumplimientos ambientales ha crecido exponencialmente con el paso de los años. Desde una etapa en que prácticamente estaba fuera del estudio de los perjuicios en el Derecho Civil, paulatinamente se ha ido reconociendo la existencia de un daño ambiental autónomo. Asimismo se ha discutido acerca de cómo esta categoría de perjuicios puede tener diferentes tratamientos en materia de sujetos activos para su reclamo¹, tribunal competente para

* Correo electrónico: jf@rafe.cl. Todas las traducciones en este trabajo fueron efectuadas libremente por el autor.

¹ En materia de perjuicio o daño ambiental el problema de la representación es delicado. En Francia, donde se acepta que organizaciones ecológicas puedan comparecer en juicio para demandar el daño ambiental puro sufrido por el medio ambiente, se ha dicho que “*Se trata, en efecto, de una categoría intermedia de intereses colectivos, distintos a la vez al interés*”

conocer del daño ambiental autónomo², prescripción³ y, por supuesto, en materia de cobertura de los seguros.

Evidentemente, el cuestionamiento en relación con la cobertura de ciertos seguros relacionados con el medio ambiente se dará cuando exista una compañía cuyo objeto de negocio genere riesgos de caracteres ambientales.

Las situaciones pueden ser variadas. La más ostensible parece ser la de los seguros de responsabilidad civil tomados por empresas con riesgos de ocurrencia de un accidente ambiental. Pero también pudiera darse esta problemática en el caso de Pólizas de riesgo de daños físicos y perjuicios por paralización, en relación con industrias que realicen una actividad que pudiera tener incidencia ambiental.

general y los intereses particulares, respecto de los cuales la defensa supone una designación de personas calificadas para ese fin. Las asociaciones de defensa del medio ambiente recibieron del legislador, bajo ciertas condiciones, el derecho de comparecer como partes civiles para defender el interés colectivo que constituye su objeto social" REMOND-GOUILLOUD (2010), N° 719, p. 903.

² Es factible destacar un caso jurisprudencial donde ha variado el criterio para determinar el tribunal competente en materia de daño ambiental autónomo. En relación con el derrame ocurrido el 24 de septiembre en Quintero, desde el buque tanque Mimoso, la Municipalidad de Quintero interpuso demanda en contra de ENAP Refinerías S.A. y Remolcadores Ultratug Limitada ante el Tribunal Ambiental competente, con el fin de que declare la existencia de daño ambiental y se ordene la reparación del mismo. Ultratug solicitó que el Tribunal Ambiental se declarara incompetente, ya que la ley de Bases del Medio Ambiente prescribe de manera expresa que *las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley*.

Efectivamente, en los últimos años y de manera constante las Cortes Superiores de Justicia (por ejemplo el fallo de la II^{ta}. Corte de Apelaciones de Antofagasta en causa rol: 209-2005, caratulada Hotel Antofagasta S.A. solicita arraigo de motonave *Eider* representada por su capitán Rot Dizon Sañada, Empresa Naviera Canfomav Inc. y Agente Empresa Ian Taylor y Compañía S.A.) habían considerado que la Ley de Navegación, mediante el reenvío a otros cuerpos normativos internacionales (CLC 1969 y el CLC 1992), regulaba *de manera íntegra* todos los aspectos relacionados con los daños producidos por derrames de hidrocarburos en el medio ambiente marino. De esta manera, y según la Ley de Navegación, los Tribunales Civiles eran los competentes para conocer de dichos asuntos.

Sin embargo, la Corte Suprema, 28 de junio de 2016, Rol 37.179-2015, dictó un fallo relevante en relación con la existencia de un daño ambiental autónomo, apartándose de la línea jurisprudencial anterior, y reconociendo competencia a distintos tribunales para conocer el daño ambiental y la pretensión resarcitoria. En este sentido, sostuvo que el daño ambiental origina dos tipos de acciones: *una de reparación del referido daño y otra de indemnización a favor de las personas afectadas. Asimismo, no es discutido que el propósito de la Ley 20.600 es que sean los tribunales ambientales los que se ocupen especialmente de la reparación del medio ambiente dañado. En cambio, la acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la producción del daño ambiental establecida en la sentencia del Tribunal Ambiental, se interpondrá ante el Tribunal civil competente.*

³ Compartimos con DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2013), N° 84.3, p. 374 y ss. quien expone que la prescripción de la acción extracontractual no debiera computarse desde la *perpetración del acto*, como lo prescribe el artículo 2332 del Código Civil, sino que desde la exteriorización del daño. En este punto menciona los daños diferidos, continuados y los permanentes. Consideramos que el incumplimiento ambiental provocará perjuicios que pueden ser considerados como diferidos, continuados o permanentes en los términos utilizados por el ilustre profesor.

En este punto debemos recordar, muy brevemente, que entre las variadas clasificaciones del contrato de seguro, encontramos aquella que distingue entre seguros de daños y de personas. Esta distinción es efectuada por la propia ley en el artículo 544 del Código de Comercio. Por su parte el artículo 545 del mismo cuerpo legal establece que los seguros de daños *tienen por objeto la indemnización de los daños sufridos por el asegurado y pueden recaer sobre cosas corporales, derechos o sobre un patrimonio*. En este sentido, don Osvaldo Contreras Strauch ha señalado que *Los seguros de daños se pueden subdividir, a su vez, en seguros reales, que son los que amparan cosas físicas o corporales y los seguros patrimoniales, que resguardan o protegen la integridad del patrimonio frente a eventuales erogaciones o desembolsos que deban efectuarse y que puedan afectarlo desfavorablemente*⁴. El profesor Contreras cita como ejemplo de seguros reales los de incendio, robo, de transportes, y como ejemplo de seguros patrimoniales menciona los de responsabilidad civil, de lucro cesante y de perjuicios por paralización, sin que su enumeración sea taxativa.

Como ya lo hemos señalado, por regla general, el incumplimiento ambiental tendrá preponderancia en el caso de los seguros patrimoniales, especialmente en aquellos que cubren la responsabilidad civil y los perjuicios por paralización. Es en estos puntos que nos centraremos en este trabajo.

Para desarrollar el presente artículo debemos comenzar por entender a qué llamamos incumplimiento ambiental. Posteriormente analizaremos cómo estos incumplimientos pueden significar, a su vez, incumplimiento en ciertas obligaciones del asegurado durante la vigencia de un contrato de seguro y, finalmente, estudiaremos las consecuencias de estos posibles incumplimientos a las obligaciones establecidas por las respectivas Pólizas y el derecho de seguros.

II. EL INCUMPLIMIENTO AMBIENTAL

Lo cierto es que la Ley N° 19.300, sobre bases Generales del Medio Ambiente, complementada por la Ley N° 20.417, que creó el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, *establece un régimen integrador de la legislación ambiental y de los instrumentos de gestión ambiental en ella contenidos en cuanto consideran diversos aspectos sectoriales en su generación*⁵.

Con anterioridad a la promulgación y vigencia de la Ley N° 20.417, la doctrina había justamente advertido respecto de la precariedad de los instrumentos de fiscalización y sanción en materia medioambiental⁶.

⁴ CONTRERAS STRAUCH (2014) p. 90.

⁵ CANNONI MANDUJANO, OSORIO VARGAS y RIESGO EYZAGUIRRE(2015) p. 116.

⁶ PRECHT RORRIS (2009) p. 55.

Como una respuesta a estas críticas sistemáticas, el artículo segundo de la Ley N° 20.147 creó la Superintendencia del Medio Ambiente *como un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Ambiente (art. 1°). Tiene por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y la fiscalización de las resoluciones de calificación ambiental, de las medidas de planes de prevención y de descontaminación ambiental, del contenido de las normas de calidad ambiental y de emisión, de los planes de manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley*⁷.

La nueva institucionalidad ambiental, específicamente la referida Ley N° 20.417, en su artículo 35, establece un catálogo de infracciones respecto de las cuales corresponde a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionatoria, facultad ejercida ante el incumplimiento de las normas y exigencias asociadas a instrumentos de carácter ambiental, así como de requerimientos, instrucciones y medidas establecidas por la misma Superintendencia. Este catálogo no constituye una enumeración taxativa, porque la letra n) del artículo 35 reconoce la potestad de la SMA para sancionar *el incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica*.

Sin embargo, existen excepciones a esta regla general de que la fiscalización de los incumplimientos ambientales será de competencia de la SMA. Por ejemplo, podemos mencionar las Investigaciones Sumarias Administrativas instruidas por la Armada de Chile en materia de derrames de hidrocarburos u otras sustancias nocivas en el medio ambiente marino; procedimientos en los que se aplican normas reglamentarias específicamente a este tipo de sucesos ocurridos en el mar.

El fundamento de las atribuciones fiscalizadoras con que en este punto cuenta la Autoridad Marítima (Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante)⁸ se encuentra en el artículo 5, letra a) del Decreto Ley N° 2.222 de 1978 del Ministerio de Defensa Nacional (en adelante Ley de Navegación): *la autoridad marítima le corresponde a la Dirección y, como tal, le compete la aplicación y fiscalización del cumplimiento de la Ley de Navegación, de los convenios internacionales y de las normas legales o reglamentarias relacionadas con sus funciones, con la preservación*

⁷ En este sentido FERNÁNDEZ BITTERLICH (2013) p. 127.

⁸ El profesor Leslie Tomasello Hart ha expresado en esta materia: *"Hablamos de Autoridad Marítima tal como ocurre en otros Estados, pero destaquemos que, con más propiedad debemos referirnos a la Dirección General del Territorio Marítimo y de la Marina Mercante, que es su nombre actual, producto de la denominación que le atribuyó el Decreto Ley 2837, de 30 de agosto de 1979, sustituyendo su denominación anterior Dirección del Litoral y de Marina Mercante, al tiempo de que también sustituyó la denominación Director del Litoral y de Marina Mercante por Director General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante"*. TOMASELLO HART (2014) p. 93.

de la ecología en el mar y con la navegación en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional (...).

El artículo 142 de la referida Ley de Navegación establece la prohibición absoluta de *arrojar lastre, escombros o basuras y derramar petróleo o sus derivados o residuos, aguas de relaves de minerales u otros materiales nocivos o peligrosas, de cualquier especie, que ocasionen daños o perjuicios en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional y en puertos, ríos y lagos*. A continuación encomienda a la Dirección *la misión de cautelar el cumplimiento de esta prohibición*, fiscalizando, aplicando y haciendo cumplir todas las normas, nacionales e internacionales, presentes o futuras, concernientes a preservación del medio ambiente marino y sancionar su contravención.

Posteriormente la misma norma encarga a un Reglamento el determinar la forma cómo la Dirección ejercerá las funciones encomendadas y las multas y demás sanciones para los casos de contravenciones a la prohibición referida en el párrafo anterior.

En los últimos años, y considerando el criterio de la temporalidad y de la especialidad, más de una vez ha surgido la pregunta de si podría considerarse que luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.147, correspondería a la Superintendencia de Medio Ambiente el deber de fiscalizar e investigar los casos de derrames de hidrocarburos u otras sustancias nocivas en el medio ambiente marino. En complemento a lo anterior, en algunas Investigaciones Sumarias Administrativas, en que nos ha tocado participar, las partes han alegado que si bien la Autoridad Marítima podría considerarse competente para conocer de los derrames mencionados, el procedimiento aplicable debe ajustarse a las normas de la Ley N° 19.880 de bases del procedimiento administrativo y posiblemente a las normas procedimentales aplicables de la tantas veces citada Ley N° 20.147.

Sin perjuicio de lo anterior, hasta hoy, la Autoridad Marítima sigue utilizando los reglamentos que considera aplicables y que, a nuestro parecer, contienen normas que chocan a todas luces con los principios básicos que deben primar en un procedimiento administrativo sancionador.

En conclusión, podemos considerar que un incumplimiento ambiental es el quebrantamiento de una norma de carácter ambiental cualquiera, tenga o no establecida una sanción específica en la ley.

Esta definición permite comprender que para que exista un incumplimiento ambiental debe existir un quebrantamiento de una norma que imponga una obligación de carácter ambiental, lo que podría considerarse un reenvío al principio de tipicidad del Derecho Penal y del Derecho Constitucional, muy relacionado con el carácter administrativo-sancionador⁹ de esta sección del derecho ambiental.

⁹ En este sentido, no es posible desconocer que la potestad sancionatoria de la Administración constituye en realidad un verdadero poder punitivo del que se encuentra premunida la Administración. Naturalmente, el ejercicio indiscriminado de esta potestad llevaría exceder

Asimismo, la definición aclara que no es necesario que exista una sanción específica al referido incumplimiento, ya que siempre podrán ser aplicadas las normas supletorias que en esta materia establece la normativa ambiental.

Finalmente, de acuerdo con todo lo antes dicho, debemos entender que la autoridad competente para fiscalizar y conocer de estos incumplimientos ambientales –en el área administrativa– es la Superintendencia de Medio Ambiente, sin perjuicio de la normativa específica que pueda otorgarle estas facultades a otro Organismo de la Administración Pública.

III. INCUMPLIMIENTO AMBIENTAL Y SU RELACIÓN CON LOS INCUMPLIMIENTOS DEL ASEGURADO DURANTE LA VIGENCIA DE UN CONTRATO DE SEGURO

Hemos señalado más arriba que el incumplimiento ambiental tendrá importancia en el caso de los seguros patrimoniales, especialmente en aquellos que cubren la responsabilidad civil y los perjuicios por paralización.

En relación con las clases de seguros recién referidas, para realmente tener claridad respecto de las consecuencias de un incumplimiento ambiental en materia de seguros, es necesario examinar la conducta del asegurado a la luz de los antecedentes disponibles. De este modo se podrá determinar si ha dado cabal cumplimiento a su deber de información, deber de mantener una conducta de debida diligencia y deber de no agravar los riesgos. Estas obligaciones las analizaremos de manera independiente a continuación.

El deber de información está muy ligado al principio de uberrima *bona fides* que domina el Derecho de Seguros. En este sentido, se ha dicho por ejemplo que “*en el seguro, la aplicación de este principio (se refiere al principio de buena fe) reviste la mayor importancia, por el hecho de que el asegurador protege el interés del asegurado sobre la base de creer en lo que este le ha expresado sobre la naturaleza y características de la cosa asegurada y la magnitud del riesgo que le afecta...*”¹⁰.

En este punto, la doctrina francesa ha señalado, por ejemplo, que “*Si bien la celebración de un sinnúmero de contratos de la vida corriente, sea esta privada o profesional, es fruto del azar de los encuentros y se realiza*

las bases mismas del Estado de Derecho. Respecto de este último punto, con razón se ha recalcado en la doctrina que *La aplicación moderada de las facultades de la autoridad en esta delicada materia es indispensable, si se quiere realmente un auténtico Estado de Derecho Democrático*. POLITOFF LIFSCHITZ, MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN (2009) p. 80. De una manera aún más clara, esta posición ha sido también defendida por el Excmo. Tribunal Constitucional de la República en diversos fallos, al señalarse, por ejemplo, que *los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al Derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado*. Tribunal Constitucional de la República, 26 de agosto de 1996, Rol N° 244-96, considerando 9°.

¹⁰ CONTRERAS STRAUCH (2002) p. 36.

*en algunos minutos y en el anonimato, la del contrato de seguro no tiene nada que ver con aquellas prácticas. Las partes se deben recíprocamente una información. La que se debe al asegurador es casi tan anciana como el mismo contrato de seguro, ya que ella tiene por fundamento la selección de los riesgos a cubrir por el asegurador y el principio de la proporcionalidad de la prima y el riesgo*¹¹.

El artículo 524 del Código de Comercio actualmente en vigencia, señala que el asegurado está obligado a *1º. Declarar sinceramente todas las circunstancias que solicite el asegurador para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos*. Esta norma supuso una modificación de la situación anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.667 respecto del deber de informar que pesaba anteriormente sobre el asegurado¹². Desde un régimen que claramente se basaba en el principio de la declaración espontánea por parte del asegurado de las circunstancias que rodean la suscripción de un seguro, se evolucionó hacia un régimen donde este principio se encuentra mucho más atenuado y en que la obligación de informar se ve cumplida al contestar simplemente el cuestionario¹³ o las consultas efectuadas por la Compañía de Seguros¹⁴.

En este punto debemos destacar que en las Pólizas denominadas de *grandes riesgos*¹⁵, las partes cuentan con libertad para derogar el régimen imperativo del Código de Comercio en materia de seguros, por la exis-

¹¹ GROUDEL, *et. al.* (2008) p. 143, N° 228.

¹² La Ley N° 20.667, de 2013, modificó orgánicamente toda la regulación del contrato de seguro en el Código de Comercio. El artículo 556 N° 1 del Código de Comercio en su redacción anterior a la entrada en vigor de la nueva normativa en materia de seguros en diciembre de 2013, disponía que *El asegurado está obligado: 1º A declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos*.

¹³ En materia de seguros de vida y seguros automotrices es habitual la utilización de formularios tipo emitidos por el asegurador, pero debido a lo amplio del antiguo artículo 556 del Código de Comercio, se entendía *que la declaración comprende todo aquello que conozca el asegurado que pueda alterar el riesgo y que, de ser conocido por el asegurador, cambiaría su cobertura*. RUIZ TAGLE VIAL (2012), N° 21, p. 25.

¹⁴ Es admisible preguntarse si es posible que el asegurador puede prever todas las circunstancias relativas a la suscripción del contrato de seguro y la cobertura del riesgo. Acerca de este punto, ARELLANO ITURRIAGA (2013) p. 121 ha interpretado esta norma del siguiente modo: *“Aunque la ley no lo dice, es obvio que esta obligación no puede entenderse circunscrita a lo que la compañía le requiera, sino también a cualquier circunstancia necesariamente conocida de quien solicita un seguro y que pueda ser razonablemente significativa para su contratación, evolución del riesgo o fijación de la prima, ya que mal podría el asegurador pedir expresamente que se acredite algo que simplemente ignora”*. En consideración al sentido literal de la norma, nos parece difícil coincidir, a primera vista, con la interpretación del citado autor.

¹⁵ El artículo 542 del Código de Comercio prescribe que: *Carácter imperativo de las normas. Las disposiciones que rigen el contrato de seguro son de carácter imperativo, a no ser que en estas se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o beneficiario*. En el inciso final agrega: *Exceptúanse de lo anterior, los seguros de daños contratados individualmente, en tanto el asegurado como el beneficiario sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento, y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo*. Los seguros referidos en el inciso segundo –exceptuando los de casco y transporte marítimo y aéreo– se conocen como seguros de grandes riesgos, y en ellos se

tencia de un supuesto equilibrio de fuerzas en la negociación. En razón de lo anterior, en este tipo de Pólizas, ciertas Aseguradoras modifican la carga del deber de informar al momento de suscribir el contrato de seguro, estableciendo que el asegurado tiene el deber de informar de manera íntegra y sin reticencias, haya sido o no requerido en tal sentido por la Compañía de Seguros.

El actuar de las Aseguradoras en este punto sería válido. Sin embargo, es preciso señalar que la negociación para este tipo de seguros se desenvuelve en un marco de libertad y bajo la aplicación del principio de la autonomía de voluntad existe *“una importante limitación que hay que tener en cuenta: las normas del contrato no pueden infringir normas legales que son imperativas o prohibitivas por su propia naturaleza, como es caso de las que señalan los requisitos esenciales del contrato, cuya infracción acarrea la nulidad”*¹⁶.

La importancia del deber de información en relación con los posibles incumplimientos ambientales tiene que ver con la entrega al Asegurador, por parte del asegurado, de información imprecisa e incompleta, ligada al cumplimiento o incumplimiento de normas de carácter ambiental. En cada caso concreto será necesario tener claridad qué es lo que sabía el Asegurado al momento de suscribir la Póliza, y si es que existieron incumplimientos anteriores de tal magnitud que su conocimiento hubiera motivado al Asegurador a rehusar el aseguramiento del riesgo, o a modificar las condiciones de cobertura.

En relación con el deber del asegurado de mantener un comportamiento diligente, el ya referido artículo 524 del Código Mercantil expresa que son obligaciones del asegurado: *4° Emplear el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro.*

Como sabemos, el artículo 44 del Código Civil gradúa la negligencia en culpa grave, leve y levísima. Asimismo señala que el dolo es la intención positiva de inferir injuria en la persona o propiedad de otro. *“Como en la mayoría de los contratos sinalagmáticos o bilaterales, el asegurado está obligado a emplear en la prevención del siniestro el cuidado ordinario o común, es decir, responde de la culpa leve, que es la falta de diligencia ordinaria o común”*¹⁷.

En relación con los deberes que impone esta conducta diligente, la doctrina extranjera ha señalado que *el Código Civil*¹⁸ *no impone el cumplimiento de deberes precisos, con sus contornos bien delimitados, sino más bien, al sancionar la imprudencia y la negligencia, se refiere, indi-*

vuelve al principio general de libertad contractual entre las partes que se considera que tienen un equilibrio de fuerzas.

¹⁶ CONTRERAS STRAUCH (2014) p. 120, nota N° 106.

¹⁷ CONTRERAS STRAUCH (2014) p. 258.

¹⁸ Evidentemente habla del Código de Napoleón, pero la explicación es válida para todos los países en que el Derecho Civil se desarrolló al alero del Derecho francés.

rectamente, a una norma general de conducta social que exige el deber de conducirse siempre con prudencia y diligencia. La jurisprudencia francesa ha aplicado con decisión esta premisa fundamental afirmando que la observancia de todas las disposiciones legales y reglamentarias no es suficiente para poner al autor al abrigo de una acción de responsabilidad civil, reconociendo la posibilidad de sancionar como culpables todos los comportamientos que, aun cuando no se encuentren sancionados en un texto particular, parecen contrarios a lo que algunos autores han llamado “la norma fundamental de comportamiento” y otros “la norma general de urbanidad”¹⁹.

Consideramos que en materia de incumplimientos ambientales y contrato de seguro, en relación con la debida diligencia del asegurado, debe examinarse la situación desde un punto de vista principalmente técnico y fáctico. Será necesario examinar si existían alternativas para evitar o mitigar los incumplimientos desde el mismo momento en que se detectaron presumibles fallas o quebrantamientos de normas relacionadas con el Medio Ambiente. En la evaluación técnica deben analizarse con esmero cuáles eran las acciones y medidas razonables que se encontraban al alcance del asegurado diligente para evitar la falla y sus consecuencias y cuáles fueron las que efectivamente se tomaron.

Respecto del deber de no agravar los riesgos, esta obligación del asegurado también está manifiesta en el tantas veces citado artículo 524 del Código de Comercio, que en su numerando quinto prescribe: *No agravar el riesgo y dar noticia al asegurador sobre las circunstancias que lleguen a su conocimiento y que reúnan las características señaladas en el artículo 526.*

Por su parte el artículo 526 establece que *El asegurado, o contratante en su caso, deberá informar al asegurador los hechos o circunstancias que agraven sustancialmente el riesgo declarado, y sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato, dentro de los cinco días siguientes de haberlos conocido, siempre que por su naturaleza no hubieren podido ser conocidos de otra forma por el asegurador.*

Se trata de una obligación muy similar al deber de informar, con la evidente diferencia de que en este caso ya se ha suscrito el contrato de seguro y que el deber recae derechamente y sin discusión en el asegurado, que por lo demás, en los hechos, es quien toma conocimiento de esta agravación de los riesgos.

Es importante distinguir entre la agravación del riesgo y el riesgo nuevo. La agravación del riesgo, si bien modifica el objeto del contrato de seguro, lo mantiene en los límites convenidos por las partes al momento de su suscripción. Por el contrario, *“puede considerarse, en una primera aproximación, que el riesgo nuevo que debe ser declarado, debe*

¹⁹ VINEY y JOURDAIN (2006) p. 380, N° 450.

*entenderse como un riesgo que, en la fisonomía concreta que le confieren las nuevas circunstancias, se escapa de los límites del objeto del riesgo asegurado trazado por el contrato (por lo que se distingue de una simple agravación de los riesgos), sin caer tampoco bajo la aplicación de una cláusula de exclusión estipulada en la póliza*²⁰.

Consideramos que en materia de incumplimientos ambientales es necesario que el asegurado, al momento mismo de darse cuenta de la existencia de una situación que quizá pudiera significar un incumplimiento que agrave el riesgo, debe adoptar diligentemente todas las medidas para subsanar las deficiencias ambientales o sanitarias que pudieran significar la ocurrencia de un siniestro (en materia de Póliza de Responsabilidad Civil la ocurrencia de un accidente y en la Póliza de Perjuicios por Paralización por ejemplo la prohibición de funcionamiento).

IV. CONSECUENCIAS DE LOS PRESUMIBLES INCUMPLIMIENTOS AMBIENTALES EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE SEGURO

Hemos escrito con anterioridad acerca de las consecuencias que puede tener el incumplimiento del deber de informar en materia de seguros²¹. La jurisprudencia chilena, aplicando la normativa anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.667, había entendido, por regla general, que el en caso de entrega de información imprecisa o incompleta, el Asegurador tenía derecho a invocar la nulidad del contrato de seguro, en razón del incumplimiento del mandato legal al respecto, plasmado en el antiguo artículo 557 del Código de Comercio.

Sin embargo en los últimos años, los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia consideraron que el Asegurador no solamente puede solicitar la nulidad del contrato de seguro en caso de incumplimiento del deber de informar del asegurado, sino que además puede simplemente negar el pago de la indemnización que habría correspondido.

Es importante tener en cuenta que en algunas Pólizas se permite a las partes poner término anticipado al contrato, la que, en razón de la buena fe que gobierna en el Derecho de Seguros, no podría justificarse en una decisión intempestiva o poco razonable. La constatación de un incumplimiento en el deber de informar podría justificar una terminación del contrato de seguro, basada en esta cláusula contractual. La razón es que las partes deben comunicar circunstancias relevantes que pudieren haber ocurrido en las instalaciones del asegurado o incidentes anteriores a la vigencia del seguro. Evidentemente, será necesario que estas circunstancias puedan tener consecuencias en el patrimonio del asegurado, y

²⁰ GROUDEL, *et al.* (2008) p. 440, N° 770.

²¹ FERNÁNDEZ CARRERA (2014) pp. 171 y ss.

de este modo los contratantes, en atención de las circunstancias, podrán evaluar el razonable ejercicio de sus derechos contractuales, como sería la terminación anticipada del mismo.

Debemos tener también presente que generalmente el derecho a terminar el contrato anticipadamente es discrecional, y distinto al término del contrato que se pudo haber estipulado en la Póliza, que ocurre *ipso facto* en ciertas circunstancias, como lo son habitualmente los casos de alteración del riesgo.

En relación con el deber del asegurado de mantener un comportamiento que se ajuste a la debida diligencia, desde un punto de vista ambiental, consideramos que lo esencial es cumplir con las cargas y obligaciones de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) o un instrumento ambiental equivalente.

Por regla general, una RCA impone cargas y condiciones a su titular, considerando que las instalaciones que contemple el proyecto y su adecuada operación permitirán evitar efectos adversos. En el caso de la responsabilidad civil, deberá existir un comportamiento diligente general ante los riesgos que pueda crear la operación de la empresa asegurada.

Consideramos que el incumplimiento efectivo de una RCA, especialmente en lo que se refiere a normas y condiciones para la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, deberá entenderse como una infracción del asegurado al deber de cuidado y de prevención de siniestros que le impone la ley y el contrato de seguros.

En el caso de que el asegurado, por la naturaleza de la actividad, no requiera de una RCA deberá atenerse a toda regulación administrativa aplicable al caso concreto y, complementariamente, a las normas generales respecto de la debida diligencia.

Desde un punto de vista probatorio, será importante poder establecer cuáles son los órganos de la persona jurídica asegurada que deberán tener conocimiento de esta falta de diligencia. Si bien en la actualidad se acepta ampliamente la capacidad de las personas jurídicas para contraer obligaciones e incurrir en conductas que posiblemente pueden acarrear su responsabilidad, será necesario probar que los hechos que se imputan como negligentes emanan de *“quienes forman partes de sus órganos o actúan como sus representantes”*²².

²² BARROS BOURIE (2006) p. 68. En la página 69 de la misma obra, el profesor Barros cita un fallo de la Excma. Corte Suprema de Justicia (C.S. 16.11.1999, RDJ, t. XCVI, sec. I, 192) que expresa que *si bien es efectivo que de conformidad al artículo 545 del Código Civil las personas jurídicas son ficticias y pueden ser representadas judicial y extrajudicialmente, no es menos efectivo que de acuerdo al artículo 550 del mismo Código las referidas personas tienen voluntad, al igual que las personas naturales, con la sola diferencia de que en aquellas la aptitud volitiva radica en sus órganos o reunión legal. Por consiguiente, es posible entender que pueden contraer directamente las obligaciones a que se refieren los artículos 1437 y 2284 del Código Civil, entre las cuales interesan destacar las que nacen del hecho ilícito, materia respecto de la cual el artículo 2314 de dicho Código se limita a señalar su consecuencia jurídica –la obligación de indemnizar– sin distinguir clases de autores.*

En materia ambiental, consideramos que será un poco menos complejo apreciar la existencia de culpa en el comportamiento de un asegurado, porque ciertamente la existencia de un marco regulatorio, de calificaciones administrativas de un proyecto y, más aún, de normas legales específicas, como ocurre en materias ambientales y sanitarias, influirá para determinar la previsibilidad e irresistibilidad de un evento o siniestro.

En conclusión, el incumplimiento del deber de diligencia que el contrato de seguro impone al asegurado²³, podría significar la inexistencia de cobertura, en el caso que se pueda demostrar una infracción constante al marco regulatorio y legal en el que se desarrolla un proyecto ambiental. Recordemos además que el propio concepto de seguro está muy ligado al principio de fortitudad, cuya falta puede permitir desde un primer momento al Asegurador el negar cobertura a un incidente o siniestro que era previsible dentro de los límites de la Póliza²⁴. Este punto está íntimamente ligado con ciertas características esenciales del contrato de seguro; se trata de un contrato basado en la buena fe según ya vimos y cuyo objetivo principal es amparar eventos imprevisibles y fortuitos. Lo cierto es que sin fortitudad, no es posible siquiera considerar que se cumplen los requisitos mínimos para que opere la cobertura de un contrato de seguro²⁵.

En relación con la agravación del riesgo, lo cierto es que la alteración de los riesgos sin el consentimiento del Asegurador autoriza la rescisión del contrato, si tal alteración agrava o extiende los riesgos y se cumple con los requisitos legales.

El artículo 526 del Código de Comercio trata de manera pormenorizada las distintas situaciones que pueden darse al momento de que un riesgo se agrava. Establece un claro deber de informar por parte del asegurado de cualquier circunstancia que puede agravar el riesgo, luego de la suscripción del contrato, dentro de los cinco días desde que tomó

²³ En general no existe controversia entre los autores en cuanto a que el deber que se impone al asegurado es adoptar las medidas necesarias para evitar o prevenir la materialización de un riesgo. El estándar exigible es actuar con la diligencia y cuidado ordinario a que se refiere el artículo 44 inciso 3º del Código Civil. La Jurisprudencia ha indicado que “*Pesa sobre el asegurado la carga de probar que adoptó las medidas propias de un buen padre de familia para prevenir el siniestro, por cuanto corresponde probar el cumplimiento de las obligaciones al que lo alega, y que ha actuado con la debida diligencia, a quien ha debido emplearla...*”. Raúl Alberto Jofré Canivilo con Compañía de Seguros Generales Cruz del Sur, 17 de julio de 1998, citado CONTRERAS STRAUCH (1999), fallo N° 289.

²⁴ Un hecho no puede ser jurídicamente considerado como fortuito si es que dentro del mismo pueden incorporarse circunstancias, antecedentes o hechos que permitan establecer su previsibilidad. Estas circunstancias, antecedentes o hechos deberán relacionarse con una determinada relación jurídica, con la idoneidad de quienes estén presentes o relacionados con el hecho, con su capacidad de previsión o con el deber de conducta relacionada con la previsión del hecho.

²⁵ El antiguo artículo 550 inciso primero del Código de Comercio establecía que *El asegurador contrae principalmente la obligación de pagar al asegurado la suma asegurado o parte de ella, siempre que el objeto asegurado se pierda total o parcialmente, o sufra algún daño por efecto del caso fortuito que hubiere tomado a su cargo*. El énfasis es nuestro.

conocimiento del hecho, salvo cuando el Asegurador haya podido tomar conocimiento de estas circunstancias por sí mismo, presumiendo además que conoce las agravaciones de riesgo que provienen de hechos ocurridos con su directa participación.

A continuación, el referido artículo faculta al Asegurador, en el caso que el siniestro aún no haya ocurrido, para rescindir el contrato de seguro dentro de un plazo de 30 días, contándolo desde el momento que se tomó conocimiento de la agravación del riesgo. Está facultado también para proponer una modificación a los términos del mismo para adecuar la prima o las condiciones de la cobertura de la Póliza. En caso de rechazo de las modificaciones propuestas por parte del asegurado o, simplemente, en caso de no responder la propuesta dentro del plazo de 10 días, contados desde la fecha de envío de la misma, el Asegurador podrá dar por rescindido el contrato. Esta rescisión no tendrá efectos sino pasados 30 días desde la fecha de envío de la comunicación correspondiente.

En el caso que el siniestro haya efectivamente ocurrido, y el asegurado o contratante en su caso no ha efectuado la declaración de la agravación del riesgo, en los términos señalados en el párrafo anterior, el Asegurador quedará exonerado de su obligación de pagar la indemnización correspondiente a la cobertura del seguro afectada por el agravamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, si la agravación del riesgo hubiera conducido al Asegurador a celebrar el contrato en condiciones más onerosas para el asegurado, la indemnización se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo.

La norma establece, adicionalmente, que estas sanciones no serán aplicadas si el Asegurador, en razón de la naturaleza de los riesgos, hubiera debido conocerlos y los hubiere aceptado expresa o tácitamente. Vemos en lo último una aplicación práctica de la doctrina de los actos propios, *venire contra factum proprium non valet*.

Finalmente, y buscando establecer ciertas reglas de equidad en esta materia, la norma señala que salvo en caso de agravación dolosa de los riesgos (ni siquiera habla de un ocultamiento doloso del agravamiento, sino que el agravamiento tiene que ser intencionadamente malicioso), en todas las situaciones donde, de acuerdo con los incisos anteriores, haya lugar a la terminación del contrato, el asegurador deberá devolver al asegurado la proporción de prima correspondiente al período en que, como consecuencia de ella, quede liberado de los riesgos.

Por regla general, todas las reglas arriba mencionadas no tendrán aplicación en los seguros de personas. La excepción es la modalidad de los seguros de accidentes personales.

En muchos casos, es la propia Póliza que establece que el asegurado se encuentra obligado a dar aviso al Asegurador de cualquier alteración que, con posterioridad a la presentación de la propuesta de la compañía, agrave la extensión o naturaleza de los riesgos. La sanción prevista, en

muchas de estas ocasiones, es derechamente la cesación de la responsabilidad del Asegurador y el término anticipado del contrato de seguros desde la fecha de la alteración. Generalmente las Pólizas caracterizan la alteración como las variaciones, sean o no motivadas por el asegurado, de las circunstancias tenidas en vista para estimar el riesgo, cuando ellos aumenten la posibilidad del daño.

Hay que tener presente que salvo en los Seguros de Grandes Riesgos (como ya hemos explicado) estas regulaciones de la Póliza no podrían primar sobre la normativa imperativa legal.

V. CONCLUSIÓN

Por regla general el contrato de seguro busca amparar y proteger intereses del asegurado en relación con situaciones fortuitas. La Póliza no debiera extender su protección hasta amparar situaciones fácticas imputables a la conducta del asegurado, o que sean previsibles. Si bien es posible que el Asegurador asuma los riesgos derivados de la conducta negligente del asegurado, ello debe estipularse expresamente²⁶. En materias medioambientales y sanitarias, en todo caso, se podría discutir la validez de este tipo de estipulación por ilicitud del objeto.

En el caso de un incumplimiento de una obligación medioambiental que consta en una RCA podría considerarse mucho más simple para el Asegurador negar cobertura, porque será más fácil probar la razonabilidad de su posición. En el caso del incumplimiento de una obligación medioambiental genérica, la carga de la prueba podría ser más pesada. La prueba corresponde al Asegurador, ya que de acuerdo con el inciso primero del artículo 531 del Código de Comercio *El siniestro se presume ocurrido por un evento que hace responsable al asegurador*. Y continúa el inciso segundo: *El asegurador puede acreditar que el siniestro ha sido causado por un hecho que no lo constituye en responsable de sus consecuencias, según el contrato o la ley*.

Sin embargo, en la práctica las situaciones no suelen ser tan evidentes, y, generalmente, será necesario revisar la conducta del asegurado en relación con la debida diligencia que le era exigible de acuerdo con la Ley y con la Póliza. Un cumplimiento inexacto del deber de informar por parte del Asegurado, que podría ocultar un incumplimiento o un riesgo medioambiental, tendrá sin duda consecuencias en la cobertura del seguro.

²⁶ En este punto nos sorprende que el nuevo artículo 535 del Código de Comercio establece que *El asegurador no está obligado a indemnizar el siniestro que se origine por dolo o culpa grave del asegurado o del tomador en su caso, salvo pacto en contrario para los casos de culpa grave*. Se valida, entonces, la posibilidad de que el asegurador pueda cubrir la culpa grave del asegurado, culpa grave que en materia civil equivale al dolo. El artículo en comento nos parece excesivo y entendemos que contraría gravemente el principio de *uberrima bona fides* que debiera informar los fundamentos básicos del Derecho del Seguro.

Será también necesario analizar si las modificaciones del riesgo, en razón de situaciones que pudieran considerarse como incumplimiento a deberes ambientales, significarán un agravamiento del riesgo que tendrá consecuencias en la cobertura, dependiendo de las cláusulas contractuales y de la normativa imperativa del Código.

En conclusión, el incumplimiento de deberes ambientales, en el caso de Pólizas de riesgo de daños físicos y perjuicios por paralización, tendrá siempre una consecuencia en la cobertura del contrato de seguro, sea de una manera directa, en razón de las cláusulas contractuales y de la ley, o de una manera indirecta mediante la normativa que regula la alteración de los riesgos cubiertos por la Póliza.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO ITURRIAGA, Sergio (2013): *La Ley del Seguro* (Santiago, Editorial Legalpublishing).
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CANNONI MANDUJANO, Leslie, OSORIO VARGAS, Cristóbal y RIESCO EYZAGUIRRE, Felipe (2015): “El carácter integrador de la legislación ambiental y la competencia exclusiva y excluyente de la superintendencia del Medio Ambiente para la fiscalización, seguimiento y sanción de los instrumentos de gestión ambiental establecidos en el artículo 2º de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 5.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2014): *Derecho de Seguros, análisis sistemático de la nueva ley chilena sobre el contrato de seguro* (Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters, 2ª Edición).
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2002): *El Contrato de Seguro* (Santiago, Editorial Jurídica la Ley).
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (1999): *Jurisprudencia sobre Seguros* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2013): *La prescripción extintiva, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la primera edición).
- FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro (2013): *Manual de Derecho Ambiental Chileno* (Santiago, Editorial LegalPublishing-Thomson Reuters, 3ª edición).
- FERNÁNDEZ CARRERA, Javier Ignacio (2014): “Incumplimiento del deber de informar en materia de seguros, breve análisis a la vista de su antigua y nueva regulación (Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 26 de octubre de 2012, rol: N° 3903-2012)”, *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, año 16, N° 23.
- GROUTEL, Hubert *et. al.* (2008): *Traité du contrat d´assurance terrestre* (París, Editorial Lexis Nexis-Litec).

- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2009): *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2^a edición).
- PRECHT RORRIS, Alejandra (2009): “Hacia una protección ambiental efectiva: una mirada desde la óptica del cumplimiento”, *Revista de Derecho Ambiental*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N°3.
- REMOND-GOUILLOUD, Martine (2010); “Le préjudice écologique, version française”, *Droit Maritime Français*, N° 719.
- RUIZ TAGLE VIAL, Carlos (2012): “Comentario al proyecto de ley de modificación del Código de Comercio respecto del seguro de vida”, *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, año , N°.
- TOMASELLO HART, Leslie (2014): *Curso de Derecho Marítimo Chileno* (Valparaíso, Editorial Libromar).
- VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice (2006): *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité* (Paris, LGDJ, 3^a edición).

**DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE
LIBRE DE CONTAMINACIÓN O MEDIO AMBIENTE
SANO COMO DERECHO HUMANO ANTE LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE Y COMISIÓN
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

EMILIO ALFONSO GARROTE CAMPILLAY*

*Magíster y Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile
Académico de Derecho Público
Universidad de Atacama, Chile*

RESUMEN: El presente artículo presenta una visión del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación o medio ambiente sano como derecho humano fundamental, sobre la base de la jurisprudencia emanada de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se analizan especialmente aquellos casos que dicen relación con la defensa de territorios y derechos de los pueblos originarios o ancestrales, tanto nacionales como extranjeros, sin pretender en ningún caso agotar la discusión.

Palabras clave: Derecho Humano, Medio Ambiente, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia.

I. INTRODUCCIÓN

Entre Medio Ambiente y Derechos Humanos existen vínculos y relaciones a partir de declaraciones y legislación internacional desde hace ya bastantes décadas. En efecto, a partir de la primera Conferencia Internacional sobre Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo en 1972, ha existido la relación entre Derechos Humanos y Medio Ambiente. En el preámbulo de la Declaración Final los Estados participantes proclamaron que *El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. (...) [l]os dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del*

* Email: emilio.garrote@uda.cl

hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.

En el mismo sentido, la Declaración de Estocolmo señala que *El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar.* Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/94 recordó lo establecido en Estocolmo, determinando que todos los individuos tienen derecho a vivir en un ambiente adecuado para su salud y bienestar. Luego entonces, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación encuentra su fundamento como derecho humano en la Declaración Final de la Primera Conferencia Internacional sobre Ambiente Humano y la Declaración de Estocolmo.

El Derecho poco a poco ha ido comprendiendo al medio ambiente desde una perspectiva humana. Así lo demuestran las numerosas constituciones nacionales y la legislación local que consagran el derecho a un ambiente sano como derecho humano individual y colectivo². A nivel constitucional a partir de 1970 se comienzan a establecer obligaciones estatales para proteger el ambiente o el derecho a una calidad particular del ambiente. Algunas lo hacen como derecho y otras como un deber del Estado. No obstante esta evolución no se ha traducido aún en sistemas y mecanismos efectivos que garanticen los derechos humanos afectados por la degradación del ambiente³.

Así las cosas, “la relación derechos humanos-ambiente presupone, a partir de la realidad, repensar problemáticas político-sociales y asumir una perspectiva integral y amplia sobre las condiciones de vida que enfrentan la mayoría de las sociedades americanas. Implica considerar a la sociedad y el entorno como un sistema interrelacionado, contrario a considerar las partes de manera independiente”⁴.

² En América Latina y el Caribe consagran en sus Constituciones este derecho o hacen una referencia a las obligaciones que tiene el Estado con el cuidado y la protección del ambiente, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela consagran en sus Constituciones este derecho o por lo menos hacen una referencia a las obligaciones que tiene el Estado con el cuidado y la protección del ambiente.

³ PICOLOTTI, Romina; BORDENAVE, Sofía y TAILLANT, Daniel (2008): “Vinculando los Derechos Humanos y Medio Ambiente”, en *Construyendo la estrategia para el Litigio de casos ante el sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, p. 1.

⁴ *Ibíd.*, pp. 3 ss.

II. EL DERECHO HUMANO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

1. ÁMBITO NACIONAL

Frente a la internacionalización de los derechos humanos y de los acuerdos relacionados con el medio ambiente, se sostiene que estos vulnerarían la soberanía nacional. Sin embargo, es la propia Constitución en su artículo 5° inciso 2° la que establece que la soberanía reconoce como límite el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Se trata de un acto realizado voluntariamente por los Estados partes de un Tratado o Acuerdo Internacional, mediante este se reconocen derechos que son anteriores a la Constitución, inherentes al ser humano. Luego, no puede el mismo Estado considerar dicho acto como desmedro de la soberanía.

El constituyente del 80 al momento de consagrar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tuvo en cuenta la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁵; la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶, la Convención Americana de Derechos Humanos⁷ y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949. No obstante fue innovador, porque en ninguno de estos cuerpos legales este derecho era reconocido en forma expresa.

El constituyente consideró que el derecho al medio ambiente era de tal significación y tan inherente a la persona humana, que merecía una consagración expresa y una protección especial de naturaleza constitucional. Así, su consagración aparece como oportuna tanto para limitar la actividad del Estado así también para orientar las políticas públicas en torno a los recursos naturales⁸.

En el Acta Constitucional N° 3, de 1976, se estableció el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y se impuso al Estado el deber correlativo de velar porque este derecho no sea afectado. Esta norma inédita en nuestra historia constitucional pasó a la Constitución del 80 en los mismos términos⁹. Se trata de un derecho

⁵ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

⁶ Documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en esta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la Carta de San Francisco (26 de junio de 1945).

⁷ Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁸ RAMÍREZ SIERRA, José Agustín (2000): "El Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un Derecho Humano y su protección a partir de los tratados Internacionales suscritos por Chile", *Revista de Derecho*, Año 1, N° 2, p. 6.

⁹ Véase entre otros, BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2000): "El Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, p. 9. BERTELSEN REPETTO, Raúl (1998): "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio

humano fundamental, así lo reconoció además uno de los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sergio Diez. Quien al respecto señaló: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es tan digno de protección como el Derecho a la vida y a la salud”¹⁰. Para Soto Kloss el constituyente consagró expresamente el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, reconociéndolo como un derecho fundamental, inherente a la naturaleza humana; y como directa emanación de su derecho a la vida¹¹.

A nivel jurisprudencial la Corte Suprema señaló que “(...) *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho humano con rango constitucional, el que presenta un doble carácter: derecho subjetivo público y derecho colectivo público*”¹². La Corte de Apelaciones de Santiago rechazando un recurso de protección contra el Ministro de Agricultura en que se declaraba por Decreto N° 43 monumento natural a la especie *Araucaria araucana* señaló en su considerando noveno que, “(...) *entre aquellos, derechos o valores superiores que el constituyente ha querido proteger, aún a costa de sacrificar determinados intereses de los individuos, se encuentran, entre otros, los relativos a la conservación del patrimonio ambiental*¹³, *idea que surge del ya citado inciso 2° del artículo 19 N° 24 del texto constitucional y del N° 8 de ese mismo precepto, cuando señala que la ley establece restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*”¹⁴.

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación comprende el concepto de territorio, hábitat y protección de la cultura de los pueblos indígenas, así lo señaló la Corte Suprema en su sentencia de 30 de noviembre de 2009¹⁵. La Corte tuvo especialmente en consideración la vital importancia que tiene para la machi Francisca, su comunidad y el pueblo mapuche la protección del medio ambiente que los rodea, particularmente, el bosque nativo existente en las laderas del cerro Rahue y los

ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile*, Vol. 25, N° 1, pp. 139-174. Una visión distinta a la sostenida por la doctrina nacional, es la del profesor GUILOFF TITIUN (2011): “El Dilema del artículo 19 N° 8 inciso 2°”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18 N° 1, pp. 147-169.

¹⁰ Sesión N° 186, p. 18.

¹¹ SOTO KLOSS, Eduardo (1993): “El Derecho Fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *Revista Gaceta Jurídica*, N° 151, p. 24.

¹² Corte Suprema, 19 de marzo de 1997, Rol N° 2.732-1996

¹³ El 25 de junio de 2016, mediante Ley N° 20.930, se establece el derecho real de conservación medioambiental cuyo objetivo es crear un instrumento que facilite y promueva la participación del sector privado en la conservación ambiental en Chile. Complementando así el rol que realiza el Estado en esta materia conforme a lo dispuesto en el artículo 19, N° 8 de la Constitución Política de la República de 1980, el que le otorga el deber al Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, pudiendo establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos y libertades.

¹⁴ Corte Suprema, 10 de julio de 1990, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 87, 2ª parte, sección 5ª, p. 122.

¹⁵ Corte Suprema, 30 de noviembre de 2009, Rol N° 7287-2009.

menokos ubicados en el predio de la empresa forestal recurrida, en cuyo interior crecen yerbas medicinales mapuches, las que son un insumo básico de la medicina tradicional y cultura Mapuche desde tiempos pretéritos¹⁶.

En su considerando décimo la Corte señaló que *“el Derecho a Vivir en un medio libre de contaminación para la actora se ha visto afectado, puesto que se vulnera la integridad física y psíquica de esa etnia, se agravia en su naturaleza humana y la calidad de vida y en la protección de sus sistemas de salud, puesto que el Menoko es un lugar, espacio cultural, que no debe ser molestado, sino que siempre protegido. Y lo que pide la machi no es que se acabe la explotación forestal ni el uso de las facultades del derecho de propiedad, sino que el dueño de esa tierra se ciña a la ley forestal. Además, no existiendo en la tradición cultural mapuche plantación de especies exóticas que sustituyan al bosque nativo, como sucede hoy, obviamente que se está afectando su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación si la incorporación de plantas exóticas está dentro de las distancias para no realizar tala ni corta de bosques señaladas en las leyes forestales citadas”*¹⁷.

2. ÁMBITO INTERNACIONAL

El derecho a vivir en un ambiente sano como Derecho Humano fue reconocido de manera expresa y con carácter vinculante por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador en 1988. Garantizar el vivir en un medio ambiente libre de contaminación como Derecho Humano “(...) no solo es una manera para conseguir una decisión favorable para la protección ambiental, sino que también ayuda a fortalecer el respeto por los derechos humanos, el imperio del derecho y los valores democráticos de manera más generalizada. Una perspectiva de derechos permite la utilización de procedimientos internacionales de peticiones para conseguir presión internacional cuando los gobiernos carezcan de la voluntad para prevenir o detener contaminación severa que amenace la salud humana o el bienestar. En muchas ocasiones, las personas peticionarias han sido compensadas y los gobiernos han tomado medidas para remediar la violación”¹⁸.

No obstante, en general son escasos los instrumentos internacionales vinculantes que reconozcan al medio ambiente como un Derecho Humano,

¹⁶ FAUNDES, Juan Jorge (2010): “Primera sentencia que aplica el convenio n° 169 de la OIT en Chile. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación comprende el concepto de territorio, hábitat y protección de la cultura de los pueblos indígenas”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, año 1, N° 1, p. 98.

¹⁷ Corte Suprema, 30 de noviembre de 2009, Rol N° 7287-2009.

¹⁸ SHELTON, Dinah (2007): Asociación Interamericana para la Defensa del Medio Ambiente. “Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

de ahí la importancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta lo ha vinculado a derechos como la vida, la salud, o la vida privada y familiar o ha considerado justificado afectar o limitar otros derechos como la propiedad, para la protección y tutela del medio ambiente. Sin embargo, los efectos nocivos sobre el medio ambiente no solo afectan estos derechos. También pueden implicar el desplazamiento territorial de comunidades, la pérdida de fuentes de trabajo, la imposibilidad de abastecerse de agua potable y otros insumos alimentarios, la depreciación de ciertos bienes o, sencillamente, la alteración de los planes de vida de las personas¹⁹.

Por su parte, la Comisión ha vinculado directamente la afectación del derecho a la vida con la contaminación industrial. Así por ejemplo, en su informe acerca de la situación de los derechos humanos en Ecuador de 1996, la Comisión concluyó que actividades como la explotación petrolera en dicho país han expuesto a los habitantes de la región “a los derivados tóxicos (...) en el agua que utilizan para beber y bañarse, en el aire que respiran y en el suelo que cultivan con el fin de obtener alimentos”. La Comisión estableció el vínculo entre los riesgos a la salud y la vida con el artículo 4 de la Convención: El ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos”²⁰.

En este mismo sentido, entre otros, el Juez Cançado Trindade ha observado que el derecho a un medio ambiente sano es un corolario del derecho a la vida, y asimismo ha afirmado la interrelación entre el derecho a la salud y un medio ambiente sano²¹. El Juez Weeramantry de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabcikovo/Nagymaros*, señaló que “*La protección del medio ambiente es también una parte vital de la doctrina de los derechos humanos contemporáneos, ya que es una condición sine qua non para numerosos derechos humanos, tales como el derecho a la salud y el derecho a la vida misma. Apenas es necesario dar más detalles sobre esto, el daño para el medio ambiente puede afectar y socavar todos los Derechos Humanos se habla en la Declaración Universal y otros instrumentos de derechos humanos*”²². Los Informes de los expertos en audiencia ante la Comisión sobre los Efectos de la Degradación Ambiental

¹⁹ Medio Ambiente y Derechos Humanos: Justicia Ambiental y el Caso de Rinconada de Maipú. Disponible en www.derechoshumanos.udp.cl y en www.derechoambiental.udp.cl (Consultado en marzo 2015).

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Sobre Ecuador 1996.

²¹ CÁNCADEO TRINDADE (1992): “The Contribution of International Human Rights Law to Environmental Protection, with Special Reference to Global Environmental Change”, Brown Weiss (Edit.), *Environmental Change and International Law*, p. 281-282.

²² JUDGE WEERAMANTRY (1977): Separate Opinion, *Gabcikovo-Nagymaros Dam*, ICJ. Reports, 111 N° 78 (Traducción no oficial).

en el Ejercicio y Goce de los Derechos Humanos en el Hemisferio, han señalado que la integridad ambiental es condición necesaria para el goce de los derechos humanos protegidos.

Así las cosas, no solo se puede utilizar la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para casos futuros, también se pueden hacer valer en esta u otras instancias nacionales o internacionales los documentos presentados por la Comisión y otros organismos del sistema ante instancias como la Asamblea General de la OEA. Estos documentos si bien reconocen la vinculación entre los derechos humanos y el daño ambiental, no han tenido un gran desarrollo jurisprudencial, debido, por una parte, a la falta de flexibilidad del sistema y, por otra, a la escasa alegación de casos adecuados ante los órganos.

III. NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL NACIONAL E INTERNACIONAL DE CARÁCTER VINCULANTE PARA EL ESTADO CHILENO

El Estado chileno ha adquirido ciertos compromisos internacionales en materia medioambiental, prueba de ello entre otras ha sido la ratificación del Protocolo de Kyoto de 26 de agosto de 2002 con miras a enfrentar los efectos nocivos del calentamiento global sobre los ecosistemas y el bienestar de la población; la ratificación de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático con fecha 22 de diciembre de 1994, Convención sobre Diversidad Biológica, ratificada en 1994, Convención de los Derechos del Niño de 1989; Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, vigente en nuestro país a partir de septiembre de 2009; Protocolo de San Salvador de 1988; Convención Americana de Derechos Humanos de 1978. Chile a enfrentado estos desafíos mediante el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República de 1980, la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente de 1994, la Ley N° 20.417 de 2010 que creó la Superintendencia del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y el Ministerio del Medio Ambiente, y la Ley N° 20.600 de 2012 que establece los Tribunales Ambientales²³.

A pesar de los avances en materia ambiental, subsisten algunos desafíos que el país deberá enfrentar, como la necesidad de fortalecer aún más la institucionalidad ambiental y dotarla de mayores recursos; entregar una

²³ La nueva Institucionalidad en materia ambiental obedece, entre otras razones, a las observaciones contenidas en el informe sobre evaluación ambiental en Chile CEPAL/OCDE, 2005. Dicho informe destaca entre otros temas el desarrollo institucional alcanzado por el país; la reducción de la contaminación del aire y la adopción de planes de descontaminación; el desarrollo de un sistema de evaluación de impacto ambiental; el uso de instrumentos económicos, como el mercado de derechos de aprovechamiento de agua y cuotas de pesca transferibles, y acuerdos voluntarios (producción limpia, por ejemplo); los progresos alcanzados en materia de saneamiento y tratamiento de aguas servidas.

mayor capacidad de fiscalización a los progresos normativos; integrar plenamente los aspectos ambientales en las políticas económicas, sectoriales (transporte, energía) y sociales (educación y salud), para avanzar plenamente en el desarrollo sostenible; y aprovechar más las oportunidades que generan los incentivos económicos para mejorar la gestión ambiental²⁴.

En el 2015 el gobierno de la época reconoció que “[l]a degradación ambiental, y específicamente del sistema climático, afecta con mayor intensidad a los sectores más vulnerables de la población y es, por ello, un factor de profundización de las desigualdades sociales. En consecuencia, es importante adoptar perspectivas que permitan contrarrestar dichos efectos, incluyendo la protección y promoción de todos los derechos humanos potencialmente afectados por este fenómeno”²⁵.

Conforme a la Tercera Encuesta Nacional de Derechos Humanos de 2015²⁶, el Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación ocupa el segundo lugar entre los derechos percibidos como más vulnerados²⁷, ocupando el primer lugar el acceso a la salud.

Así cada vez más el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación ha ido adquiriendo una importancia y relevancia en cuanto Derecho Humano Fundamental, constituyendo una preocupación constante para el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH) que lo ha considerado en la mayoría de sus informes anuales²⁸. En el 2012 al respecto señaló que “Chile es un país que aspira al desarrollo y para ello debe buscar maneras sustentables de lograrlo, cumpliendo con las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos y sin empeñar el bienestar de su población”²⁹.

El Estado debe dar seguridad a su población según lo mandata el constituyente derivado en su artículo 1° inciso 4°, pero esta no solo comprende lo que conocemos como seguridad ciudadana, y que se identifica tradicionalmente con la mantención del orden público; también se deben comprender otras nociones como la seguridad ambiental. Esto es, “El Estado Chileno debe garantizar a la población que no se verá afectada, o al menos no se pondrá en riesgo su supervivencia, por los diversos

²⁴ CEPAL/OCDE (2005): Informe sobre Evaluaciones del Desempeño Ambiental: Chile, Edit. CEPAL.

²⁵ Instituto Nacional de Derechos Humanos (2015): “Derecho a un Medio libre de Contaminación”, en *Territorio y Derechos Humanos*, p. 171.

²⁶ El objetivo general de la encuesta fue medir las concepciones y valoraciones en torno a los Derechos Humanos, así como las experiencias de vulneración de la población mayor de 18 años residentes en Chile.

²⁷ El Instituto Nacional de Derechos Humanos ha desarrollado múltiples misiones de observación, entre estas se destacan “Puchuncaví-Quinteros-La Greda” (2011), “Freirina” (2012), “Central Hidroeléctrica Los Aromos” (2014), “Valle del Choapa” (2015) y “Copiapó-Chañaral” (2015) por su vinculación con el derecho a un medio ambiente libre de contaminación.

²⁸ Véase entre otros, Informe Anual del Instituto Nacional de Derechos Humanos años 2011, 2012, 2014 sobre Situación de los Derechos Humanos en Chile.

²⁹ Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012): Informe Anual. Situación de los Derechos Humanos en Chile, p. 243.

eventos que tienen lugar en el medio ambiente y por los distintos impactos que este soporta”³⁰.

IV. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO ANTE EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHO HUMANO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Si bien no son muchos los casos que se presentan ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en torno al Derecho Humano a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en su gran mayoría estos dicen relación con derechos de comunidades indígenas. Por ejemplo, la Corte, recurriendo al Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes en el caso *AwasTingni* sobre tierras indígenas, señaló que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”³¹. Frente a las actuaciones de particulares, el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos humanos “una obra de un particular (...) puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que no basta con simplemente tener legislación interna, ni tampoco basta que las disposiciones internas estén en conformidad con lo que al Estado le exigen sus obligaciones internacionales, si mediante ellas o a pesar de ellas se violan los derechos o libertades protegidos. La línea jurisprudencial de la Corte y de la Comisión recalca que lo más importante para concluir si un Estado es responsable de violaciones a los derechos de la Convención Americana es saber si la legislación es eficaz.

El deber del Estado de dar seguimiento a su normativa interna es corolario directo de la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos³². Como señalaba el Presidente de la Comisión, “Los abusos generales en contra de los derechos humanos a menudo persisten en los Estados que han incluido reglamentos industriales, laborales y ambientales amplios en su legislación: el problema es la ineficaz puesta en ejecución

³⁰ BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2015): Fundamentos de Derecho Ambiental (Valparaíso, Ediciones Universidad de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2da. edición, p. 13.

³¹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2001, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) *AwasTingni* vs. Nicaragua, párr. 146.

³² ORELLANA, Marcos A. (2007): “Derechos Humanos y Ambiente: Desafíos para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Disponible en: http://www.ciel.org/Publications/Morellana_DDHH_Nov07.pdf, p. 291.

de dichas reglamentaciones”³³. Las palabras del Presidente enfatizan que no basta que exista un derecho codificado si no se implementa y si no se vigila su cumplimiento.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no reconoce el derecho al medio ambiente como derecho humano de manera específica, sino mediante una interpretación integral del artículo 26 que convoca al deber de los Estados Parte de ese tratado de respetar los derechos económicos, sociales y culturales³⁴. En cambio, el Protocolo de la Convención, Protocolo de San Salvador en su artículo 11, se refiere de manera expresa al medio ambiente como Derecho Humano al señalar que “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

El reconocimiento del derecho al medio ambiente o medio ambiente sano va más allá de un simple reconocimiento como derecho humano. En efecto, su reconocimiento tendría un objetivo adicional en el régimen democrático. Así lo reconoce el artículo 15 de la Carta Democrática Interamericana al señalar que “El ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial que los Estados del Hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones”.

V. JURISPRUDENCIA MEDIOAMBIENTAL ANTE LA COMISIÓN Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Las decisiones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de un caso concreto son vinculantes para las partes de este, debiendo el Estado cumplir con las resoluciones determinadas en la decisión. Las sentencias forman parte del cuerpo jurisprudencial del sistema interamericano y los conceptos e interpretaciones ahí desarrolladas se pueden aplicar posteriormente a otros casos en estudio. La Corte puede emitir Opiniones Consultivas cuando los Estados u organismos de la OEA soliciten la interpretación del marco jurídico interamericano. Las opiniones consultivas también son vinculantes tanto para el Estado que

³³ Discurso del Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Alvarado Tirado Mejía, ante el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, de 6 de febrero de 1995, p. 278. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³⁴ “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

las solicita como para los demás Estados miembros y los organismos de la Organización de Estados Americanos³⁵.

Por su parte, la Comisión contribuye eficazmente en la constante evolución e interpretación de los derechos humanos protegidos en los instrumentos jurídicos que sustentan el sistema interamericano. Sus resoluciones y criterios para el estudio de los casos emitidos por esta constituyen guías de interpretación jurisprudencial que también pueden ser utilizados en el litigio de los casos. Además, los informes y recomendaciones que esta prepara se aplican a los casos o países bajo análisis, pero también constituyen importantes elementos para el desarrollo de la jurisprudencia³⁶.

Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no han resuelto casos específicos sobre violaciones al medio ambiente. Sin embargo, sí ha habido planteamientos alternativos donde pueden ubicarse situaciones que involucran, aunque sea tangencialmente, violaciones al derecho a vivir en un medio ambiente sano.

1. JURISPRUDENCIA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

a) Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras. Chile (Caso Ralco)

Este caso versa sobre la inundación de tierras ancestrales de las comunidades indígenas Mapuche-Pehuenche por el embalse de una represa hidroeléctrica. Ante la Comisión, las comunidades indígenas amenazadas con la relocalización forzosa negociaron un acuerdo de solución amistosa con el Estado de Chile, en virtud de este el Estado se compromete a adoptar algunas medidas de perfeccionamiento del orden institucional protector de los derechos indígenas, incluyendo una reforma constitucional y la ratificación del Convenio 169 de la OIT, además de compensaciones por los daños sufridos³⁷.

Acá se puede apreciar claramente la relación entre derechos humanos y medio ambiente. Ello por la estrecha relación de los indígenas con sus tierras, así como del efecto negativo del embalse de la represa para el ecosistema del río Biobío. Para las familias indígenas afectadas por la represa Ralco, el Acuerdo constituye el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la violación de sus derechos, incluyendo denegación de justi-

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-15/97. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 14 de noviembre de 1997, pár. 26. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 51.

³⁶ DOZ COSTA, Fernanda y PUENTES, Astris (2008): "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Guía de Defensa Ambiental: Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (México, Asociación interamericana para la defensa del Medio Ambiente), p. 21.

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 30/04. Petición 4.617. Solución amistosa. Mercedes Julia Huenteao Beroiza y otras vs. Chile. 11 marzo de 2005.

cia. Sin embargo, las familias han presentado informes ante la Comisión señalando que el Estado ha incumplido el Acuerdo³⁸.

b) Caso de pueblos indígenas en Ecuador

En su Informe la Comisión Interamericana desarrolló una doctrina de naturaleza ambiental al señalar que “(...) [e]l respeto a la dignidad inherente de la persona es el principio en el que se basan las protecciones fundamentales del derecho a la vida y a la preservación del bienestar físico. Las condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano. (...) Las leyes nacionales disponen que las partes que soliciten autorización para llevar a cabo proyectos que puedan afectar el medio ambiente deben realizar, como condición previa, evaluaciones de las repercusiones ambientales y suministrar otra información específica (...) los individuos deben tener acceso a un proceso judicial para reivindicar el derecho a la vida, a la integridad física y a vivir en un ambiente seguro. (...) Las normas del sistema interamericano de derechos humanos no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que el mismo tenga lugar en condiciones tales que se respeten y se garanticen los derechos humanos de los individuos afectados. Tal como se señala en la Declaración de Principios de la Cumbre de las Américas, solo podrá sustentarse el progreso social y la prosperidad económica si nuestras poblaciones viven en un medio saludable y se gestionan con cuidado y responsabilidad nuestros ecosistemas y recursos naturales”³⁹.

c) Caso de pueblos indígenas en Colombia

En su informe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que “[d]urante el año 2004 continuó agravándose la situación de violencia que aqueja a los pueblos indígenas en Colombia, los cuales con-

³⁸ Según el Acuerdo de Solución Amistosa se debía: Fortalecer la participación indígena en el Área de Desarrollo Indígena (ADI) del Alto Biobío. Acordar los mecanismos que aseguren la participación de las comunidades indígenas en la administración de la Reserva Forestal Ralco. Medidas tendientes al desarrollo y preservación ambiental del sector del Alto Biobío. Acordar mecanismos para asegurar que las comunidades indígenas sean informadas, escuchadas y consideradas en el seguimiento y control de las obligaciones ambientales del proyecto Central Hidroeléctrica Ralco. Fortalecer el desarrollo económico del sector del Alto Biobío y, en particular, de sus comunidades indígenas, mediante mecanismos que sean aceptables para la parte denunciante. Acordar mecanismos que faciliten y mejoren el aprovechamiento turístico de los embalses del Alto Biobío, en beneficio de las comunidades indígenas. Acordar mecanismos vinculantes para todos los órganos del Estado que aseguren la no instalación de futuros megaproyectos, particularmente hidroeléctricos, en tierras indígenas del Alto Biobío.

³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA. Ser. L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, Capítulo IX.

tinúan siendo víctimas de masacres, ejecuciones selectivas, desapariciones forzadas, desplazamiento forzado de sus territorios ancestrales, reclutamiento forzado, pérdida o contaminación de sus fuentes de alimentación, bloqueos alimentarios, señalamientos y amenazas a su autonomía”. La gravedad de la situación ha llevado al Relator Especial de las Naciones Unidas a indicar que en algunos casos su supervivencia como pueblos se encuentra amenazada. “El entorno natural de los pueblos indígenas está sujeto a enormes presiones derivadas de actividades económicas intensivas tales como la explotación forestal, la extracción petrolera, las diversas operaciones mineras (de extracción de oro, carbón, minerales, salitre y otros recursos), y la construcción de megaproyectos hidroeléctricos como la represa Urrá, o la interconexión vial de los países y las regiones amazónicas”⁴⁰.

d) Caso Comunidad Indígena de Toledo

Este caso se refiere a la violación de derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en relación con el pueblo maya Mopan y Ke’Chi, del Distrito de Toledo, en Belice Septentrional, sobre ciertas tierras y recursos naturales. La principal violación se refiere a la afectación de las tierras tradicionalmente usadas y ocupadas por el pueblo maya, al otorgar el Estado concesiones madereras y petroleras en esos territorios. La Comisión concluye que las concesiones madereras otorgadas por el Estado respecto de las tierras del Distrito de Toledo han causado daños ambientales, y que este daño afectó negativamente algunas tierras total o parcialmente comprendidas por los límites del territorio en el que el pueblo maya tiene un derecho de propiedad comunal.

La Comisión también considera que este daño es en parte resultante del hecho de que el Estado no haya establecido salvaguardias y mecanismos adecuados para supervisar, controlar y garantizar que exista personal suficiente para asegurar que la ejecución de las concesiones madereras no causará mayor daño ambiental a las tierras y comunidades mayas.

Para la Comisión, el hecho que el Estado no haya respetado el derecho comunal del pueblo maya a la propiedad de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente, se ha visto exacerbado por el perjuicio ambiental ocasionado por ciertas concesiones madereras otorgadas en relación con esas tierras, lo que, a su vez, ha afectado negativamente a los miembros de esas comunidades⁴¹.

⁴⁰ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Colombia, de 10 de noviembre de 2004, p. 53 ss.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 96/03 Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice, Caso 12.053.

e) Caso de pueblos indígenas de Perú

Este caso trata sobre la Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros contra el Perú. Estos se han visto afectados por una contaminación ambiental producto de una actividad minera que posee una cancha de residuos tóxicos contigua a la Comunidad. La Comisión adoptó medidas cautelares para la protección de la vida e integridad de los miembros de esa comunidad en atención a la contaminación ambiental que había generado una crisis de salud pública en la comunidad de San Mateo de Huanchor por el riesgo asociado a la exposición a los metales contenidos en los relaves y por la exposición a residuos de plomo y otros minerales, lo que amenaza con daños irreparables en las aptitudes neurológicas y en el desarrollo psicológico de la comunidad⁴².

f) Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Nicaragua

Este caso se refiere a tierras indígenas en Nicaragua. La Comisión en su Informe y Demanda ante la Corte, así también en su Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴³, reconoce la importancia de los estudios de impacto ambiental para prevenir riesgos y adoptar medidas de seguridad, destacando la importancia del consentimiento y participación en decisiones sobre proyectos económicos⁴⁴.

2. JURISPRUDENCIA ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

a) Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile

La Corte en su sentencia destacó la importancia que para la defensa del medio ambiente tiene el acceso a la información relevante acerca de asuntos de interés público. Así, esta sostiene que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que guardaba relación con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal, que por el impacto ambiental que podía tener generó gran discusión pública. El Estado por un lado negó la información de interés público sin el sustento requerido y no se otorgaron mecanismos judiciales de protección efectiva,

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 69/04, Caso Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus Miembros vs. Perú.

⁴³ Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997, en su sesión 1333a. durante su 95° Período Ordinario de Sesiones.

⁴⁴ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2001, Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.

la Corte concluyó que los derechos humanos de los peticionarios habían sido violados, por lo que el Estado debía responder⁴⁵.

La Corte analizó el asunto relacionado con el acceso a la información consagrado en el artículo 13 de la Convención y el derecho a la protección judicial consagrado en el 25. La sentencia ordenó al Estado de Chile a entregar la información solicitada por ciudadanos respecto del proyecto forestal Trillium, la creación de un mecanismo que asegure el derecho de acceso a la información pública (lo que se tradujo en la nueva Ley 20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de los Órganos de la Administración del Estado) y la capacitación a funcionarios estatales para atender las solicitudes de acceso a la información. La resolución de la Corte inscribió un precedente emblemático por ser la primera vez que un tribunal internacional se pronuncia acerca de este derecho⁴⁶.

b) Caso San José de Apartado vs. Colombia

En este caso, personas asociadas al monocultivo de la palma africana en Colombia han desatado violencia en las comunidades locales, las que han sido forzadas a huir de sus casas y territorios. La Corte ordenó medidas de protección en favor de la comunidad, dejando de lado el requisito que los beneficiarios sean “identificados”. Este criterio ha sido aplicado en el caso *Comunidades Jiguamiandó y Curbaradó*⁴⁷, el que evidencia claramente los vínculos entre derechos humanos y ambiente⁴⁸. El criterio jurisprudencial que permite otorgar protección a personas “identificables” también ha jugado un rol importante para comunidades indígenas afectadas por la exploración y explotación de hidrocarburos.

c) Caso Sarayacu vs. Ecuador

En este caso, la Corte ha indicado medidas de protección para el pueblo indígena kichwa de Sarayacu en el Ecuador. Este criterio también

⁴⁵ Los hechos se refieren a la negativa del Estado de brindar a los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, destinado a la deforestación en la XII Región de Chile. La Corte estuvo de acuerdo con la Comisión en que la negativa se dio sin que el Estado argumentara una justificación válida de acuerdo con la legislación chilena, por ello no les aseguró los derechos al acceso a la información. Adicionalmente, al no otorgar un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del derecho al acceso a la información se configuró también la violación al derecho.

⁴⁶ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.

⁴⁷ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2013. Medidas provisionales respecto de la República de Colombia asunto comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó.

⁴⁸ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2005. Caso Comunidad de Paz de San José de Apartadó vs. Colombia.

ha permitido que la Comisión indique medidas cautelares en beneficio de pueblos indígenas en aislamiento voluntario en la Amazonia en Perú, quienes se encuentran amenazados por la exploración de hidrocarburos, así como por la tala ilegal de la caoba. Al efecto la Corte señaló que, “el Estado está en el deber jurídico, conforme el artículo 1.1, de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos”⁴⁹.

La determinación de “lo razonable” en el deber de prevención necesariamente se verifica ante casos concretos, tomando en cuenta la totalidad de las circunstancias del caso. En este sentido, cobran particular importancia las medidas que permitan anticipar impactos ambientales, de salud, o de otro orden, como son los estudios de impacto ambiental, las consultas públicas, y la diseminación de información relativa a actividades peligrosas. Asimismo, cobra relevancia la naturaleza de las actividades económicas en cuestión, y los conocimientos existentes sobre sus riesgos inherentes. También son importantes las medidas de seguridad que condicionan la autorización de actividades peligrosas, así como la fiscalización efectiva de su cumplimiento. Por último, la efectividad de mecanismos sancionatorios conlleva un efecto disuasivo a la infracción de normas, y de tal forma adquiere una función preventiva importante⁵⁰.

En definitiva, si una práctica o actividad impone riesgos previsible y evitables, entonces el Estado tiene la obligación de prevenir la violación de derechos; y la falta de debida diligencia para prevenir la violación atrae la responsabilidad del Estado.

d) Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua

En este caso la Corte señaló, entre otras consideraciones, que “[d]adas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y

⁴⁹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de junio de 2012. Caso Pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

⁵⁰ RODRÍGUEZ, Víctor (2008): “La protección del derecho al ambiente sano en la jurisprudencia del sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, en *Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, AIDA, p. 47 ss.

producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”⁵¹.

e) Caso de La Oroya vs. Perú

El Estado peruano no acató la decisión del Tribunal Constitucional en orden a proteger la salud humana y el medio ambiente de la población de la Oroya, quienes sufrían problemas graves de salud causados probablemente por la contaminación de la metalurgia. En 2006 se presenta demanda ante la Corte, solicitándole evaluar completamente la situación de derechos humanos y obligar al Estado peruano a prevenir que la metalúrgica de Doe Run Perú contamine la ciudad. En 2007, la Comisión ordenó implementar medidas cautelares para prevenir el daño a la salud, integridad y las vidas de las personas de La Oroya. Asimismo ordenó al Estado diagnosticar y proveer tratamiento médico especializado a la población. La reacción del Estado fue lenta, la Comisión se reunió con las partes en 2008 y 2009, reiterando nuevamente la necesidad de implementar las medidas apropiadas.

En agosto de 2009 la Comisión aceptó la petición de la Asociación Interamericana para la Defensa del Medio Ambiente (AIDA) de evaluar el caso en contra del Estado peruano, basados en el hecho de que las enfermedades y muertes presuntamente causadas por la severa contaminación pueden constituir violaciones a los derechos humanos a la vida e integridad personal. Además, el Estado puede haber violado el derecho a la información al manipular y no publicar datos esenciales. La Comisión concluyó también que el Estado peruano demoró injustificadamente el cumplimiento de la decisión del Tribunal Constitucional de Perú de 2006 y que por tanto podría estar violando los derechos de las personas al acceso a la justicia y a soluciones nacionales efectivas⁵².

VI. CONCLUSIONES

1. La relación y vínculos existentes entre el medio ambiente y los derechos humanos no obstante son recientes, se desarrollaron a partir de declaraciones y de legislación internacional hace ya varias décadas, teniendo como antecedentes la primera Conferencia Internacional sobre Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo en 1972 en la Declaración Final de los

⁵¹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2001. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 76/09 petición 1473-06 admisibilidad comunidad de la Oroya Perú 5 de agosto de 2009.

Estados participantes; la Declaración de Estocolmo y la Resolución 45/94 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre otras.

2. El Derecho poco a poco ha ido comprendiendo al medio ambiente desde una perspectiva humana, así lo demuestran las numerosas constituciones nacionales y la legislación local que consagran el derecho a un ambiente sano como derecho humano individual y colectivo. A nivel constitucional a partir de 1970, se comienzan a establecer obligaciones estatales para proteger el ambiente o el derecho a una calidad particular del ambiente.

3. La protección del medio ambiente como Derecho Humano todavía requiere de un mayor desarrollo tanto doctrinal como jurisprudencial, no obstante estar reconocido como tal en instrumentos internacionales. Sin embargo, hay que reconocer que en el último tiempo se puede observar una interpretación evolutiva del mismo en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

4. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse acerca de casos en materia medioambiental relacionan este derecho con otros derechos, como la salud, la vida, la propiedad y el derecho a la información, entre otros, siendo en su mayoría casos que involucran la defensa del territorio y los derechos de los pueblos indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE (2008): “Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Disponible en: <http://www.aida-americas.org/es/gu%C3%ADa-de-defensa-ambiental-construyendo-la-estrategia-para-el-litigio-de-casos-ante-el-sistema-0> (consultado el 15 de mayo de 2016).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2000): “El Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXI.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2015): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universidad de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2da edición).
- BERTELSEN REPETTO, Raúl (1998): “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 25, N° 1.
- CANCADO, Trindade (1992): “The Contribution of International Human Rights Law to Environmental Protection, with Special Reference to Global Environmental Change”, en Brown Weiss (Edit.), *Environmental Change and International Law*.

- CEPAL/OCDE (2005): Informe sobre Evaluaciones del Desempeño Ambiental: Chile, Edit. CEPAL.
- DINAH SHELTON (2002): “On the effects of environmental degradation on the exercise and enjoyment of human rights in the hemisphere”, *Remarks at the hearing before the Inter-American Commission on Human Rights*.
- DOZ COSTA, Fernanda y PUENTES, Astris (2008): “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Guía de Defensa Ambiental: Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (México, Asociación Interamericana para la defensa del Medio Ambiente).
- FAUNDES, Juan Jorge (2010): “Primera sentencia que aplica el convenio n° 169 de la OIT en Chile. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación comprende el concepto de territorio, hábitat y protección de la cultura de los pueblos indígenas”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Año 1, N° 1.
- GUILOFF TITIUN, Matías (2011): “El Dilema del artículo 19 N° 8 inciso 2°”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18, N° 1.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011): Informe Anual. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Disponible en <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2011/12/27555-Informe-Anual-2011-BAJA1.pdf> (consultado el 15 de marzo de 2016).
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012): Informe Anual. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Disponible en <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/12/Inf-Anual-INDH12-WEB.pdf> (consultado el 20 de marzo de 2016).
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2014): “Informe Anual. Situación de los Derechos Humanos en Chile”. Disponible en <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/12/INDH-2014-Final.pdf> (consultado 23 de mayo de 2016).
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2015) “Derecho a un Medio libre de Contaminación”, en *Territorio y Derechos Humanos*. Disponible en <http://indh.cl/wp-content/uploads/2015/12/informe-anual/5-Territorios-y-Derechos-Humanos.pdf> (consultado el 5 de junio de 2016).
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2015): Informe Anual. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Disponible en <http://www.indh.cl/informe-anual-situacion-de-los-derechos-humanos-en-chile-2015> (consultado el 28 de junio de 2016).
- JUDGE, Weeramantry (1977): Separate Opinion, *Gabcikovo-Nagymaros Dam, ICJ. Reports*, 111 N° 78.
- ORELLANA, Marcos A. (2007): “Derechos Humanos y Ambiente: Desafíos para el Sistema Interamericano De Derechos Humanos”. Disponible en: http://www.ciel.org/Publications/Morellana_DDHH_Nov07.pdf (consultado 23 de abril de 2016).
- PICOLOTTI, Romina; BORDENAVE, Sofía y TAILLANT, Daniel (2008): “Vinculando los Derechos Humanos y medio Ambiente”, *Construyendo la estrategia para*

el Litigio de casos ante el sistema Interamericano de Derechos Humanos, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. Disponible en http://www.aida-americas.org/sites/default/files/AIDA_GUIA_2008.pdf (consultado el 27 de marzo de 2016).

RAMÍREZ SIERRA, José Agustín (2000): “El Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un Derecho Humano y su protección a partir de los tratados Internacionales suscritos por Chile”, *Revista de Derecho*, Año 1, N° 2.

RODRÍGUEZ, Víctor (2008): “La protección del derecho al ambiente sano en la jurisprudencia del sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, AIDA. Disponible en http://www.aida-americas.org/sites/default/files/AIDA_GUIA_2008.pdf (consultado el 27 de marzo de 2016).

SOTO KLOSS, Eduardo (1993): “El Derecho Fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *Revista Gaceta Jurídica*, 1993, N° 151.

STAVENHAGEN, Rodolfo (2004): “Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas”, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Colombia, Naciones Unidas. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4353.pdf?view=1> (consultado 18 de marzo de 2016).

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (2010): “Medio Ambiente y Derechos Humanos: Justicia Ambiental y el Caso de Rinconada de Maipú”. Disponible en www.derechoshumanos.udp.cl y en www.derechoambiental.udp.cl (Consultado el 13 de marzo 2015).

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Corte Suprema, 19 de marzo de 1997, Rol N° 2.732-1996.

Corte Suprema, 30 de noviembre de 2009, Rol N° 7287-2009.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2001, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua.

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2005. Caso Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Colombia.

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de junio de 2012. Caso Comunidad kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2013. Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curvaradó, Colombia.

Informes de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 30/04. Petición 4.617. Solución amistosa. Mercedes Julia Huentea Beroiza y otras vs. Chile. 11 marzo de 2005.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA. Ser. L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, Capítulo IX.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informes de 14 de noviembre de 1997.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Sobre Ecuador 1996.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 69/04, Caso Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus Miembros. Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 76/09 petición 1473-06, 5 de agosto de 2009. Admisibilidad Comunidad de la Oroya. Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 96/03, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo c. Belice.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-15/97.

UNA APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE EN EL MARCO DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

RODRIGO GUERRA ESPINOSA

Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes, Chile

Profesor de Derecho Penal

Universidad de los Andes, Chile

RESUMEN: La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el modelo nacional no contempla en su catálogo los delitos contra el medio ambiente. Estos delitos se reconocen como parte esencial de la responsabilidad penal de las empresas tanto en el modelo norteamericano como autónomo. Su reconocimiento resulta imprescindible para la idónea protección del ambiente e intereses conculcados por actividades empresariales que puedan provocar un grave impacto ambiental.

Palabras clave: Disturbio empresarial, modelo autónomo, protección del medio ambiente.

I. INTRODUCCIÓN

Quienes tratan la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile suelen centrarse en los modelos de prevención de delitos en la empresa o problemáticas de imputación. Es por ello que este trabajo pretende incursionar en una posible propuesta de modificación de la Ley N° 20.393. Esta regulación contempla una lista taxativa de delitos que, centrada exclusivamente en el delito de cohecho, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, no responde a las exigencias dogmáticas de un derecho penal moderno.

Este artículo aproximativo tiene por objetivo entregar una reflexión de *lege ferenda* que explique las razones político-criminales de por qué sería necesario ampliar este catálogo de delitos en el marco de los delitos contra el medio ambiente¹. Para lograrlo se enfocará primero en la fun-

¹ Por política criminal entendemos “*aquel saber que tiene por objeto la acción humana con el fin de evitar las consideradas gravemente lesivas para subsistencia de la sociedad.*” Más

ción de los modelos de prevención y, posteriormente, en la relevancia de la protección del medio ambiente. Lo expuesto, sin dejar de considerar la propuesta norteamericana en la materia, que adquiere relevancia en nuestra regulación de las responsabilidades penal de las personas jurídicas, gracias al legislador.

Antes de iniciar este análisis es necesario manifestar la premisa desde la que se construye, porque incidirá en sus conclusiones. Este trabajo se funda en el modelo de culpabilidad constructivista, que admite la posibilidad de concebir en el art. 5 de la Ley 20.393 un modelo autónomo de responsabilidad. Más aún, nos parece que la misma disposición reconoce, directamente, este modelo al indicar que *también podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales*².

Es por lo anterior que este artículo, aproximativo, comenzará por analizar el tratamiento de la problemática en la dogmática, para ver si esta establece una plataforma que permita sustentar la incorporación de los delitos contra el medio ambiente en la Ley 20.393. Al hacer esta tarea, analizaremos, principalmente, la mirada del modelo de responsabilidad autónomo, ya que los restantes solo reconocerían uno heterónimo, centrado en la transferencia de responsabilidad penal de la persona natural a la empresa. Una vez tratado el análisis dogmático enunciado, se hará referencia a la distinción entre el modelo autónomo y heterónimo. Ello para abocarnos, finalmente, en la mirada del primero en lo que concierne a los delitos contra el medio ambiente.

II. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL: MODELOS DE PREVENCIÓN COMPROMETIDOS CON LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

En la actualidad, los programas de prevención son diseñados e implementados según las características de cada empresa en particular. Para lograr dicha finalidad se debe contemplar los requisitos que establece la Ley 20.393 (en adelante Ley), pero asimismo otras normas complementarias relacionadas al lavado de activos, al cohecho, y al financiamiento al terrorismo, según la lista taxativa de delitos que contemplada nuestra

brevemente: su objeto es la *prevención de acciones humanas consideradas delitos*. En tal definición se toman en cuenta por su puesto las decisiones del Legislador”, SÁNCHEZ-OSTIS (2012) p. 25.

² Véase, GUERRA y BALMACEDA (2015) pp. 10-29.

normativa en su art. 1. Lista a la que recientemente se ha incorporado el delito de receptación, contemplado en el art. 456 bis A del Código Penal³.

De conformidad con lo anterior, un modelo de prevención responde al compromiso de la empresa en gestionar de manera adecuada los riesgos que genera, pero también a una herramienta de defensa ante la persecución del Ministerio Público, aunque adoptar un modelo de prevención, conforme al art. 4º de la Ley, no necesariamente exima de responsabilidad a la empresa. Ello, porque es ineludible en la empresa instituir uno que sea idóneo en la aplicación práctica de una política de prevención.

Esta política de prevención debe permitir identificar las funciones de los diferentes integrantes de la empresa. Así las cosas, este protocolo se dirige tanto a los altos mandos (administradores, controladores, ejecutivos principales, etc.) como a las personas ubicadas en la base de la estructura empresarial⁴. Perspectiva que constituye una democratización del riesgo en la empresa.

En este contexto, el objeto de un proceso penal contra una empresa se puede enfocar en la existencia de responsabilidad de las personas naturales que intervinieron en el delito, según el art. 3 de la Ley. Pero también, atendiendo al art. 5, en el caso de no identificar a los particulares responsables, únicamente en los defectos de organización de la misma.

Por tanto, el incorporar los delitos del medio ambiente, en el catálogo de delitos que contempla la Ley, solo tendría por efecto reforzar el compromiso de las empresas con la protección del medio ambiente. Interés jurídico trascendental que comprende a la colectividad en su conjunto. A continuación analizaremos la importancia del mismo para una convivencia pacífica en sociedad⁵.

III. IMPORTANCIA DE VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

Si bien el Derecho fundamental del art. 19 N° 8 de la Constitución pretende resguardar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no imprime toda la potencia que se requiere para permitir una efectiva defensa del mismo. Esto trae consecuencias y dificultades al momento de plantear en el sistema jurídico chileno una propuesta de

³ En este sentido, la Ley 20.931, publicada el 5 de junio de 2016, no solo se incorpora el delito de receptación en el art. 3 de la Ley 20.393. Esta también establece que respecto de la receptación le serán aplicables a las personas jurídicas las penas previstas para los simples delitos en la Ley 20.393. Por su parte, en caso de reincidencia, configurada en los términos del artículo 7º de la misma Ley, se podrá imponer, además, la pena de disolución de la persona jurídica, regulada en el artículo 9º de este último cuerpo jurídico, véase <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1092269>.

⁴ *Cfr.* BALMACEDA y GUERRA (2015) pp. 6-7.

⁵ Respecto de la necesidad de resguardar en el derecho penal aquellos valores esenciales que permitan una convivencia humana pacífica, véase CURY (2005) p. 37 y p. 39.

modificación que, en lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incorpore los delitos medioambientales.

La Constitución chilena somete la protección del medio ambiente a una enérgica restricción. Ello con el objeto de obtener una protección de los derechos económicos contenidos en la Constitución. Pues bien, hace uso de la reserva material que exige al legislador cumplir con el requerimiento de especificidad. Esto al momento de dictar una regulación que pretenda proteger el medio ambiente⁶.

Con todo, en la actualidad existe una inquietud global por el peligro que, para la integridad física de las personas o futuras generaciones, puede generar la actividad empresarial. Es decir, el impacto ambiental que el desarrollo industrial puede tener en el ecosistema. Esta inquietud fomenta la necesidad de plantear una regulación adecuada en materia penal medioambiental.

La preocupación surge no solo de la contaminación del aire, de los ríos y mares, sino también de la conciencia social por el tratamiento de residuos plásticos, entre otros, que contienen sustancias nocivas para el medio ambiente. La acumulación desmedida de estos desechos importa una gravedad significativa para el medio ambiente y la salud de los ciudadanos⁷.

A estos atentados contra el medio ambiente se pueden incorporar los peligros generados por actividades empresariales propias del almacenamiento de residuos tóxicos, el tratamiento químico y biológico de los productos agropecuarios u otros sectores productivos⁸. Actividades que sin un control adecuado “pueden afectar directa e indirectamente la vida y la salud de las personas y de la flora y fauna nacionales”⁹.

Si bien en el derecho penal ambiental nacional no se presenta una regulación y análisis dogmático acabado en la materia, en el modelo norteamericano nos encontramos con un panorama amplio de protección en diversas leyes. Sin embargo, este último modelo no se limita a esto, porque presenta una tendencia a la expansión, con el propósito de fortalecer la protección penal del medio ambiente. Así, el modelo norteamericano no solo aumenta las penas sino también crea figuras de delito peligroso e incluso erradica elementos subjetivos de algunos tipos

⁶ En extenso acerca de este el punto, véase GUILOFF (2011), *passim*.

⁷ Recientemente, podemos observar la publicación el 01/06/2016 de la Ley 20.920 relativa al *establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje*. Ley que tiene por objeto, como esta mismo lo indica en su art. 1, en *disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización, a través de la instauración de la responsabilidad extendida del productor y otros instrumentos de gestión de residuos, con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente*.

⁸ Así pues, en una sociedad del riesgo se tiene por preocupación fundamental en resguardar la vigencia de la norma más que en castigar comportamientos individuales o concretos, *Cfr.* MENDOZA (2001) p. 69.

⁹ MATUS, *et. al.* (2003).

penales. Modificaciones que persiguen fortalecer la responsabilidad penal ambiental en este modelo¹⁰.

En el sistema jurídico chileno una tendencia similar, creadora de delitos de peligro abstracto y reguladora del transporte y almacenamiento de residuos tóxicos, se puede observar en la reciente Ley 20.920. En esta en el art. 44, relativo a la *responsabilidad penal por tráfico de residuos peligrosos*, se establece que *el que exporte, importe o maneje residuos peligrosos, prohibidos o sin contar con las autorizaciones para ello será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio. Si además la actividad ha generado algún tipo de impacto ambiental se aplicará la pena aumentada en un grado.*

Ahora bien, uno de los aspectos más importantes del sistema de protección penal norteamericano, respecto del jurídico penal chileno, es “la abierta admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”¹¹. Sistema de responsabilidad de las personas jurídicas que, ciertamente, en conjunto con otros modelos, incide en la creación de la Ley 20.393¹². Sin embargo, nuestro modelo no sigue al norteamericano en esta materia.

A continuación presentaremos sucintamente, según la introducción de este trabajo, los diferentes modelos de imputación de responsabilidad penal empresarial en la legislación nacional. El primer modelo centrado en las actuaciones de las personas naturales, denominado heterónimo. El segundo enfocado exclusivamente en los defectos de organización de la empresa, conocido como modelo autónomo. Tratamiento que tiene por propósito centrarnos, posteriormente, en la mirada de este último en lo que respecta a los delitos contra el medio ambiente.

IV. DUALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

1. MODELO HETERÓNOMO

El modelo heterónimo requiere, para imputar responsabilidad penal a una persona jurídica, establecer que una persona natural ha cometido el ilícito en beneficio de la empresa. En esta línea, si se comete un delito de lavado de activos, financiamiento del terrorismo o cohecho en beneficio de la organización empresarial, es ineludible acreditar la participación de la persona natural que ha ejecutado el delito.

¹⁰ Véase SCHROEDER, C. (1993), *passim*.

¹¹ MATUS, *et. al.* (2003).

¹² El sistema chileno de responsabilidad penal de las personas jurídicas asienta sus bases en el norteamericano e italiano. El modelo se presenta, ante el reto de imputar responsabilidad a una persona jurídica, considerativo de la división de tareas al interior de una organización, pero también del impacto delictual en el colectivo y la dificultad inherente en su persecución al interior de una empresa, véase los comentarios de Fernando Londoño en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2009) p. 423.

Así, la empresa únicamente responde si el delito ha sido cometido por una persona natural que es parte de su estructura organizativa y el mismo ha sido cometido en interés de la organización. Lo anterior, como consecuencia de la inobservancia de los deberes de vigilancia, dirección y supervisión.

La base de este modelo se enfoca en que las personas jurídicas tienen la obligación de controlar su organización, esto es, que sus integrantes ajusten su comportamiento a los márgenes de un riesgo permitido en la empresa. La Ley se identifica, siguiendo a Hernández, por constituir “un modelo atenuado de responsabilidad derivada, que además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que esta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece o, en todo caso, no impide ni dificulta la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por defecto de organización, en consideración de los requisitos del artículo 3º de la ley”¹³.

Los defectos en la prevención de delitos en la empresa se procuran detener por medio de los modelos de prevención. Estos modelos tienen por objetivo controlar la ejecución de delitos en la esfera de la organización empresarial¹⁴. Por ello, para imputar responsabilidad a la empresa es necesario que la ejecución del ilícito se dé por la acción de una persona natural y la infracción por los deberes de dirección y supervisión en la empresa. No obstante, la empresa puede resguardarse de la infracción adoptando un modelo de prevención de delitos¹⁵.

El deber de supervisión se destina a un círculo de sujetos, comprendidos en el art. 3º de la Ley, relacionados a la dirección de la empresa. Así, determinar la infracción de estos deberes de supervisión y control, en los miembros de la alta dirección, será uno de los problemas fundamentales a enfrentar en la práctica. Evitar el incumplimiento de estos deberes de vigilancia y supervisión requiere, como hemos indicado, de una política de prevención que manifieste una cultura de fidelidad al Derecho.

Por otra parte, respecto de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, Hernández indica que “la ley chilena no conoce nada que merezca llamarse ‘responsabilidad autónoma’ de las personas jurídicas. Más bien, al contrario, es factible preguntarse si esta subordinación tan marcada a la condena del sujeto individual, desconocida en los modelos de referencia e inconveniente desde el punto de vista político-criminal, puede considerarse satisfactoria desde la perspectiva del cumplimiento de los compromisos internacionales de Chile, más si se tiene en cuenta la preocupación especial al respecto por parte de los entes de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE”¹⁶.

¹³ HERNÁNDEZ (2010) p. 217.

¹⁴ *Cfr.* ZUGALDÍA (2013) p. 91.

¹⁵ *Cfr.* HERNÁNDEZ (2010) p. 218.

¹⁶ HERNÁNDEZ (2010) pp. 224-225.

En suma, el modelo heterónomo de responsabilidad estima imprescindible relacionar la acción de una persona natural a la empresa. Sin embargo, esta relación no es el único elemento necesario para decretar dicha responsabilidad. El modelo requiere que el comportamiento sea realizado en interés de la persona jurídica como consecuencia de un defecto de organización¹⁷. Ello debido a la infracción de los deberes de vigilancia, supervisión y control instituidos en el art. 3º de la Ley.

En este orden de ideas, el modelo chileno tiene una ordenación práctica que pretende definir los problemas de la responsabilidad empresarial desde una perspectiva preventiva¹⁸. La Ley es una contribución a la autorresponsabilidad empresarial. Esto es, un estímulo a la creación de modelos preventivos que sean capaces, desde la mirada de un buen ciudadano corporativo, de evitar una resistencia tardía ante hechos delictivos¹⁹.

También se ha indicado que el modelo chileno es mixto²⁰, pues admitiría tanto un modelo autónomo como heterónomo. Posición que daría paso a un camino intermedio entre ambos²¹. Sin embargo, Hernández señala que cuando se habla de modelos mixtos “no es más que una variante más o menos morigerada de las consagraciones históricas emblemáticas de modelos de responsabilidad derivada”²².

En esta línea, Bofill, en atención a los arts. 3º y 5º de la Ley, señala que “el primero establecía un sistema de responsabilidad heterónoma, es decir, se atribuía responsabilidad a la persona jurídica por un hecho ajeno, no por el hecho propio y, el segundo, consagraba un sistema de responsabilidad autónoma”²³.

Bofill hizo énfasis, en lo relativo al art. 5º, en que “de no haber sido posible establecer la participación del o de los responsables individuales, no sería compatible con el sistema del artículo 3º, porque si no estuviera identificada la persona natural responsable del hecho, tampoco sería posible determinar si se trató de un hecho voluntario o involuntario, doloso o no, por lo que atribuir responsabilidad a la empresa en tal caso, constituiría un mecanismo de responsabilidad objetiva”²⁴.

Por último, no podemos desconocer que, ante las dudas del alcance de la responsabilidad autónoma en la Ley, “los representantes del Ejecutivo precisaron que la regla general en materia de responsabilidad de la persona jurídica se encontraba en el artículo 3º”²⁵. Por tanto, para

¹⁷ *Cfr.* GÓMEZ-JARA (2010a) pp. 490; *Cfr.* BALMaceda y GUERRA (2015) p. 19.

¹⁸ Véase los comentarios de Fernando Londoño en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2009) p. 37.

¹⁹ *Cfr.* GÓMEZ-JARA (2010b) p. 457.

²⁰ Véase la posición de Jean Pierre Matus en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2009) p. 47.

²¹ *Cfr.* MATUS (2009) p. 65.

²² HERNÁNDEZ (2010) p. 217.

²³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009) p. 50.

²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009) p. 52.

²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009) p. 69.

establecer una responsabilidad en la persona jurídica se requería que la comisión del delito, ejecutado en interés o provecho de la misma, fuera imputable a alguna de las personas establecidas en el artículo 3°. Además, el delito cometido debía ser resultado del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la empresa, no obstante admitir de forma excepcional la responsabilidad autónoma²⁶.

2. MODELO AUTÓNOMO

El modelo autónomo estima que la empresa es un agente capacitado para responder en el ámbito penal. La responsabilidad no puede establecerse por el hecho ajeno, esto es, por la acción delictual de una persona natural que es parte de la misma. La posibilidad de transferir responsabilidad a la empresa instituiría una responsabilidad objetiva.

La posibilidad de admitir un modelo de responsabilidad autónomo se desglosa del inciso final del art. 5° de la Ley. Esta disposición permite la introducción de un modelo de imputación que difiere del basado en la transferencia de responsabilidad, es decir, el modelo heterónimo.

Si bien coexisten variantes del modelo autónomo, consideramos que es necesario seguir la del modelo de *culpabilidad constructivista*, porque responde a un Derecho Penal moderno que recoge la tendencia actual en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ciertamente, nos parece que este se aproxima, adecuadamente, a la identidad normativa que, en una línea teológico-objetiva, presenta el art. 5 de la Ley.

En esta línea, el modelo autónomo, consagrado en el inciso final del art. 5°, establece que subsistirá la responsabilidad, *incluso si no es posible determinar el o los responsables individuales que cometieron el ilícito en su favor*. Sin embargo, Hernández señala que los casos del art. 5° solo son autónomos “desde un punto de vista procesal, porque materialmente no hay ninguna hipótesis de responsabilidad de la entidad sin persona natural responsable”²⁷.

Asimismo, Hernández considera que el art. 5° no altera el modelo atenuado de responsabilidad derivada del art. 3°. El inciso final de la disposición en cuestión está establecido de tal manera que restringiría “significativa e innecesariamente esa posibilidad, reforzando aún más el carácter derivado y dependiente de la responsabilidad del ente”²⁸. Según Hernández, la disposición en comento exigiría, de todas maneras, la comisión del delito por una persona natural que sea parte de la organización empresarial para imputar responsabilidad penal a la empresa.

No compartimos esta última posición porque nos parece difícil apreciar, en el inciso final del art. 5°, solo una circunstancia procesal. La disposición

²⁶ Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009) p. 69.

²⁷ HERNÁNDEZ (2010) p. 221.

²⁸ HERNÁNDEZ (2010) p. 222.

establece una propuesta material de responsabilidad autónoma. De este modo, si observamos la disposición esta indica que *también podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1º y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3º, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de las funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3º* (énfasis añadido).

El término *también* del inciso final del art. 5º destaca una excepción respecto de las hipótesis enunciadas en el numeral primero y segundo de la disposición en comento²⁹. Refuerza este argumento el que la misma disposición señale que *concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3º, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales*.

Estos requisitos serían, según nuestra perspectiva, los siguientes:

“a) Que se cuente con antecedentes calificados que acrediten la existencia del hecho delictivo de los contemplados en el artículo 1º de la ley; b) Que el hecho delictivo sea cometido en interés o beneficio directo de la persona jurídica, es decir, “dentro de sus fines”; y, c) Que la comisión del ilícito sea producto del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica, o sea, a partir de un defecto de organización”³⁰.

El inciso final del art. 5º no considera necesario, específicamente, determinar el o los responsables de la comisión del ilícito, en favor de la persona jurídica, para imputar responsabilidad penal. Nos parece que al utilizar en la disposición la expresión *los demás* deja fuera el requisito de identificar a la persona natural que cometió el delito. Última exigencia contenida en el art. 3º de la Ley.

Por ello, la disposición final del art. 5º se centra en una responsabilidad por defecto de organización, que da lugar a un delito en beneficio de la empresa. También, desde una mirada procesal, el art. 22 de la Ley faculta al Ministerio Público a solicitar la formalización de la investigación, en contra de la persona jurídica, cuando lo estime oportuno, debiendo requerir al juez de garantía la citación de su representante legal.

Así, es *requisito previo para proceder de esta forma, al menos, que se haya solicitado una audiencia de formalización de la investigación o presentado un requerimiento de acuerdo con las reglas del procedimiento simplificado, respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica según lo disponen los incisos*

²⁹ En detalle respecto de este punto, véase BALMACEDA y GUERRA (2015) p. 14.

³⁰ Requisitos citados en BALMACEDA y GUERRA (2015) p. 14.

primero y segundo del artículo 3º, salvo en los casos establecidos en el artículo 5º (énfasis añadido).

En conformidad con lo anterior, se podría formalizar al representante legal de la empresa, considerando lo dispuesto en el art. 22, sin solicitar una audiencia de formalización o presentar un requerimiento de procedimiento simplificado, vinculado con la persona natural que involucra a la organización, en el caso del inciso final del art. 5º.

Destacamos que Medina haya indicado, en la historia de la Ley, “ser partidario de la solución que daba el artículo 5º, es decir, consagrar la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, por cuanto la única forma de enfrentar la llamada ‘irresponsabilidad organizada de las empresas’ sería por medio de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, porque [...] resultaba imposible identificar a los responsables individuales al interior de ellas”³¹.

Por su parte, Szczaranski, en el primer trámite constitucional del proyecto de la Ley 20.393, ante la Cámara de Diputados, manifestó que a las personas jurídicas puede atribuírseles una “voluntad propia”³². Sin embargo, diversas sociedades no tienen el nivel de complejidad necesario para identificar en las mismas una voluntad y responsabilidad penal. Así, las pequeñas empresas, sociedades pantalla o con fines únicamente delictuales no podrían ser comprendidas dentro del marco del proyecto, según Szczaranski.

Sin embargo, consideramos que las empresas no tienen voluntad propia, sino una libertad de autodeterminación que permite atribuirles responsabilidad penal por sus defectos de organización, según los parámetros conceptuales del modelo de culpabilidad constructivista³³. La acción de la persona jurídica requiere de un concepto de culpabilidad propio para atribuirle responsabilidad penal, porque la libertad que tienen las personas jurídicas “no se entiende como una libertad de voluntad, libertad de decisión en un momento concreto, sino libertad de (auto) organización, libertad de autoadministrarse”³⁴.

Ahora bien, para definir una responsabilidad autónoma, considerando la disposición del inciso final del art. 5º, es ineludible comprender qué elementos del injusto empresarial se vinculan con una organización empresarial y cómo la culpabilidad de la misma se relaciona con una cultura de fidelidad al Derecho.

Pues bien, como manifiesta Carlos Gómez Jara, “el injusto empresarial estaría vinculado con la organización de la empresa; la culpabilidad empresarial estaría referida a la cultura de la empresa. De esta manera,

³¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009) p. 54.

³² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009) p. 33. Respecto de este punto en la dogmática, véase GÓMEZ-JARA (2010a) p. 133.

³³ Véase GÓMEZ-JARA (2005) pp. 248 y ss.

³⁴ GÓMEZ-JARA (2014) pp. 179-181.

la imputación objetiva y subjetiva tomaría como marco de referencia la configuración que la empresa ha realizado de su ámbito de organización; la imputación personal tendría en cuenta la existencia o inexistencia de una cultura empresarial fiel al Derecho”³⁵.

En este orden de ideas, la imputación objetiva se establece en vinculación a la existencia o inexistencia de un modelo de prevención de delitos. En cambio, la imputación subjetiva se afinca en atención al conocimiento concreto del riesgo empresarial que involucra la actividad empresarial. Por último, la imputación personal se centra en la fidelidad a una cultura empresarial acorde al Derecho³⁶.

La responsabilidad autónoma permite sancionar penalmente a las personas jurídicas, aun cuando no sea posible establecer cuáles fueron las personas naturales responsables de la ejecución del ilícito³⁷. La Ley constituye una renovación cultural en Chile, que permite la aplicación del modelo de culpabilidad constructivista, porque el modelo del art. 5 admite que subsista la responsabilidad en la organización, aunque no sea posible identificar el sujeto responsable que, mencionado en el círculo amplio del art. 3, haya cometido el delito en favor de la empresa³⁸.

El hecho de la propia persona jurídica debe vincularse con un defecto de organización. Posición que no resulta fácil de comprender en el Derecho penal nacional que se ha centrado en una teoría del delito de la persona natural³⁹. Por ello, los académicos y la jurisprudencia se encuentran ante dos alternativas: infringir los principios del Derecho Penal individual o adaptar la teoría del delito a las particularidades de la empresa⁴⁰.

De ahí que si aceptamos el influjo del modelo norteamericano en Chile, no debe ser excepcional que las empresas sean consideradas, desde una perspectiva funcionalista, equivalentes a las personas naturales⁴¹. Así, Walt y Laufer rechazan la alternativa de relacionar la responsabilidad criminal empresarial a la persona natural o buscar adaptarlo a sus características⁴². De este modo, uno de los factores más relevantes, en el momento de atribuir responsabilidad, se manifiesta en el modelo preventivo que adopte la empresa. El modelo es un punto clave, porque permite acreditar la implementación de una cultura empresarial, propia del ejercicio de los deberes de dirección, control y supervisión.

³⁵ GÓMEZ-JARA (2010a) pp. 58 y ss.

³⁶ *Cfr.* GÓMEZ-JARA (2014) p. 181.

³⁷ Crítico respecto de la posibilidad de consagración de un modelo de responsabilidad de estas características Juan Carlos Dórr Zegers, véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009) p. 45.

³⁸ Respecto de este punto interesante son las aportaciones del diputado Harboe, véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009) pp. 60 y 69.

³⁹ *Cfr.* GÓMEZ-JARA (2014) p. 179; *Cfr.* GÓMEZ-JARA (2010a) p. 491.

⁴⁰ GÓMEZ-JARA (2010a) p. 491.

⁴¹ *Cfr.* WALT y LAUFER (1991) p. 263.

⁴² *Cfr.* WALT y LAUFER (1991) p. 264.

Aspecto cultural relacionado con el concepto de culpabilidad empresarial, como hemos indicado en este apartado. Aquellos que no adhieren a esta interpretación, deberán, de todos modos, considerar que *los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos*, según el art. 4º de la Ley.

En consecuencia, para demostrar la operatividad de un modelo de prevención se deberá contar no solo con su certificación, sino también con medidas de prevención que puedan operar en la empresa. Esto con miras a la exclusión de responsabilidad. De esta forma, la empresa no es responsable de la actuación delictiva de sus integrantes de ejercer, adecuadamente, su posición de garante de vigilancia⁴³.

Por último, en el sistema de responsabilidad penal empresarial chileno no es posible transferir las circunstancias modificatorias de responsabilidad de la persona física a la persona jurídica. De ahí que se siga por consecuencia que la culpabilidad empresarial es independiente de la persona natural. Así pues, resultaría incoherente sostener que la culpabilidad de la persona física se transfiera a la empresa⁴⁴.

V. DISTURBIO EMPRESARIAL EN EL MODELO AUTÓNOMO

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se relaciona a la responsabilidad por el producto, el transporte y los delitos medioambientales⁴⁵. Estos últimos son, especialmente, relevantes en lo que concierne a la seguridad jurídica de todos los ciudadanos, por el impacto a gran escala que pueden generar un grave daño ambiental en la sociedad.

En este contexto, en el modelo autónomo de Heine propone una culpabilidad por la conducción de la empresa⁴⁶. Este reconoce la necesidad de establecer un sistema de imputación diferente del Derecho penal individual. Así, su modelo considera que la punibilidad en la empresa se presenta cuando desatiende los riesgos típicos que genera. Riesgos que se podrían evitar de adoptar mecanismos de supervisión, control y vigilancia.

Si la empresa omite establecer medidas de control, con el objeto de evitar peligros para el medio ambiente o mantener altos estándares de seguridad en estas funciones, genera un disturbio empresarial (*betriebllicher Störfall*)⁴⁷. Este último, con independencia de los casos de homicidio

⁴³ Cfr. GÓMEZ-JARA (2005) p. 254 y p. 273.

⁴⁴ Cfr. GÓMEZ-JARA (2010a) p. 494.

⁴⁵ Cfr. BACIGALUPO (1998) pp. 27-28.

⁴⁶ Cfr. HEINE (1995) pp. 288 y ss.

⁴⁷ Cfr. HEINE (1995) p. 316.

o lesiones e incluso incendios y explosiones que se pueden cometer en la empresa.

Los graves daños ambientales responden a la noción de disturbio empresarial. Semejante concepto está abierto a sancionar los devastadores efectos en la sociedad que pueda provocar, durante el transcurso de varios años, una empresa que no sea responsable de los riesgos que genera en su actividad. En estos casos, las propuestas vienen en auxilio del entendimiento que no todo recae en la acción de una persona natural.

Si la concepción de disturbio empresarial aspira a tener vigencia es porque responde a los parámetros del modelo autónomo, preocupado por evitar graves daños al medio ambiente mediante una cultura empresarial fiel al Derecho. Se acepta la posibilidad de acceder a estos postulados por medio del análisis dogmático; y se parte de esta noción de disturbio para ilustrar una adecuación entre la responsabilidad penal empresarial y la importancia del reconocimiento de la protección del medio ambiente.

Esta premisa epistemológica desde la que partimos –modelo autónomo como adecuación del disturbio empresarial– requiere de precisión. Por una parte, presupone aceptar que la comprensión de la importancia de vivir en un medio ambiente libre de contaminación posee una verdad, sobre la cual es posible construir un interés que por sí mismo incide la responsabilidad penal empresarial.

Si bien el Derecho penal no puede pretender realizar una explicación “de la realidad”⁴⁸, su aplicación práctica debe atender a una propuesta plausible, que aspire a justificar una regulación de la conducta en estos delitos. Dicha propuesta estimamos que se puede alcanzar de entregar “razones suficientes de un enunciado para hacerlo susceptible de aceptación y aplicación”⁴⁹.

Así las cosas, nos parece que el modelo chileno utiliza el término *participación* para dar espacio a la responsabilidad autónoma. Formulación normativa que permite la incorporación de la noción de disturbio empresarial. El término no es trivial, porque la disposición indica, expresamente, que se podrá perseguir la responsabilidad criminal aunque *no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales*.

Con la disposición en comento alude a la teoría de la autoría y participación, la que únicamente es, conceptualmente, admisible tratándose de *personas naturales*. Por ello, nos parece que el art. 5 enuncia una hipótesis en la que si bien se tienen antecedentes de la comisión del ilícito, en beneficio de la empresa, no es posible determinar quiénes intervinieron, efectivamente, dividiéndose “entre sí la tarea de realizar el hecho típico”⁵⁰.

⁴⁸ SÁNCHEZ-OSTIS, Pablo (2012) p. 27.

⁴⁹ SÁNCHEZ-OSTIS, Pablo (2012) p. 27.

⁵⁰ CURY (1972) pp. 255 y ss.

También nos parece que el modelo del inc. final del art. 5 presenta similitud con el suizo, el italiano e incluso el australiano⁵¹. Ello, desligándose íntegramente de la persona física o un colectivo responsable del delito. Así, el italiano, en su Decreto-Ley 8, de junio del 2001, establece, en su art. 8° –en alusión a la responsabilidad autónoma–, que *la responsabilidad del ente subsiste aun cuando: a) El autor de la infracción penal no ha sido identificado o no es imputable.*

Por su parte, el Código Penal suizo del 2003 indica, en su art. 100, quáter 1, que *cuando en el desarrollo de los asuntos empresariales se cometa en una empresa un delito o una falta en el marco del fin de la empresa, y este hecho no pueda ser imputado a ninguna persona física concreta debido a la deficitaria organización de la misma, entonces se imputará el delito o la falta a la propia empresa.*

Asimismo, el modelo suizo establece, en el art. 100, quáter 2, que *cuando se trate de un delito contemplado en los artículos [...], la empresa será castigada, con independencia de la punibilidad de las personas físicas, si se le debiera reprochar que no haya adoptado todas las precauciones organizacionales necesarias y exigibles para evitar este tipo de delito.*

Es así que las disposiciones expuestas del modelo suizo e italiano nos parece que sintetizan la correlación que existe en el modelo chileno entre el art. 3° y 5° de la Ley. De este modo, cuando el art. 5° hace referencia, en su inciso final, a los elementos del art. 3°, se centra en que el hecho ilícito sea en favor de la empresa, esto es, dentro de los objetivos de su actividad empresarial como resultado de un defecto de organización.

Respecto del Código Penal Federal de Australia de 1995 podemos indicar que, en la sección. 12.1, relativa a los principios generales, en el numeral 1°, *este código se aplica a las entidades corporativas de la misma manera en que se aplica a los individuos [...] por el hecho de que la responsabilidad penal se está imponiendo en entidades empresariales y no en individuos*; además, en la sección 12.3, referente al tipo subjetivo, en el numeral 1°, estipula el método para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas.

Si bien esta última disposición del modelo australiano acoge abiertamente el modelo autónomo, consideramos que no es necesaria dicha declaración en el chileno, porque existirían similitudes con el modelo italiano y suizo que permitirían establecer la existencia de un modelo de estas características.

Por último, aparte de la antedicha declaración, rescatamos que el modelo australiano establezca una metodología para determinar la existencia de indicios que acrediten la comisión de un delito en el *ámbito de funciones y atribuciones propias* de la empresa. Sin embargo, consideramos que la

⁵¹ Respecto de un análisis pormenorizado y traducción precisa al español de estos modelos, véase GÓMEZ-JARA (2010a) pp. 465 y ss.

jurisprudencia chilena puede determinar este método mediante la solución de casos concretos.

VI. CONCLUSIONES

La incorporación de los delitos contra el medio ambiente, en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, surge de la necesidad de proteger un interés jurídico fundamental: el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. La sociedad en su conjunto es titular de este derecho, sin que dicha protección pueda ser condicionada, únicamente, a los intereses económicos de las empresas.

La interpretación dogmática y político-criminal del interés jurídico en cuestión, sustentada en esta perspectiva aproximativa del fenómeno, nos llevan a pensar que es posible sostener la posibilidad de incorporar los delitos medioambientales en el art. 1 de la Ley. En especial, porque se reconocería la idea esencial de que el valor por la protección de vivir en un medio ambiente es propio de la sociedad y no simplemente una propiedad accidental condicionada a una técnica de reserva material. El interés jurídico penal de vivir en un ambiente libre de contaminación debe correlacionarse con un margen de ponderación que, en atención a la libertad económica o derecho de emprendimiento, reconozca la importancia de adoptar un modelo de prevención en esta materia.

Por tanto, consideramos que una propuesta de modificación, al modelo de responsabilidad penal empresarial, haría posible aplicar el modelo autónomo a uno de los disturbios empresariales más relevantes: los delitos contra el medio ambiente. Lo último, siempre y cuando se acredite la existencia de una omisión en el control de la producción de un riesgo típico en la actividad empresarial. Así, una propuesta de estas características buscaría prevenir más que reparar los daños medioambientales por medio de un acceso a la justicia expedito. Por ello, nos parece que el sistema penal empresarial entronca con este carácter preventivo.

Finalmente, nos parece que afectaciones graves al medio ambiente deben ser tratadas con un criterio autónomo y no personalista. Las empresas deben tener una mayor concientización en torno a los riesgos de su actividad. Sin embargo, esto no implica una mayor flexibilización de sus garantías, porque las empresas pueden adoptar modelos preventivos para controlar sus riesgos, pero también como estrategias de defensa.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Silvina (1998): La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Barcelona, Bosch).

- BALMACEDA HOYOS, Gustavo y GUERRA ESPINOSA, Rodrigo (2015): “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: una mirada al modelo de culpabilidad constructivista”, *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional. Legis*, N° 51.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2009): Proyecto de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Historia de la Ley 20.393). Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4785/> (consultado el 10 de abril de 2016).
- CURY, Enrique (1972): Orientación para el estudio de la teoría del delito (Santiago, Ediciones Nueva Universidad).
- CURY, Enrique (2005): Derecho penal. Parte general (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 7ª Edición).
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (2005): La culpabilidad penal empresarial (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.).
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (2010a): Fundamentos modernos de la responsabilidad de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española (Buenos Aires, Editorial B de F).
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (2010b): La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos de América (Perú, ARA Editores).
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (2014): “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- GUILOFF TITIUN, Matías (2011): El dilema del artículo 19 N°8 inc. 2. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v18n1/art06.pdf> (consultado el 14 de abril de 2016).
- HEINE, Günter (1995): *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen* (Baden Baden, Nomos)
- HERNÁNDEZ, Héctor (2010): “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Revista Política Criminal*, vol. 5 N° 9.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, et. al. (2003): Análisis dogmático del Derecho penal ambiental chileno, a la luz del Derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del Derecho internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000200002#nota1 (consultado el 10 de diciembre de 2015).
- MENDOZA BUERGO, Blanca (2001): El Derecho Penal en la sociedad del Riesgo (Madrid, Civitas Ediciones)
- SÁNCHEZ-OSTIS, Pablo (2012): Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios (Barcelona, Marcial Pons).
- SCHROEDER, C. (1993): “Cool Analysis Versus Moral Outrage in the Development of Federal Environmental Criminal Law”, *35 Wm. & Mary L. Rev.* 251, 1993.

- WALT, Steven y LAUFER, William (1991): "Why personhood doesn't matter: Corporate criminal liability and sanctions", en: *18 AM. J. Crim* 263, 1991.
- ZUGALDÍA ESPINOSA, José Miguel (2013): *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin responsabilidad y de sus directivos*. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del CP (Valencia, Tirant lo Blanch).

DESAFÍOS REGULATORIOS DE LA ENERGÍA DISTRIBUIDA EN CHILE

FRANCISCO IRARRÁZAVAL ARMENDÁRIZ
*Master of Law (LL.M), University of California,
Los Angeles (UCLA), Estados Unidos de América*
Profesor de Derecho Eléctrico
Universidad de los Andes, Chile

RESUMEN: El artículo aporta una breve descripción del actual funcionamiento del sistema eléctrico chileno, qué se entiende y en qué consiste la generación de energía distribuida, cuáles son sus aspectos positivos y negativos, y cuál es el marco normativo que actualmente rige en esta materia. Proponemos adelantar la reflexión acerca de una materia que por seguro será fuertemente debatida en los próximos años, esta es la de considerar el *net metering* como un medio que transforme y reestructure el sistema tradicional eléctrico, permitiendo una eficiente integración de la generación distribuida de energía dentro del mercado eléctrico chileno.

Palabras clave: Generación de energía distribuida, *net billing*, *net metering*.

INTRODUCCIÓN

La aparición de la generación de energía distribuida (en adelante GED) ha significado una verdadera revolución en el funcionamiento de los sistemas eléctricos. Así como hace algunos años la irrupción de la telefonía celular puso en jaque el tradicional sistema jurídico y económico de la telefonía a base de grandes instalaciones y sistemas de cables que permitían la comunicación, lo mismo pareciera lentamente suceder con la producción y abastecimiento de energía en nuestros tiempos.

En términos generales, la GED ha sido definida como aquella electricidad que es producida dentro del sistema de distribución de energía eléctrica¹. Así, la alternativa que nos brinda la GED de producir energía

¹ ACKERMANN A., Thomas; ANDERSSON B., Göran, y SÖDER B., Lennart (2000).

eléctrica en o cerca de los lugares donde es finalmente consumida, sin necesidad que para su consumo tenga que atravesar por cada uno de los segmentos que contemplan los sistemas tradicionales de energía, significa un aporte real a la eficiencia, disponibilidad, seguridad y sustentabilidad del sistema eléctrico.

Aun cuando en los últimos años el desarrollo y presencia de las energías renovables se ha ido incrementando considerablemente, Chile aún exhibe una matriz altamente condensada en pocos recursos energéticos primarios y la concentración en la industria de la generación eléctrica es todavía elevada. En consecuencia, pareciera oportuno analizar y determinar cuál es el verdadero aprovechamiento que hasta la fecha le hemos dado a nuestros recursos naturales para la producción de electricidad, y qué posibilidades hay de complementar el sistema eléctrico tradicional con uno de carácter descentralizado como admite la generación de energía distribuida².

Con todo, a pesar de sus múltiples beneficios³, hasta la fecha la generación distribuida en nuestro país ha registrado un escaso aporte al sistema eléctrico. Una de las razones que se esgrimen para explicar el poco impacto que ha tenido está relacionada con la falta de mecanismos de financiamiento específicos para adquirir y operar los sistemas de generación de energía.

La GED nos obliga a analizar su actual estructura normativa, así como la valorización de la energía que es aportada a la red eléctrica de distribución. Estos puntos de reflexión pueden ser determinantes para la adopción de marcos regulatorios adecuados que logren impulsar e incentivar la generación de energía distribuida, respetando por cierto los legítimos ingresos que les corresponde obtener a las empresas distribuidoras por la prestación de su servicio.

Este trabajo tiene por objeto explorar la importancia de la GED en nuestro país, y proponer un mecanismo que permita ofrecer una compensación más justa en virtud de las múltiples externalidades positivas que aporta la GED al sistema eléctrico y a la sociedad en su conjunto.

I. MARCO NORMATIVO DEL SECTOR ELÉCTRICO EN CHILE

El descubrimiento de la electricidad en Chile y el mundo entero trajo consigo innumerables beneficios que resultan evidentes hasta hoy. Así

² CIFES, MINISTERIO DE ENERGÍA (2016).

³ La GED no solo trae consigo el beneficio de aportar energía al sistema eléctrico, sino también incentiva el uso eficiente de esta; reduce los costos para los clientes residenciales y comerciales, contribuye a mejorar el ingreso familiar cuando se generan excedentes, colabora con la descontaminación, disminuyendo la generación de gases de efecto invernadero y aumenta la competencia en el mercado de generación eléctrica, entre otros.

también la aparición de la energía eléctrica y su incorporación en la vida diaria de gran parte de la humanidad ha traído aparejado continuos desafíos para las ciencias jurídicas en ámbitos de tanta importancia y a su vez tan diversos como lo son el derecho penal, administrativo, comercial y civil, entre otros⁴.

En Chile, la regulación de la energía eléctrica tiene sus orígenes a principios del siglo XX con la dictación de la Ley N° 1.655 de 1904 sobre “Prescripciones para la concesión de permisos para la instalación de empresas eléctricas en la República”. Esta norma facultaba al Presidente de la República para otorgar las concesiones eléctricas que les fueran solicitadas, y a su vez autorizar la ocupación de bienes nacionales y fiscales para la construcción y tendido de líneas eléctricas⁵.

Posteriormente se dictó la primera ley general eléctrica mediante el Decreto Ley N° 252 de 1925. Esta norma fue especialmente importante en la historia y evolución jurídica de la energía eléctrica en Chile, ya que logró aportar una regulación integral, ordenada y sistematizada de esta materia, incorporando a su vez aspectos e instituciones que hasta hoy están presentes en nuestro ordenamiento jurídico, como lo son las concesiones de cada uno de los segmentos del mercado eléctrico y la constitución de servidumbres en favor de dichas concesiones.

Luego se dictó la segunda ley general eléctrica (Decreto con Fuerza de Ley N° 244 de 1931), la que continuó basada en una estructura y esquema privado. Sin embargo, las actividades de generación, transmisión y distribución siguieron en manos del Estado, siendo posible para los titulares ejercer dichas actividades solo por medio del otorgamiento de las respectivas concesiones por parte de la autoridad. Esta ley perfeccionó la regulación de las servidumbres constituidas en virtud de las concesiones otorgadas, y particularmente facilitó la ocupación material de los terrenos sujetos a este gravamen. Asimismo, incorporó un nuevo sistema de indemnización a los titulares de los predios afectados mediante la creación de un organismo denominado “Comisión de Hombres Buenos”, que junto con los mecanismos de reclamos de avalúos, tendría como función principal la de fijar los montos de indemnización respectivos por la imposición de cada una de las servidumbres⁶.

La tercera ley general eléctrica (Decreto con Fuerza de Ley N° 4 de 1959) mantuvo la misma estructura de sus predecesoras, reconociendo a los privados la realización de las actividades del sector eléctrico, pero siempre sujeto a la obtención de la concesión respectiva por parte de la autoridad. Esta norma incorporó algunos ajustes en el procedimiento concesional y en particular estableció como principio la gratuidad del uso

⁴ Cfr. EVANS Y SEEGER (2003) p. 43.

⁵ Cfr. EVANS Y SEEGER (2003) p. 43.

⁶ Cfr. VERGARA BLANCO (2009) p. 47.

de terrenos públicos para el ejercicio de los derechos otorgados mediante las concesiones eléctricas⁷.

En un contexto histórico y político especial, entró en vigencia el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Minería, de 1982, denominada “Ley General de Servicios Eléctricos” (en adelante LGSE), la que contiene hasta hoy la regulación orgánica del sistema eléctrico de nuestro país, derogando tácitamente las disposiciones relacionadas con electricidad contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 4 de 1959. Esta nueva normativa vino a recoger gran parte de las disposiciones contenidas en la antigua legislación, pero incorporó el espíritu esencial del principio de subsidiariedad establecido en la nueva Carta Fundamental de 1980.

En función de lo anterior se logra una liberalización o desprendimiento de la antigua intervención preponderante del Estado en cada uno de los segmentos de la actividad eléctrica, pasando a manos de los particulares bajo la regulación y fiscalización del Estado. Con esto, el desarrollo de la actividad de generación y transmisión eléctrica no requirió de concesiones públicas. En cambio, la distribución de energía continuó necesitando de un título concesional para su ejercicio.

Esta nueva regulación permitió un significativo avance en la eficiencia y competitividad del sector eléctrico, y se convirtió en un gran instrumento de transición entre un sistema que descansaba mayoritariamente en manos del Estado a otro donde se ponía el énfasis en la iniciativa y desarrollo en manos de los privados. Asimismo, permitió un rápido proceso de crecimiento, con altas tasas de inversión, una mayor diversificación de la oferta en el segmento de generación de energía, e importantes reducciones en los costos de producción transporte y distribución de la misma.

II. MECANISMOS DE OPERACIÓN Y TARIFICACIÓN DEL MERCADO ELÉCTRICO EN CHILE

El mercado eléctrico en Chile está compuesto por las actividades de generación, transmisión y distribución de electricidad, que en su conjunto conforman las tres etapas del “ciclo eléctrico” y permiten contar con energía eléctrica para los diversos consumos. En Chile, estas actividades son desarrolladas por empresas que son controladas en su totalidad por capitales privados, mientras que el Estado solo ejerce funciones de regulación, fiscalización y planificación⁸.

A nivel internacional, la LGSE fue una de las primeras regulaciones en exigir la separación de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Lo anterior permitió la descentralización y regionalización de las empresas eléctricas que hasta ese momento eran

⁷ Cfr. VERGARA BLANCO (2009) p. 49.

⁸ Cfr. EVANS Y SEEGER (2003) p. 2.

de propiedad estatal y se estructuraban bajo un sistema de integración vertical.

Así, la LGSE consagró un mercado libre y competitivo para el sector generación y reguló los precios para las actividades de transmisión y distribución, tomando en consideración la presencia de economías de escala y, por tanto, características propias de un monopolio natural.

Una breve descripción de cada uno de los segmentos del sistema eléctrico junto con sus principales características se puede apreciar a continuación:

- a) *Segmento de generación*: la actividad de generación debe ser comprendida como aquel proceso tecnológico destinado a transformar las fuentes energéticas primarias en energía eléctrica transportable y utilizable en los distintos centros de consumo. Este segmento se compone por el conjunto de empresas eléctricas propietarias de centrales generadoras de electricidad.

Se caracteriza principalmente por desarrollarse en un mercado competitivo, donde no existen economías de escala y en el que los precios tienden a reflejar el costo marginal de producción. A su vez, no existen barreras legales para la entrada de nuevos actores, ni se identifican monopolios naturales. Sin perjuicio de lo anterior, existe cierta regulación por parte del Estado al exigir la interconexión de las instalaciones de las centrales productoras a las redes del sistema eléctrico, bajo ciertos requisitos establecidos en la propia ley, y respecto de esta su operación debe ser coordinada por el Centro de Despacho Económico de Carga (en adelante CDEC), con el objeto de garantizar el correcto funcionamiento del sistema eléctrico, en condiciones de eficiencia y seguridad.

La demanda de la energía producida por las empresas generadoras proviene de tres mercados básicos: en primer lugar las concesionarias de distribución que representan al mercado de empresas distribuidoras; en segundo lugar los denominados grandes clientes o clientes libres, un mercado constituido por clientes finales cuya potencia conectada, por regla general, es superior a 2.000 kilowatts, existiendo para estos el derecho a optar por un régimen de tarifa regulada o de precio libre; y finalmente otros generadores agrupados en función del denominado mercado *spot*, el que está sujeto a los planes de operación coordinada que determina el CDEC respectivo, donde el generador debe vender o comprar energía al precio *spot*, determinado por el costo marginal instantáneo de generación, definido en forma horaria por el mismo CDEC.

- b) *Segmento de transmisión*: conceptualmente la transmisión consiste en la evacuación y transporte de energía eléctrica por medio de líneas o conductores físicos de alta tensión, desde las centrales generadoras

pasando por terrenos públicos y privados, ríos, caminos y todo accidente geográfico intermedio, hasta las subestaciones de transformación que reducen el voltaje de la corriente eléctrica. Desde el punto de vista de la infraestructura, el sistema de transmisión es el conjunto de líneas y subestaciones eléctricas que forman parte de un sistema eléctrico, en un nivel de tensión nominal superior al que se disponga en la respectiva norma técnica que determine la Comisión Nacional de Energía, y cuya operación deberá coordinarse según lo dispone el artículo 137 de la LGSE.

Es propio del sistema de transmisión la existencia de significativas economías de escala e indivisibilidad en la inversión, existiendo por tanto tendencias a su operación como monopolio. Por este motivo, la legislación eléctrica lo define como un servicio público dentro del segmento regulado en el sistema.

En virtud del régimen de acceso abierto, establecido expresamente en el artículo 7 de la LGSE, los propietarios de los sistemas de transmisión, establecidos como concesionarios de líneas de transporte, o bien aquellos cuyas instalaciones utilicen bienes nacionales de uso público, quedan sujetos a la obligación de permitir el tránsito de la energía de aquellos interesados en transportarla por estas líneas. Como contraprestación a este servicio, el interesado en hacer uso de estas instalaciones debe indemnizar al propietario. Para estos efectos se establece un régimen en que los proveedores de estos servicios obtienen un ingreso proveniente de la diferencia entre pérdidas marginales y medias de transmisión, y un peaje a ser determinado entre el dueño del sistema y el usuario. Hasta la fecha, y en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 19.940 del 2004, en cada sistema de transmisión se distinguen tres tipos de instalaciones o sistemas:

- A) Sistema de transmisión troncal,
- B) Sistema de subtransmisión, y
- C) Sistema de transmisión adicional.

El sistema de transmisión troncal y subtransmisión están sujetos al régimen de acceso abierto, pudiendo de esta forma ser utilizadas por terceros bajo condiciones técnicas y económicas que no resulten discriminatorias para los usuarios. Para ello la LGSE establece un sistema de pago de la remuneración conforme al tipo de transmisión que corresponda.

Distinto es el caso de los sistemas adicionales, estos en principio no se encuentran sujetos a este régimen de acceso abierto, salvo respecto de aquellas líneas que hagan uso de las servidumbres, al que se refiere el artículo 51° de la LGSE, y aquellas que usen o crucen bienes nacionales de uso público, como calles, plazas, puentes, caminos, el mar adyacente, playas, entre otros.

Desde el punto de vista operacional y societario la LGSE exige a las empresas operadoras o propietarias de los sistemas de transmisión troncal constituirse como sociedades anónimas abiertas. A su vez prohíbe la integración vertical al establecer que estas sociedades no podrán dedicarse, por sí, ni mediante personas naturales o jurídicas relacionadas, a actividades que comprendan en cualquier forma el giro de generación o distribución de electricidad.

Los segmentos de transmisión troncal y subtransmisión tienen la calidad de servicio público de transmisión, y en ese sentido la obligación de la ampliación de sus instalaciones. En el caso de la transmisión troncal eso se materializa mediante la licitación de obras nuevas y obras de ampliación. En el caso de la subtransmisión, existe la obligación de servicio pero sin la obligación de inversión explícita, similar a lo que ocurre con el segmento de distribución.

- c) *Segmento de distribución:* el segmento de distribución es la última etapa del sistema eléctrico, en virtud de ello los usuarios finales ubicados en determinadas zonas geográficas son abastecidos de energía transportada desde las instalaciones, líneas y transformadores que operan en tensión nominal igual o inferior a 23 kV. En términos simples, la red de distribución permite llevar energía eléctrica desde líneas aéreas y subterráneas, extendidas a lo largo de calles y caminos, hasta los empalmes de los distintos consumidores.

Al igual que el sistema de transmisión eléctrica, el mercado compuesto por las empresas de distribución opera esencialmente como un monopolio natural, con la notoria presencia de economías de escala. Teniendo esto en cuenta, la LGSE obliga al sistema de distribución a establecer precios regulados para el suministro de energía a clientes finales con potencia conectada inferior a 2.000 kW.

La distribución de energía eléctrica al tratarse de un evidente monopolio natural, junto con el carácter de servicio de primera necesidad que tiene la energía para el desarrollo de la sociedad, ha llevado al legislador a adoptar una regulación más estricta, otorgándole la naturaleza de servicio público según el artículo 7 de la LGSE, con todos los principios jurídicos que esta misma norma le impone, y al mismo tiempo exigiendo a quienes deseen desarrollar esta actividad la sujeción al régimen de concesión como título habilitante para ello con la debida obligación de servicio y exclusividad del mismo dentro de su zona de concesión. Las empresas concesionarias de distribución son libres en cuanto a decidir acerca de qué zonas geográficas solicitar la concesión, pero tienen la obligación de dar servicio en sus zonas de concesión a todos aquellos usuarios finales que lo soliciten.

En cuanto al sistema de precios por el servicio de distribución de energía, la LGSE establece un sistema dual de tarifas: aquellas que

son fijadas por la autoridad y corresponde a los denominados clientes regulados⁹ y aquellas aplicables a los denominados clientes libres¹⁰.

III. LA GENERACIÓN DE ENERGÍA DISTRIBUIDA

Desde hace varias décadas ha existido una permanente preocupación por parte de los gobiernos de todo el mundo por alcanzar niveles adecuados de disponibilidad, seguridad, sustentabilidad y eficiencia en el suministro de energía eléctrica en sus respectivos territorios. Lo anterior ha impulsado a estos mismos a una intensa búsqueda de medios que les permitan aprovechar y desarrollar al máximo su potencial energético disponible en los recursos naturales presentes en las zonas geográficas donde ejercen jurisdicción.

Así, en Chile la energía solar y eólica han permitido aumentar notoriamente la presencia de energías renovables en su matriz energética¹¹. De esta manera, mediante nuevas y cada vez más económicas tecnologías se ha logrado el desarrollo de nuevas metodologías dentro de los ya tradicionales segmentos del mercado eléctrico, entendiendo por tales la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Una de estas nuevas metodologías ha sido precisamente la GED, la que ha traído consigo importantes desafíos en términos de su adecuada integración a los sistemas eléctricos en los países donde se ha ido implementando¹².

Si bien aún en el ámbito nacional e internacional no existe una definición legal de generación de energía distribuida, en términos generales se entiende por tal aquella electricidad que es generada o producida en o cerca del lugar donde es utilizada o consumida. Ahora bien, un concepto más completo de esta la entiende como aquella que permite al cliente o consumidor final generar la energía eléctrica necesaria para su propio consumo, e inyectar los excedentes producidos a la red eléctrica de distribución desde un equipo de autogeneración asociado normalmente a tecnologías de energía renovable, que posteriormente es retribuido al

⁹ Esto es quienes tienen una capacidad conectada inferior a 2.000 kWh dentro de sus zonas de concesión, y se caracterizan por no poder elegir quién le suministre energía, pagándole su consumo de energía eléctrica junto con los servicios de redes, esto es, servicios de transmisión y distribución.

¹⁰ Estos tienen una capacidad de conexión superior a la indicada, es decir, se conectan al sistema de energía eléctrica mediante líneas de transmisión de alta tensión y se conocen como clientes libres, pues tienen la capacidad de negociar las condiciones de su suministro pudiendo escoger a su suministrador. Estos grandes consumidores contratan sus necesidades de energía directamente en el mercado mayorista y poseen equipos profesionales dedicados a optimizar contratos y uso de la energía.

¹¹ *Cfr.* FINAT (2015) p. 17.

¹² *Cfr.* ANAYA y GERALD (2014) p. 3.

cliente final mediante el pago de los excedentes de energía inyectados al sistema de energía, o bien, mediante la valorización y posterior reintegro de la energía inyectada.

De esta manera, los consumidores finales, sean residenciales, comerciales e incluso industriales, gozan de la posibilidad de comprar la energía ofrecida por el sistema eléctrico tradicional, esto es a las empresas distribuidoras de energía, y reemplazarla por energía que ellos mismos generen o produzcan por medio de instalaciones propias, como es el caso de aquellos paneles solares que se instalan en las techumbres de las casas o bien en espacios comunes de edificios o comunidades residenciales.

Hasta la fecha la GED ha utilizado principalmente dos modelos para asignarle un valor a la energía que es producida e inyectada al sistema eléctrico. El primero de ellos, y tal vez más común en el plano internacional, es el denominado *net metering*, ya que el costo del kWh pagado por los consumidores finales –de acuerdo con la cantidad de energía consumida– es el equivalente a la energía generada y aportada al sistema eléctrico. Así entonces, el *net metering* determina el valor a la energía producida restando la energía consumida con la energía inyectada en kWh. El segundo modelo, el que fue adoptado recientemente por nuestro país en la Ley N° 20.571 de 2012, es el llamado *net billing*, este apunta a una facturación neta en pesos, que se obtiene restando la valorización de la energía consumida y las inyecciones de excedentes que de esta misma se hagan al sistema eléctrico.

1. BENEFICIOS DE LA GENERACIÓN DE ENERGÍA DISTRIBUIDA

La integración de la GED en el mercado eléctrico genera distintos beneficios.

En primer lugar, es el ahorro del costo que implica que la demanda de energía tenga necesariamente que atravesar por todo el sistema eléctrico hasta llegar al punto de consumo. Con la GED no es necesario incurrir en costos de generación, transmisión, operación ni mantención de gran parte de la infraestructura de la red eléctrica.

En segundo lugar, incrementa la competencia en el mercado de la generación de energía, incluyendo nuevos y variados actores con energía absolutamente limpia y renovable. En tercer lugar, debido a su particular naturaleza en que la energía es transportada en distancias muy cortas, se logra así una clara reducción en las pérdidas de energía, en comparación a las que suelen sufrir los segmentos de transmisión y distribución al abarcar distancias más extensas. En cuarto lugar, al disminuir la demanda de energía de las centrales o plantas tradicionales, la GED ofrece ahorros que permiten aplazar o derechamente evitar los altos costos que significa la construcción de plantas generadoras de energía y la respectiva infraestructura de transmisión.

Finalmente, la debida integración de la energía distribuida al sistema eléctrico le aporta mayor confianza en la seguridad y continuidad en el suministro eléctrico frente a situaciones extraordinarias como catástrofes naturales o emergencias que puedan ocurrir, lo que es especialmente relevante en el caso de Chile. En este sentido, las instalaciones de generación distribuida son uno de los más seguros proveedores de energía, ya que al ubicarse cerca de los consumidores finales se reducen considerablemente fallas que pudiesen surgir en el sistema de transmisión o distribución de la energía como consecuencia de imprevistos o situaciones de emergencia.

Como señalábamos, el desarrollo de la generación de energía distribuida también aporta importantes externalidades positivas que precisamente dan cierta solución a problemas y desafíos cada vez más presentes en nuestras sociedades. La GED también ofrece otras externalidades positivas. Desde el punto de vista económico, promueve el uso eficiente y ahorro de energía, lo que muchas veces lleva a reducir las tasas de consumo. También este tipo de generación de energía puede significar un aumento en el ingreso familiar cuando se logra inyectar los excedentes de energía al sistema eléctrico. Desde el punto de vista del cuidado que debemos al medio ambiente, permite la reducción de emisiones contaminantes, como son los gases con efecto invernadero. También su implementación en grandes escalas colabora directamente con la descontaminación en las ciudades¹³.

Aun cuando la presencia de la generación de energía distribuida sigue representando un porcentaje menor del total de la producción de energía mundial, esta se ha ido desarrollando a pasos agigantados, al nivel que muchos países se han visto exigidos en cambiar las estructuras y funcionamiento del sistema eléctrico, así como también el marco regulatorio necesario para acomodar de mejor manera la integración de este modelo al sistema tradicional que ha funcionado, sin grandes variaciones, desde el descubrimiento de la electricidad.

2. PROBLEMAS Y DESAFÍOS DE LA GENERACIÓN DE ENERGÍA DISTRIBUIDA

En vista de lo anterior, se hace necesario reflexionar acerca de las principales problemáticas y desafíos regulatorios que trae aparejada la utilización de esta nueva metodología de generación de energía en el mercado eléctrico chileno.

Como punto de partida es bueno tener presente que los sistemas eléctricos de los países fueron ideados y construidos desde un principio para que la energía fluyera o fuese transportada de manera unidireccional, esto

¹³ Cfr. MICHAUD (2015) p. 107.

es, iniciando el proceso de generación de energía en los distintos tipos de plantas o centrales de generación para luego ser conducida por los distintos sistemas y líneas de transmisión hasta los centros de distribución y finalmente llegar a los centros de consumo mediante las propias redes de distribución.

De esta manera la regulación aplicable tanto a los voltajes permitidos en cada etapa como también a los sistemas de protección del servicio fueron diseñados y construidos bajo la lógica que la energía mantuviera una sola dirección, pero no para una situación inversa como resulta en el caso de la GED.

Asimismo, el sistema eléctrico tradicional fue ideado y desarrollado sobre la base de economías de escala, en donde se priorizaba la creación de un sistema eléctrico de gran tamaño que permitiese ofrecer a los consumidores finales los menores precios posibles. Este objetivo también presenta grandes desafíos para los reguladores, ya que con el ingreso de este nuevo modelo de generación de energía se le entrega la posibilidad a los clientes finales, domiciliarios o industriales, de generar su propia energía de manera independiente al sistema eléctrico tradicional, e incluso eventualmente desconectarse de él. Lo anterior se ha convertido en una realidad cada vez más plausible basado en el desarrollo de nuevas tecnologías de almacenamiento de energía.

Con todo, el mayor desafío que presenta la GED es la valoración económica que se le debe dar a los excedentes de energía que son producidos por los consumidores finales por sus propios sistemas de generación e inyectados al sistema eléctrico¹⁴.

Quienes promueven un mayor uso y desarrollo de este tipo de energía son partidarios de que los aportes a la red eléctrica de distribución sean valorizados y pagados al mismo precio que aquel que las empresas cobran a sus clientes por la energía requerida. Por otro lado, las empresas distribuidoras justifican que la valorización de la energía generada por los consumidores deba necesariamente tener un precio menor al comercial, ya que el aporte que realizan los consumidores es tan solo de energía y no de potencia, es decir, no se hacen cargo de los costos de infraestructura, mantención y administración que tiene el sistema eléctrico en su conjunto. Lo anterior, en opinión de las empresas distribuidoras, toma especial relevancia respecto del financiamiento de gran parte de los proyectos de energía eléctrica, ya que los inversionistas o quienes provean los fondos

¹⁴ Así, los consumidores finales de energía que tienen conectados a la red eléctrica sus sistemas de generación de energía, pueden comprar electricidad a las empresas distribuidoras cuando por distintas circunstancias –durante la noche o en días nublados de poca radiación solar– están produciendo la cantidad suficiente para abastecer el propio consumo, y al mismo tiempo vender electricidad cuando la producción de energía sea mayor a la que necesitan. Esta posibilidad hace surgir la pregunta sobre cómo deben ser compensados o retribuidos por la energía que venden al sistema, en consideración a las externalidades positivas de la GED.

para la construcción y operación de la infraestructura de transmisión y distribución van a requerir por parte del ente regulador medidas concretas que aseguren la recuperación de los costos. De otra manera los costos para continuar con el crecimiento y desarrollo de la infraestructura se van a seguir incrementando, haciendo muy difícil el acceso de las empresas al financiamiento necesario que les permita desarrollar la actividad.

Así las cosas, en países como Estados Unidos cada estado ha adoptado distintas y cambiantes regulaciones tendientes a entregar una justa y adecuada valorización de estos excedentes, de manera tal de incentivar la mayor participación de energía distribuida en sus zonas geográficas, pero al mismo tiempo protegiendo a las empresas distribuidoras de obtener los suficientes ingresos que les permitan hacerse cargo de los costos que significa la construcción, operación y administración de parte del sistema eléctrico¹⁵.

Países como Brasil, México, Portugal y Estados Unidos, entre otros, han adoptado sistemas de valoración económica de los excedentes de energía bajo el modelo del *net metering*, donde los excedentes de energía son comprados por las empresas al mismo valor que ellos cobran a los consumidores finales. Por su parte, otros países, como España o Chile, han adoptado sistemas de valoración económica más restrictivos hacia los generadores de energía distribuida, siendo entonces valorizados y pagados los excedentes a un valor inferior a aquel que las empresas distribuidoras cobran a sus respectivos clientes por la venta de la misma energía.

IV. PANORAMA CHILENO DE LA ENERGÍA DISTRIBUIDA: NORMATIVA ACTUAL

A fines de agosto del 2008 el senador Antonio Horvart presentó un proyecto de ley ante el Congreso con el objeto de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la GED y regular el pago de las tarifas eléctricas (Boletín N° 6.041-08 de 2011). De esta manera el proyecto de ley buscó implementar un sistema de medición o valoración consistente en que aquella energía renovable no convencional que fuese generada e inyectada al sistema eléctrico por los particulares, fuese descontada de la tarifa mensual de este servicio, y eventualmente merecedora de un determinado pago.

El objetivo principal de la moción fue aprovechar la alta diversidad y potencial de recursos naturales disponibles en nuestro país. Muchos de estos recursos naturales cuentan con la capacidad de generar electricidad desde las propias residencias de las personas, como la energía solar o eólica. Lo anterior, fomentaría la competencia dentro del segmento de generación y distribución de energía eléctrica.

¹⁵ Cfr. GAGNON, MARGOLIS, MELIUS, PHILLIPS. ELMORE (2016).

Este proyecto de ley fue aprobado y publicado en el Diario Oficial el 22 de marzo del 2012, quedando su entrada en vigencia sujeta a la dictación del Reglamento, lo que se efectuó el 6 de septiembre del 2014. Así, la Ley N° 20.571 modificó el DFL N° 4 del 2007, en materia de energía eléctrica, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la LGSE en lo referente al pago de las tarifas de las generadoras residenciales y estableció descuentos y reembolsos en la facturación.

En primer lugar, se modificó el artículo 149 de la LGSE, adoptando el sistema de valorización de la energía producida bajo el esquema del *net billing* a los medios de generación no convencionales con capacidad instalada igual o inferior a 100 kW. De esta manera se buscó diferenciar el tratamiento normativo de estos medios de generación respecto de los pequeños medios de generación distribuida o comúnmente conocidos como PMGD, regulados en el Decreto N° 244, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

En segundo lugar, se incorporó en la LGSE un nuevo artículo 149 bis, que otorga el derecho a los propietarios, arrendatarios o quien posea una cuenta y medidor en sus viviendas de instalar paneles fotovoltaicos o aerogeneradores para abastecer su propio consumo y, en caso de haber excedentes, ser inyectados a la red de distribución, y así generar una renta.

Para hacer efectivo el *net billing* se consagró además la responsabilidad de la distribuidora de preservar los estándares de seguridad, tanto de equipamiento y conexión, exigidos por la normativa, así como la protección del cliente en su relación contractual con la distribuidora. Adicionalmente se facultó a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para resolver los reclamos y controversias que se suscitaren entre los distintos actores.

El mismo artículo 149 bis contempla un sistema de valorización de las inyecciones de energía al Precio de Nudo Promedio que las empresas distribuidoras traspasan a sus clientes regulados, según el artículo 158 de LGSE, relegándose al reglamento el establecimiento de mecanismos para efectuar dicha valorización en el caso de los Sistemas Medianos. De igual modo, se dispone que en la valorización se reconocerán las menores pérdidas medias de la empresa distribuidora producto de las inyecciones del cliente, las que se calcularán con ocasión del VAD. Se señala además que de existir un excedente en la cuenta del usuario se descontará en la o las boletas subsiguientes y que, transcurrido el plazo establecido en el contrato, los remanentes que no hayan podido ser descontados en las respectivas facturaciones deberán ser pagados al cliente por la concesionaria según el mecanismo determinado en dicho contrato, cuyas menciones mínimas también se especifican. Finalmente, se consagra el principio de no afectación de terceros, según este las obras adicionales y adecuaciones que sean necesarias para permitir la conexión y la inyección de excedentes de los medios de generación residencial,

deberán ser solventadas por cada propietario de tales instalaciones y no podrán significar costos adicionales a los demás clientes.

Por su parte los artículos 149 ter, 149 quáter y 149 quinquies, contienen normas relativas al pago de remanentes de energía no descontados, certificación de inyecciones realizadas por el cliente por medios de generación no convencionales y apoyo al desarrollo de la actividad de autogeneración. En este último caso se establece que las inyecciones de energía de los clientes que sean contribuyentes relativamente simples o pequeños no se considerarán operaciones gravadas por el Impuesto al Valor Agregado y que los ingresos y compensaciones que perciban por concepto de la inyección de excedentes no serán constitutivos de renta. De esta manera, quedan sujetos a esta exención y exclusión los contribuyentes personas naturales y los de primera categoría acogidos a algún sistema de renta presunta o de contabilidad simplificada, no pudiendo acogerse a ellas los contribuyentes de primera categoría obligados a declarar su renta efectiva según contabilidad completa.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 149 bis de la LGSE, se dictó el Reglamento con el objeto de establecer los requisitos necesarios para la conexión del equipamiento de generación eléctrica por medios renovables no convencionales o de instalaciones de cogeneración eficiente a las redes de distribución y la inyección de los excedentes de energía a estas. A su vez se fijaron las medidas necesarias para resguardar la seguridad de las personas y los bienes, como también la seguridad y continuidad del suministro; y el mecanismo para valorizar los costos de las adecuaciones que deban realizarse a la red, y la capacidad instalada permitida por cada usuario final.

En primer lugar el artículo 1 del Reglamento establece que sus disposiciones les serán aplicables a los usuarios finales sujetos a fijación de precios, que dispongan de su propio consumo de equipamiento de generación de energía eléctrica por medios renovables no convencionales o de instalaciones de cogeneración eficiente, cuya capacidad instalada no supere los 100 kilowatt; como también las empresas distribuidoras de electricidad.

De de las obligaciones que el Reglamento les exige a las empresas distribuidoras se encuentra en su artículo 4 el deber de las empresas distribuidoras de permitir la conexión del equipamiento de generación de energía que le haga posible al usuario o consumidor final inyectar los excedentes de energía. La empresa distribuidora solo podrá negar la conexión si al supervisar la conexión del equipo de generación detectara diferencias respecto de la información contenida en la declaración de puesta en servicio presentada ante la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en cuyo caso deberá informar dicha circunstancia al cliente final, con copia a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, indicando las razones que fundamentan las diferencias encontradas y que impiden la conexión del equipo.

El artículo 7 del Reglamento le prohíbe a las empresas distribuidoras imponer a los usuarios o clientes finales que deseen conectar sus equipos de generación a sus redes de distribución, condiciones técnicas diferentes a las establecidas en la LGSE.

El procedimiento necesario para llevar a cabo la conexión e instalación del equipamiento de conexión se establece en el Título Segundo del Reglamento. Según su artículo 9 y siguientes, el procedimiento comienza con la solicitud de conexión del equipamiento de generación que se le presenta a la empresa distribuidora, esta debe ser contestada mediante carta certificada, en un plazo máximo de 20 días hábiles contados desde la fecha del ingreso de la solicitud de conexión. Posteriormente, el usuario o consumidor final deberá manifestar su conformidad con la respuesta entregada por la empresa distribuidora e instalar el equipamiento de generación en un plazo máximo de seis meses. Una vez que la instalación se encuentra concluida por un instalador autorizado e inscrita su puesta en servicio ante la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, el cliente debe notificar de esto a la empresa distribuidora mediante la notificación de la conexión, con lo que se procederá, en el plazo de cinco días desde la recepción de la notificación de conexión, a la firma del contrato y posterior conexión.

El Título Cuarto del Reglamento, en sus artículos 36 y siguientes, se hace cargo de establecer el sistema de medición y valorización de las inyecciones que realicen los usuarios a la red de distribución. El Reglamento le exige a los usuarios o clientes finales contar con un medidor capaz de medir las inyecciones que se realicen a la red de distribución eléctrica. En cuanto a la valorización, esta será fijada al precio nudo de energía que las empresas distribuidoras deban traspasar mensualmente a sus clientes finales sometidos a regulación de precios. La valorización de dichas inyecciones incorporará además las menores pérdidas eléctricas de la empresa distribuidora asociadas a las inyecciones de energía efectuadas por el equipo de generación.

Respecto del sistema de pago, de acuerdo con el artículo 40 del Reglamento, los excedentes que sean inyectados a la red de distribución se establece que estas deberán ser descontadas de la facturación correspondiente al mes en el que se realizaron. De existir un remanente a favor del cliente final, el mismo se imputará y descontará en la o las facturas subsiguientes, los que deberán ser reajustados de acuerdo con el Índice de Precio del Consumidor. Los remanentes que de acuerdo con la periodicidad señalada en el contrato no hayan podido ser descontados de las facturaciones correspondientes, deberán ser pagados al cliente final por la empresa distribuidora, debiendo esta remitir al cliente final un documento nominativo representativo de las obligaciones de dinero emanadas de los remanentes no descontados, salvo que el cliente final haya optado por otro mecanismo de pago en el contrato respectivo.

V. LOS CONTRATOS ENTRE EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y CLIENTES LIBRES GENERADORES DE ENERGÍA

A pesar del lento desarrollo que ha tenido la GED en Chile¹⁶, ya está comenzando a surgir un pequeño mercado en torno a esta nueva metodología de producción e inyección de energía al sistema eléctrico.

La mayor conciencia social respecto de los niveles de radiación solar que tiene nuestro país, junto con la disminución de precios y una mejor tecnología en los paneles solares que se producen en el último tiempo, han llevado a algunas empresas a apostar por la entrada a este negocio y la comercialización de los paneles utilizando principalmente tres tipos de contratos.

El primero y tal vez más utilizado hasta hoy es mediante un contrato de compraventa de los paneles solares celebrado con los particulares interesados en instalarlos en sus viviendas. Estos contratos se caracterizan por tener cláusulas casi idénticas a cualquier otro tipo de compraventa de bienes muebles, con la particularidad que la garantía de vida útil suele extenderse a 10 o 15 años contados desde la fecha de la celebración del contrato. Esta relación contractual permite adquirir los paneles solares, pero generalmente es el cliente quien debe encargarse de la instalación de estos, la posterior compra de un medidor inteligente que permita la conexión a las redes de distribución, y finalmente todo el proceso administrativo que debe seguirse con la empresa distribuidora para la entrada en funcionamiento de estos medios de generación.

En el segundo modelo, las empresas celebran con los clientes finales un contrato de arrendamiento con opción de compra de los paneles solares. Como la gran mayoría de estos contratos, el arrendatario va pagando la renta de arriendo mediante cuotas mensuales, estas al cabo de un tiempo permiten al arrendatario hacerse dueño de los paneles.

Este tipo de contratos es muy utilizado en países como Estados Unidos, Portugal y México, entre otros. Desde el punto de vista económico, este modelo permite a los particulares acceder a sistemas de generación sin necesidad de realizar una inversión inicial importante. Lo anterior, en la práctica, suele ser el principal obstáculo para el desarrollo de la DEG. Asimismo, las empresas otorgan a los clientes el servicio de instalación de los paneles, asesoría en la cantidad, tipos y ubicación de los paneles en la techumbre o espacios comunes, como también la realización de todo el procedimiento administrativo ante la empresa distribuidora de energía respectiva y su posterior entrada en funcionamiento.

Tal vez uno de los aspectos más interesantes de estos contratos es que incluyen las denominadas cláusulas *hardship*, muy comunes en el derecho

¹⁶ Informe *Net billing*, junio 2016, Superintendencia de Energía y Combustibles (2016).

comparado¹⁷ y que permiten, en este caso a las empresas arrendadoras, el poder revisar y volver a negociar el contrato cuando surgen circunstancias tales que generan un considerable desequilibrio en las obligaciones convenidas originalmente entre las partes. Se trata pues, que ante ciertas eventualidades, distinto a las situaciones que pudiesen configurar un caso fortuito como lo contempla nuestro Código Civil, y como puede ser a modo de ejemplo, un cambio sustancial en la regulación de esta materia, las partes establezcan un procedimiento de renegociación del contrato, sin necesidad de un resultado determinado¹⁸.

Un tercer modelo o mecanismo comercial que aún no se ha implementado en Chile, pero sí en muchos estados de Estados Unidos, es el complemento de dos contratos. Uno de arrendamiento de los paneles solares con los respectivos clientes, donde el pago de la renta se efectúa mediante una cantidad mensual de dinero más las inyecciones que se generen a la red de distribución, y otro contrato de compraventa o suministro de energía entre la empresa arrendadora y la distribuidora. En otras palabras, este modelo permite a los usuarios o clientes finales arrendar los paneles solares, pagando un monto fijo al mes¹⁹. En consecuencia, los clientes pueden aportar energía limpia al sistema, entregando a la empresa arrendadora el valor de los excedentes de energía que se inyecten al sistema como parte del pago de la renta. Estos contratos de arriendo suelen ser ofrecidos a clientes cuyos inmuebles están expuestos a importantes niveles de radiación solar, los que son debidamente cuantificados por un *software* de las mismas empresas. Además, estos contratos se caracterizan por imponer ciertas obligaciones a los arrendatarios en la disposición de su propiedad, en términos de que cualquier cambio que se realice no termine afectando la recepción de energía solar por parte de los paneles fotovoltaicos.

¹⁷ MARCHAL (2002) p. 78.

¹⁸ Así, algunos contratos de este tipo contienen la siguiente cláusula: *La Renta podrá ser revisada por las Partes si con posterioridad a la fecha de suscripción de este Contrato se emiten Nuevas Exigencias Regulatorias que obligan a la Arrendadora a incurrir en costos considerablemente mayores, relevantes y permanentes, relacionados directa y estrictamente con el cumplimiento del presente Contrato. Para tal efecto, la Arrendadora deberá informar a la Arrendataria acerca del impacto económico experimentado o previsto (la "Notificación de Nueva Exigencia Regulatoria"). Si se emitiese una Notificación de Nueva Exigencia Regulatoria, las Partes deberán reunirse para negociar de buena fe los ajustes que fuesen necesarios a la Renta y este Contrato, constituyendo la negativa injustificada de la Arrendataria causal suficiente para que la Arrendadora suspenda o dar por terminado el cumplimiento del Contrato.*

¹⁹ Este monto suele ser considerablemente menor a lo que en promedio pagan por el consumo de energía eléctrica a la empresa distribuidora.

VI. PROPUESTAS PARA FOMENTAR LA GENERACIÓN DE ENERGÍA DISTRIBUIDA EN CHILE

El desarrollo y evolución que han tenido las energías renovables durante los últimos años en algunos países que cuentan con igual o menor disponibilidad de recursos naturales que Chile, nos debe invitar a reflexionar acerca de nuestra actual regulación de generación de energía distribuida, el verdadero aprovechamiento que les estamos dando a algunos recursos naturales presentes en abundancia en nuestra zona geográfica, y qué cambios debiésemos adoptar con el objeto de impulsar una mayor y mejor integración de la energía distribuida en nuestro sistema eléctrico. Hasta la fecha, a pesar de los esfuerzos realizados por el Poder Ejecutivo mediante el Ministerio de Energía en fomentar el desarrollo de la GED en nuestro país (Ley N° 20.571 y la implementación de algunas políticas públicas, como la instalación de sistemas fotovoltaicos en los techos de edificios públicos), hasta el 2015 tan solo 1,5 MW fueron aportados al sistema eléctrico mediante la utilización de este modelo²⁰.

Una de las principales razones del poco impacto que en Chile ha tenido la GED es producto de su imperfecto marco regulatorio que impide a los clientes recuperar de manera razonable la inversión inicial en la adquisición e instalación de los sistemas generadores de energía. En efecto, bajo la actual regulación quienes instalan paneles solares en sus viviendas, recintos industriales o comerciales, y generan excedentes de energía que posteriormente son inyectados a la red eléctrica, reciben solo el cincuenta por ciento del valor comercial que posteriormente esa misma energía es entregada y cobrada por las empresas distribuidoras a otros usuarios finales. Asimismo, otra de las grandes razones del escaso desarrollo que ha tenido la energía distribuida se debe al ya mencionado artículo 149 bis de la LGSE, el que limita el ámbito de aplicación de la GED únicamente a clientes finales con capacidad instalada de hasta 100 kilowatt.

El debate debe estar enfocado en determinar qué valor deben otorgarle las empresas distribuidoras a la energía que aportan los consumidores finales al sistema. Lo anterior mediante la identificación de todos los beneficios y costos que trae consigo la GED al sistema, e incentivar su uso de acuerdo con el resultado que entregue ese análisis. Así, una adecuada valorización de la GED debiese reflejar tanto los costos que le significan al tradicional sistema centralizado eléctrico como también todos los beneficios que esta le entrega al sistema eléctrico y que son socialmente convenientes.

El sistema de *net billing* adoptado por nuestro país claramente no ha logrado ese objetivo, ya que solo contempla el valor comercial de la

²⁰ *Revista Técnicos Mineros*: "Energía distribuida en Chile: un problema de incentivos" (abril, 2016).

energía para efectos de retribuir al consumidor final por los excedentes que aporta al sistema, pero no considera los beneficios directos e indirectos del modelo. De esta manera es necesario adecuar el actual marco normativo, con el objeto que permita la incorporación de distintos actores en la GED. Asimismo pareciera adoptar una regulación que acoja un sistema distinto de valorización, el que repercuta en un mayor impulso e incentivo al desarrollo de la energía distribuida en Chile.

Considerando las principales dificultades que el desarrollo de la GED enfrenta en Chile, parece conveniente implementar una metodología eficiente que permita identificar y valorizar de manera precisa el valor de la energía renovable inyectada por el que serán posteriormente compensados los consumidores finales. Además, parece conveniente eliminar la barrera de entrada a clientes finales que tengan una capacidad instalada mayor a 100 kilowatt, y permitir el ingreso de actores con mayor capacidad instalada con un tope de 1 MW (1.000 kilowatt).

Como medidas secundarias sería conveniente simplificar el proceso administrativo que establece el Reglamento (DS N° 71 de la Ley N° 20.571) para la inscripción y funcionamiento del respectivo sistema generador de energía. Adicionalmente, y en el marco de políticas públicas que pudiesen incentivar el desarrollo de la energía distribuida, se debieran implementar sistemas de financiamiento para quienes no puedan costear un equipamiento de generación de energía. Tan solo a modo de ejemplo, podría incorporarse el sistema fotovoltaico dentro del crédito hipotecario, o bien dar la posibilidad de deducir tributariamente la inversión de estos sistemas.

VII. CONCLUSIONES

La GED ha significado una verdadera revolución al tradicional sistema centralizado de generación eléctrica. Este nuevo modelo supone el debate acerca de cómo deben ser compensados los clientes por los excedentes de energía que se generan e inyectan al sistema eléctrico. Lo anterior ha significado dificultades e interrogantes en la regulación de la GED en muchos países, en particular en Estados Unidos donde muchos de sus estados han buscado la forma de integrar una mayor generación de energía distribuida al sistema. En Chile, el modelo de GED es reciente pero ya se vislumbran problemas para su masificación, para ello es aconsejable la depuración de su marco normativo, el que debe incorporar incentivos suficientes para que en el corto plazo este mercado se vaya desarrollando y perfeccionando a la velocidad que otros países como México, Portugal y Brasil han logrado.

La Ley N° 20.571 es un correcto punto de partida, que si bien no ha tenido los resultados esperados hasta el momento, sirve de base para que

la GED sea fomentada y desarrollada por clientes y consumidores finales, en beneficio del mercado eléctrico y del país en general.

Del análisis expuesto en este artículo podemos identificar cuáles son los principales aspectos que pareciera necesario corregir en nuestra regulación actual. En primer lugar crear un mecanismo capaz de asignar un valor determinado a la energía solar o eólica, incluyendo en este todos los beneficios que aporta al sistema eléctrico y a la sociedad, y que al mismo tiempo asegure a las empresas distribuidoras una justa compensación por los servicios que provee. Adicionalmente, modificar el actual tope de capacidad instalada permitido para la generación de energía distribuida, aumentado de 100 kWh a 1.000 kWh, esto permitiría un significativo aumento en la inversión y en la demanda de esta metodología. Junto con lo anterior, simplificar el actual proceso que establece la ley para el ingreso y conexión de los medios de GED al sistema mediante procesos simples y estandarizados. Finalmente, acompañar estos cambios normativos con adecuadas políticas públicas que permitan estructuras de financiamiento para la adquisición e implementación de medios generadores de energía distribuida, lo cual en la práctica termina siendo una de las principales barreras de entrada para muchos de los consumidores finales.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMANN A., Thomas, ANDERSSON B., Go`ran, y SO`DER B., Lennart (2000): "Distributed generation: a definition ". Disponible en <http://www.science-direct.com/science/article/pii/S0378779601001018> (consultado por última vez en julio de 2016).
- ANAYA L., Karim y GERALD POLLITT, Michael (2015): "Integrating Distributed Generation: Regulation and Trends in Three Leading Countries". Disponible en <http://www.eprg.group.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2015/01/EPRG-WP-1423.pdf> (consultado por última vez en julio de 2016).
- EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio y SEEGER CAEROLS, Carolina (2006): *Derecho Eléctrico* (Santiago, LexisNexis), 607 pp.
- FINAT D., Carlos (2015): "Chile a case of market-driven transition to renewables". Disponible en http://www.proparco.fr/jahia/webdav/site/proparco/shared/PORTAILS/Secteur_privé_developpement/PDF/SPD22/Article_C_E_FINAT_DIAZ_PSD_22_UK.pdf (consultado por última vez en julio de 2016).
- GAGNON, Pieter, MARGOLIS, Robert, MELIUS JENNIFER, PHILLIPS, CALEB y ELMORE, RYAN POLLITT (2015): "Rooftop Solar Photovoltaic Technical Potential in the United States: A Detailed Assessment". Disponible en <http://www.nrel.gov/docs/fy16osti/65298.pdf> (consultado por última vez en julio de 2016).
- MARCHAL ESCALONA, Nuria (2002): "La Cláusula de Hardship en la Contratación Internacional", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XVII, pp. 75-104.

- MICHAUD, Gilbert (2015): “Assesing the value of Distributed Solar Energy Generation”. Disponible en <http://link.springer.com/article/10.1007/s40518-015-0030-0> (consultado por última vez en julio de 2016).
- MINISTERIO DE ENERGÍA, CIFES (2016): “Reporte CIFES Energías Renovables en el sistema Eléctrico Chileno”. Disponible en <http://cifes.gob.cl/documentos/reportes-cifes/reportes-cifes-julio-2016/> (consultado por última vez en julio de 2016).
- REVISTA TÉCNICOS MINEROS*: “Energía distribuida en Chile: un problema de incentivos” (abril, 2016). Disponible en <http://www.revistatecnicosmineros.com/energia-distribuida-en-chile-un-problema-de-incentivos/> (consultado por última vez en julio de 2016).
- RICHARD L., Revesz y UNEL, Burcin (2016): “Managing the future of the electricity grid: Distributed generation and Net Metering”. Disponible en http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Net%20Metering%20LE%20workshop%20draft.pdf (consultado por última vez en mayo de 2016).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004): *Derecho Eléctrico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS ASPECTOS MEDIOAMBIENTALES DEL DERECHO DE AGUAS

CAMILO LARRAÍN SÁNCHEZ

*Master en Derecho de la empresa, Universidad de los Andes, Chile
Profesor de Derecho de Aguas
Universidad de los Andes, Chile*

RESUMEN: En el presente artículo se repasan los distintos aspectos en los que se junta el Derecho de Aguas con el Derecho del Medio Ambiente y el tratamiento que la jurisprudencia le ha dado a esas situaciones. Si bien se puede decir que el tema agua es en sí una materia medioambiental, los enfoques de las respectivas normativas son distintos; razón por las que bastantes veces se producen situaciones conflictivas que a veces resuelve en forma explícita la legislación y otras en las que son los tribunales los que han tenido que dirimirlos.

Palabras clave: Código de Aguas, derecho de aprovechamiento de aguas, medio ambiente, contaminación.

I. INTRODUCCIÓN

En el Código de Aguas la relación entre los asuntos hídricos y el medio ambiente pocas veces es explícita, constituyendo una excepción casos como la regulación de los caudales ecológicos o la referencia a la contaminación como requisito para la aprobación de las obras hidráulicas mayores. La mayoría de las veces no hay un tratamiento conjunto o sistemático de ambos aspectos, ya que la orientación original del Código es principalmente económica, es decir, orientada a regular el aprovechamiento del recurso entre los distintos interesados. Lo anterior fue así a pesar que el agua es un recurso natural por excelencia, parte esencial del medio ambiente. Únicamente desde que en Chile se despertó la conciencia medioambiental y se desarrolló la ciencia jurídica a su respecto, el tema hídrico se vio estrechamente influido por esos aspectos. Lo que

se pretende mostrar en el presente artículo es cómo los tribunales de justicia se han topado con esta realidad, algunas veces manteniendo la separación de tratamiento entre ambas disciplinas, pero en otras, la mayoría, integrándolas y dándoles un tratamiento conjunto y armónico.

Hay temas medioambientales relacionados con los recursos hídricos en la génesis de los derechos de agua, es decir, en la exploración, constitución, perfeccionamiento o regularización de los mismos, donde se presentan temas como caudales ecológicos, glaciares, protección al medio ambiente, parques nacionales o comunidades indígenas. También hay asuntos de interés para el medio ambiente en lo que se refiere a servidumbres, obras hidráulicas, escasez de agua, aguas servidas, olores, minería y acuíferos. Por último también son relevantes materias procesales propias de acciones afines con la materia, como los recursos de protección, acciones de daño ambiental o amparo de aguas.

El trabajo que se desarrolla a continuación analiza los aspectos antes descritos desde la óptica jurisprudencial, viendo la forma en que diferentes tipos de tribunales, ya sea ordinarios, el Tribunal Ambiental o el Tribunal Constitucional, han tenido que resolver litigios en donde están involucrados al mismo tiempo aspectos de recursos hídricos como medioambientales.

II. CAUDAL ECOLÓGICO

No son muchas las referencias explícitas del Código de Aguas (en adelante CA) a temas concretos medioambientales, pero uno de esos casos son los artículos introducidos al código del ramo en la reforma introducida mediante la Ley N° 20.017, de 2005, que incorporó a la legislación de aguas el concepto de caudal ecológico. En efecto, en su artículo 129 bis 1 el CA señala que la autoridad podrá establecer para los nuevos derechos de agua una restricción ecológica al caudal solicitado y otorgado, consistente en un porcentaje que no podrá usarse y que no se podrá extraer del cauce natural. La norma en este caso es simple y lo que hace es establecer que la Dirección General de Aguas (en adelante, también como DGA) podrá establecer un caudal ecológico, no superior a 20 por ciento de lo solicitado, y que incluso puede llegar a 40 por ciento, en casos excepcionales y si lo autoriza el Presidente de la República.

No obstante que la norma es clara en cuanto a que se refiere a los nuevos derechos de agua, la DGA en forma recurrente entendió y aplicó la norma también para derechos ya otorgados.

En efecto, en caso de solicitudes de traslado de bocatoma de derechos o de establecimiento de punto de captación alternativo, donde se supone que no existe mayor utilización de agua, la DGA sostuvo que a los derechos trasladados, en sus nuevos puntos de utilización, se les debe aplicar o restar un caudal ecológico. A pesar de la oposición de los titulares del

derecho de aguas, los tribunales apoyaron esa tesis. En efecto, en fallo Viña Garcés Silva c/DGA¹, la Corte Suprema determina un caudal ecológico a una solicitud de autorización de un punto alternativo de suministro, a pesar que en el título original no existía mención a ese caudal, señalando que la DGA está obligada a hacerlo en virtud del artículo 22 del CA, que exige no perjudicar derechos de terceros y, además, lo basa en la Ley N° 19.300 de 1994 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

En otro fallo, Agrícola Leyda C/DGA², la Corte Suprema señala que es necesario imponer una restricción como la que analizamos “para preservar el equilibrio ecológico del sector”, agregando que el derecho de agua en el punto alternativo deberá dar cumplimiento a la Ley N° 19.300. Otro fallo, también de la Corte Suprema³, acota que no se vislumbra discriminación contra el titular del derecho de agua respecto de otros titulares de derechos, porque el primero siempre puede no solicitar el cambio del punto de captación.

Con posterioridad se dictó el Reglamento para la determinación del Caudal Ecológico Mínimo⁴ que aclaró que la determinación del caudal ecológico mínimo es para nuevos caudales. Este reglamento fue modificado el 2014⁵ para perfeccionar el sistema de determinación de los caudales ecológicos, y entre sus preceptos establece esta interesante consideración medioambiental: “Artículo 3°. - La Dirección General de Aguas velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo para los nuevos derechos de aprovechamiento de aguas que se constituyan en cada fuente superficial”. Es decir, aparte de ratificar que los caudales ecológicos mínimos son para los nuevos caudales, reconoce a la DGA una clara función en protección del medio ambiente.

Para cerrar este acápite, y dejar claro que no es un tema consolidado, es necesario puntualizar que en el proyecto de ley que modifica el CA se autoriza a la administración a establecer estos caudales ecológicos, incluso a los derechos otorgados previamente⁶. Específicamente se establece la idea de un caudal ecológico para los derechos ya constituidos en áreas declaradas por el Ministerio del Medio Ambiente como ecosistema amenazado, degradado o sitio prioritario para la sustentabilidad de fuentes o en áreas de protección oficial.

¹ Corte de Suprema, 29 de marzo de 2007, Rol: 1943-06, *Gaceta de los Tribunales*, Núm. 1-2007, pp. 183-188.

² Corte Suprema, 30 de abril de 2007, Rol: 1849-06, identificador *vLex*, VLEX-314695014.

³ Corte Suprema, Rol: 9654/2009, en línea en la página del pjud, http://suprema.poderjudicial.cl/SITISUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=1083315&CRR_IdDocumento=678218

⁴ Decreto Supremo N° 14 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, D.O. 30.07.2013.

⁵ Decreto Supremo N° 71 de 2014 del Ministerio del Medio Ambiente, D.O. 15.01.2015.

⁶ Cámara de Diputados, Boletín 7543/2012.

III. DENEGACIÓN DE DERECHOS DE AGUAS POR AFECTACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

El CA al establecer los requisitos necesarios para que la autoridad otorgue un derecho de aguas y sin perjuicio del caudal ecológico contemplado en el artículo 129 bis 1 ya citado, no contempla directamente una variable medioambiental; con excepción hecha, se puede sostener, de las aguas subterráneas. Según los artículos 22 y 141 del CA los conceptos que mandan para el otorgamiento de una merced de agua son la disponibilidad, la procedencia legal y la no afectación o perjuicio de derechos de terceros. Como decíamos, respecto de las aguas subterráneas la reforma del 2005 introdujo el artículo 147 bis que en su inciso final estableció criterios que atienden adicionalmente a la fuente misma o acuífero, como su “conservación y protección en el largo plazo”. Esto último es confirmado por el Reglamento de Aguas Subterráneas en su artículo 20, letra d). Teniendo como marco normativo únicamente las normas citadas precedentemente, los tribunales en varias ocasiones rechazaron la constitución de derechos de aguas por estimar que se perjudicaba el medio ambiente.

En juicio “Pablo Massoud y Cía Limitada con DGA”⁷ la Corte Suprema el 2014 confirma la denegación de un derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas, al no concurrir las causales establecidas en el propio CA, señalando que de acuerdo con los artículos 22, 141 y 147 bis, únicamente se otorgan derechos si no se produce un menoscabo al medio ambiente. Lo mismo se confirma en sentencia de la Corte Suprema entre las mismas partes y de igual fecha⁸.

La explotación de un acuífero tiene características muy distintas a la de las aguas superficiales, al menos las corrientes. En efecto, la explotación tiene que ser autorizada de tal manera que no haya una sobreexplotación del mismo, que no vaya más allá de la renovación del mismo, es decir, lo que en concepto de la DGA es una explotación sustentable. Este deber de velar por la protección del acuífero es algo que está entregado a la DGA. En efecto, en Sociedad Contractual Minera Virginia c/DGA, la Corte de Iquique en fallo de 2014⁹ establece que la DGA es el órgano técnico encargado por la ley para cuidar las fuentes naturales de agua, por ejemplo, los acuíferos, al estudiar si acoge o rechaza un derecho.

No obstante lo señalado anteriormente, también se han dado casos en los que determinadas personas invocan el medio ambiente para impedir el otorgamiento de derechos de agua, sin embargo la DGA no acoge sus peticiones, ya que estos derechos no eran procedentes o bien las pretensiones medioambientales no estaban debidamente sustentadas.

⁷ Corte Suprema, 6 de marzo de 2014, Rol: 2149-13, identificador *vLex* VLEX-496152822.

⁸ Corte Suprema, 6 de marzo de 2014, Rol: 1956-13, identificador *vLex* VLEX-496152770.

⁹ Corte de Apelaciones de Iquique, 7 de octubre de 2014, Rol: 629-13, identificador *vLex* VLEX-567204458.

El Tribunal Constitucional en “Silvia Quiroz Lozano c/Asociación de Canalistas del Canal Los Niches”, el 2010¹⁰, reconoce que la ley puede establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos para proteger el medio ambiente, entre los que se encuentran los derechos de agua, pero luego precisa que no es esa la función del artículo 309 del CA que establece únicamente el mecanismo de perfeccionamiento del título, y, que, en consecuencia, es discriminatorio pretender limitar un derecho por esa vía.

IV. REGULARIZACIÓN DE DERECHOS DE AGUA QUE PREFIEREN SOBRE RAZONES MEDIOAMBIENTALES

En otro estado de cosas, pero siempre con relación a si el derecho de agua afecta o no el medio ambiente, se ha pretendido impedir la regularización de derechos de aguas realizadas en virtud del artículo 2° transitorio del CA. Esa norma establece el mecanismo para formalizar los derechos de agua consuetudinarios o de uso indubitado al momento de la dictación del Código, que son reconocidos en la Constitución en su artículo 19, N° 24, inciso final. Se ha alegado que no es posible esa regularización, ya que el derecho resultante puede afectar un aspecto medioambiental como es la existencia de recursos hídricos en un río declarado agotado.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta en fallo recaído en juicio “Corporación Nacional de Desarrollo Indígena con DGA”, el 2014¹¹, estima que no obstante estar agotado el río Loa, procede reconocer y regularizar los derechos de agua, ya que estos son preexistentes a la declaración de agotamiento del río Loa, y lo único que se hace con el procedimiento de regularización es la formalización de usos consuetudinarios amparados por la Constitución y la ley; suponiéndose que esa agua existía. En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Antofagasta el año 2015¹².

V. CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Por otra parte las comunidades indígenas, en atención al Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales¹³, en varias oportu-

¹⁰ Tribunal Constitucional, 20 de abril de 2010, Rol: 1309-09, en línea, <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1336>

¹¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de agosto de 2014, Rol: 114-14, identificador *vLex* VLEX-580977110.

¹² Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27 de marzo de 2015, Rol: 117-14, identificador *vLex* VLEX-580977122. Conforme a dicha norma las comunidades indígenas son beneficiarias del derecho a ser consultadas por determinados proyectos de desarrollo.

¹³ Tratado internacional adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1989, ratificado en septiembre del 2008, vigencia desde el 15 de septiembre del 2009.

nidades han tratado de detener proyectos productivos con el objeto de impedir supuestos daños ambientales a sus recursos naturales, en este caso, hídricos. En general los tribunales frente a estas alegaciones han respaldado la institucionalidad medioambiental y las tramitaciones efectuadas bajo su amparo, rechazando las respectivas acciones judiciales.

En “Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá con Compañía Minera Paguanta”, ante el Segundo Tribunal Ambiental en el 2015¹⁴ se reclamó por una resolución del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental que autorizó sondajes de prospección ejecutados por una empresa minera en su fase de exploración, donde las comunidades indígenas invocaron uso o contaminación de las aguas de uso ancestral y se pide que se realice el proceso de consulta indígena previa que contempla el Convenio 169 de la OIT. Se rechaza el recurso de reclamación, ya que se estima que el proceso de autorización de los sondajes de prospección fue válido, y cualquier efecto adverso en la explotación minera será debidamente considerado cuando el proyecto se someta a la necesaria evaluación ambiental.

Por otra parte, en el recurso de protección presentado por la “Comunidad Colla de Pai Ote - Cerro Casale contra el Servicio de Evaluación Ambiental de la Tercera Región de Atacama”, la Corte de Apelaciones de Copiapó en fallo de 2013¹⁵ rechaza el recurso que presenta la comunidad indígena contra un proyecto minero que usaría agua subterránea y construiría un acueducto, señalando que todas esas alegaciones se pudieron ver en la tramitación del respectivo estudio de impacto ambiental, incluso en la consulta previa realizada conforme con el Convenio OIT N° 169¹⁶.

Distinta es la situación conocida del proyecto El Morro. Inicialmente la Corte de Apelaciones de Copiapó, en fallo del 2014¹⁷, rechaza el recurso de protección presentado por Comunidades Indígenas Diaguitas que impugnaba la aprobación ambiental del proyecto minero fundada en una afectación integral de la cuenca y que todos esos bienes eran de ellos en el sentido amplio del dominio establecido en el Convenio N° 169 de la OIT. La Corte señaló que no veía afectación de las garantías invocadas, ya que el sistema de seguimiento ambiental de los proyectos aprobados otorgaba las garantías necesarias para los actores, y que incluso el proyecto se podía siempre revisar conforme art. 25 de la Ley N° 19.300. No obstante lo anterior, la Corte Suprema en fallo del 7 de octubre de 2014¹⁸ revocó

¹⁴ Segundo Tribunal Ambiental, 1 de diciembre de 2015, Rol: 54-14, identificador *vLex* VLEX-592891598.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Copiapó, 30 de abril de 2013, Rol: 26-2013, identificador *vLex* VLEX-488423534.

¹⁶ Se declaró inadmisibile el recurso de apelación contra la sentencia referida, Corte Suprema, Rol: 3294/2013.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Copiapó, 28 de abril de 2014, Rol: 436-2013, identificador *vLex* VLEX-571488430.

¹⁸ Corte de Suprema, 7 de octubre de 2014, Rol: 11299-2014, identificador *vLex* VLEX-538069242.

la sentencia de la Corte de Copiapó, acogiendo el recurso de protección y dejando sin efecto la Resolución de calificación ambiental de dicho proyecto. En su fallo objeta la forma en que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) habría realizado la consulta indígena que contempla el mencionado Convenio N° 169 de la OIT.

VI. PARQUES NACIONALES, CONVENCIÓN DE WASHINGTON

Es especial el caso del otorgamiento de derechos de agua en cursos de agua que atraviesan parques nacionales, ya que por preceptos de la llamada Convención de Washington o “Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América”, firmado en Washington el 12 de octubre de 1940 y aprobada en Chile en 1967¹⁹, el estándar para el otorgamiento de los mismos es mucho más alto. Además de analizar los requisitos comunes para todo otorgamiento de derechos de agua contemplados en los artículos 22 y 141 del CA, también se debe atender las exigencias y parámetros de este acuerdo internacional de carácter medioambiental. Son relevantes para estos efectos conceptos como “conservación del medio ambiente” y “preservación de la naturaleza”, “finés comerciales”, “contaminación”, o “áreas silvestres protegidas”.

En los casos que se explicarán a continuación, en general se trata de derechos de agua otorgados por la DGA en conformidad con las normas del CA, pero que al entender de la Corporación Nacional Forestal (CONAF) no debieron ser entregados si se atendía a los preceptos de la mencionada Convención de Washington.

La jurisprudencia que se presenta, en forma unánime, se inclinó por hacer primar la señalada Convención. Por otra parte, es destacable el funcionamiento de la institucionalidad en Chile en materia de recursos naturales, ya que se ve en forma clara las distintas posiciones manifestadas y defendidas, incluso en tribunales, por dos entidades, por una parte la DGA y por otra la CONAF. Cada cual en lo suyo persiguiendo el cumplimiento del objetivo que le encarga la ley. También esto último puede ser criticado desde el punto de vista de la coordinación que tienen que tener las entidades dependientes de la administración del Estado, según el artículo 5° de la Ley 18.575 de 1986, Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, salvo que alguien puede acotar que CONAF si bien es dependiente del Ministerio de Agricultura, es una entidad de derecho privado.

¹⁹ Decreto Supremo N° 531 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 4 de octubre de 1967.

En “CONAF con DGA”, la Corte Suprema, el 18 de noviembre de 2013²⁰, rechaza el otorgamiento de derechos de aguas en el parque Vicente Pérez Rosales señalando que la DGA debe considerar además de las leyes nacionales los tratados internacionales suscritos por el país, en lo que dice relación con el medio ambiente, protección de la naturaleza y preservación de la fauna y flora silvestre. Lo anterior no ocurrió en el presente caso, ya que el reclamante solicitó la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas sobre un caudal al interior del Parque Vicente Perez Rosales con fines comerciales o de lucro para la generación de hidroelectricidad. Agrega que dicha actividad naturalmente deteriorará y degradará los componentes del medio ambiente, es decir, la contaminación del aire, las aguas, el suelo, contaminación por ruidos, la contaminación de la flora, la fauna u otros componentes básicos del ambiente, atentando en suma contra el funcionamiento del ecosistema del Parque Nacional.

La referencia a los fines comerciales o lucro tiene que ver con el Artículo III de la señalada Convención, que prescribe: “Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales”.

Antes, la misma Corte Suprema, el 2 de abril de 2013²¹, también en juicio entre CONAF con la DGA, rechaza un derecho de aprovechamiento de agua solicitado en el Parque Nacional Chiloé, porque se produciría contaminación, señalando que al concederse el derecho de agua debe considerarse el respeto al medio ambiente y la preservación de la naturaleza, especialmente si recae en un área protegida. Asimismo, se invoca el artículo 11 de la ley de Bosques (texto refundido establecido por D.S. del Ministerio de Tierras y Colonización N° 4363 de 31 de julio de 1931), que señala: “Las reservas de bosques y los parques nacionales de turismo existentes en la actualidad y los que se establezcan de acuerdo con esta ley, no podrán ser destinados a otro objeto sino en virtud de una ley”.

Distinto es el trato que se dio al caso de un proyecto de central hidroeléctrica en zona cercana a un parque nacional, que los reclamantes

²⁰ Corte de Suprema, 18 de noviembre de 2013, Rol: 5703-2012, identificador *vLex* VLEX-482749474. En el mismo sentido: Corte de Suprema, 18 de noviembre de 2013, Rol: 5692-2012, identificador *vLex* VLEX-482749410; Corte de Suprema, 18 de noviembre de 2013, Rol: 5691-2012, identificador *vLex* VLEX-482749338 y Corte de Suprema, 18 de noviembre de 2013, Rol: 5683-2012, identificador *vLex* VLEX-482749278.

²¹ Corte Suprema, 2 de abril de 2013, Rol: 4743-13, identificador *vLex*, VLEX-436206390. En idéntico sentido diversos fallos de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt: Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 7 de agosto de 2013, Rol: 439-2013, identificador *vLex* VLEX-456539966; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 7 de agosto de 2013, Rol: 438-2013, identificador *vLex* VLEX-456539890; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 20 de agosto de 2010, Rol: 274-2010, identificador *vLex* VLEX-226586399 y Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 7 de agosto de 2013, Rol: 437-2013, identificador *vLex* VLEX-456539990.

llamarón “zona de amortiguación” de una reserva de la biosfera, donde la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en fallo del 2014²² rechazó una acción de protección declarando que los permisos ambientales estaban otorgados conforme a derecho.

VII. EXPLORACIÓN DE AGUA EN BOFEDALES

Un tema medioambiental que el Código resguarda especialmente es el de la exploración y explotación de recursos hídricos en zonas de vegas y de los bofedales de la Región de Tarapacá y Antofagasta. Los bofedales son humedales de especiales características ubicados en el norte de Chile, respecto de los que CA en su artículo 63 inciso 2º prohíbe explotar en mayor cantidad que la ya otorgada, salvo una autorización de la DGA fundada en investigaciones previas. La DGA ha exigido en forma preliminar a resolver solicitudes de derechos de agua donde los recursos hídricos están en zonas protegidas de vegas y bofedales, el ingreso del respectivo proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y los tribunales la han respaldado. La Corte de Apelaciones de Antofagasta el 2005²³ confirma el criterio expuesto, señalando que de no aplicarse, no podría establecerse el impacto que el ejercicio de derechos de aprovechamiento provocaría en las áreas de vegas y bofedales protegidas, revistiendo en consecuencia el carácter de preventivo.

VIII. AGUA DEL MINERO

En la conocida controversia judicial entre la DGA y cierta empresa minera en relación con el alcance de las normas del artículo 56 del CA que establece el derecho del minero y el artículo 110 del Código de Minería que se refiere a lo mismo, que fue dirimida por fallo de la Corte Suprema del 2013, se invocó como argumento por una de las partes para restringir el concepto de “agua del minero” razones de protección medioambiental, pero la Corte desechó esos argumentos. En efecto, la Corte Suprema en “Minera Los Pelambres con DGA”, del 2013²⁴, señaló que la explotación de aguas en un proyecto minero no se basa únicamente en las normas de los Códigos de Agua y de Minería citadas, sino también en que dicho tipo de proyectos requiere obtener todos los permisos ambientales que exige la Ley Nº 19.300.

²² Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 17 de junio de 2014, Rol: 179-2014, identificador *vLex* VLEX-515516766.

²³ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 20 de octubre de 2005, Rol: 660-2005, identificador *vLex* VLEX-564092798.

²⁴ Rol: 6997-2012, identificador *vLex* VLEX-482732086.

IX. ACUÍFEROS CON ÁREA DE RESTRICCIÓN O ZONA DE PROHIBICIÓN

El CA en materia de aguas subterráneas establece en los artículos 63 y 65 las zonas de prohibición y áreas de restricción, respectivamente, que son medidas de protección para los acuíferos sobreexplotados. Estas medidas cautelares hídricas si bien también persiguen la protección de derechos de agua de los titulares frente a nuevos otorgamientos, tienen un claro propósito medioambiental, ya que persiguen la “protección del acuífero”, y se declaran cuando “exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero”.

Los tribunales han tenido presente la importancia que tienen las declaraciones de zonas de prohibición o área de restricción respecto de los acuíferos, ya que las han tenido en consideración para confirmar la denegación de solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas. En fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del 2011²⁵ se confirma el rechazo de derechos de aprovechamiento de aguas en la Pampa del Tamarugal, entre otras razones, porque el acuífero fue declarado zona de restricción. En idéntico sentido, la misma Corte de Apelaciones el 2013²⁶ rechazó una solicitud de derecho de agua en un acuífero en restricción, incluso de carácter provisorio, señalando que la DGA debe cuidar el interés general de todos los usuarios de un acuífero, el que no puede ser usado de manera indiscriminada pues derivaría en su extinción.

Por último la Corte de Apelaciones de Santiago el 2013²⁷ confirmó el rechazo por parte de la DGA de un derecho de agua en un acuífero de la Región Metropolitana con declaración de área de restricción, invocando, en este caso, además, la Ley N° 20.411 del 2009, que prohibió dar agua en acuíferos y subacuíferos ya saturados.

X. SERVIDUMBRE EN TERRENO PROTEGIDO

Las servidumbres son gravámenes al dominio que muchas veces importan una limitación que implican una pérdida del uso efectivo del bien, ya que queda imposibilitado de usarse para cualquier destino distinto del que le dé el beneficiario; por ejemplo, una servidumbre de acueducto implica normalmente que el dueño no podrá utilizar el área afecta para nada de su interés. Entonces el dominio muchas veces se mantiene únicamente desde el punto de vista teórico. Con todo, también se da la

²⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2011, Rol: 1612-10, identificador *vLex* VLEX-340022266.

²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de agosto de 2013, Rol: 899-2012, identificador *vLex* VLEX-563498234.

²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2013, Rol: 823-2012, identificador *vLex* VLEX-563500042.

contrapartida, en el sentido que la indemnización correspondiente en valor es muy similar a la de expropiación. Atendido lo anterior es que muchos propietarios rehúyen de las servidumbres y se oponen a la constitución de las mismas. Con mayor razón si se trata de algún terreno de interés medioambiental.

En una discusión en la que se plantea el problema descrito precedentemente, la Corte Suprema el 2013²⁸ rechaza la alegación consistente en que el constituir una servidumbre de acueducto en favor de un derecho de agua respecto de un terreno que se estima “prioritario de conservación”, significa que se pase de una limitación de dominio a una pérdida total de dominio.

Igualmente, en otro caso se planteó un cuestionamiento específico de constitución de servidumbre para un derecho de agua no consuntivo asociado a una central hidroeléctrica, sin que previamente la materia sea conocida y resuelta por los organismos medioambientales, porque de otra manera podría haber daño al medio ambiente. No obstante lo anterior, el Juzgado de Letras de Pucón, el 2013²⁹, concedió igualmente la servidumbre solicitada, porque estimó que concurrían todos los requisitos legales.

XI. DAÑO AMBIENTAL O CONTAMINACIÓN EN RELACIÓN CON OBRAS

La integridad medioambiental es un bien jurídico perseguido por muchos y respecto del que la legislación ampara de distintas formas y contempla distintas vías para su protección judicial. La contaminación de las aguas o daño ambiental sobre las mismas ha sido fundamento de varias sentencias para impedir la construcción de obras, o detener su funcionamiento.

1. CASOS JUDICIALES EN LOS QUE SE RECLAMÓ DAÑO MEDIOAMBIENTAL O SITUACIONES SIMILARES Y LOS TRIBUNALES ACOGIERON ESAS ALEGACIONES

- a. *Sosiego medioambiental*: la Corte de Apelaciones de Santiago en 1998³⁰ acogió un recurso de protección presentado contra el Instituto de Desarrollo Agropecuario fundado en la infracción del artículo 19, N° 8 de la Constitución Política, es decir, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, paralizando la construcción de una

²⁸ Corte Suprema, 28 de octubre de 2013, Rol: 7338-2013, identificador *vLex* VLEX-475667934.

²⁹ Juzgado de Letras de Pucón, 28 de marzo de 2013, Rol: 37-2012, identificador *vLex* VLEX-567619094. Se confirma en sentencia de Corte Suprema, de 27 de marzo de 2014, Rol: 14853-2013.

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de agosto de 1998, Rol: 3404-95, identificador *MicroJuris*, MJJ691.

- bocatoma para una alcantarilla derivada del canal Las Mercedes que enfrentaba la propiedad del recurrente. La Corte dice que dicha obra afectaba el dominio del recurrente, por no poder usarlo con normalidad, sin el bienestar necesario; restringe el sosiego en lo ambiental como en la seguridad, que hasta el momento ha sido parte de su goce.
- b. *Demanda de daño ambiental*: el Consejo de Defensa del Estado impugnó la explotación ilegal de una batería de 35 pozos en la Pampa del Tamarugal que hacía la empresa Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad, extrayendo más del 25% de su recarga natural y menoscabando severamente esta última, produciendo un detrimento ambiental, consistente en la pérdida de elementos que afectan las cualidades propias e intrínsecas del bien protegido. La Corte Suprema el 2011³¹ acoge recurso de casación en el fondo, ordenando cerrar la explotación de la batería de pozos impugnada, rechazando el argumento consistente en que el daño ambiental para ser acogido tiene que ser cuantificado.
- c. *Denuncia de obra nueva*: la Corte Suprema en fallo de 21 de octubre de 2014³², resolviendo en casación, acogió la denuncia de obra nueva presentada respecto del tranque de relave El Mauro de la minera Los Pelambres, en Caimanes, IV Región. Señala que procede la denuncia de obra nueva porque la construcción del mencionado tranque de relave afecta a los titulares de derechos de agua, ya que el vertimiento de desechos en dicho reservorio contamina las aguas, lo que impide a los actores y a los habitantes del pueblo Caimanes captar agua desde los pozos del respectivo APR (agua potable rural). Acota la Corte que el interdicto se interpuso en beneficio de un bien nacional de uso público, como es el agua del estero Pupío, encontrándose en riesgo el sustento del recurso hídrico empleado en el consumo humano y como medio de producción, afectando la seguridad de la comunidad local.
- d. *Obras hidráulicas, aprobación y cierre*: anteriormente y respecto de la misma obra minera en la localidad de Caimanes, la Corte de Santiago el 2006³³ acoge recurso contra la DGA que aprobó las obras hidráulicas del tranque de relave, señalando que el artículo 295 del CA dice que se autorizarán obras una vez aprobado el proyecto definitivo y siempre que se compruebe que no se afecte la seguridad de terceros y la contaminación de las aguas, en razón que nada de esto se ha asegurado. Es importante resaltar que este artículo es una de las pocas normas del CA que se refiere en forma explícita a la contaminación. Agrega la Corte que la obra conllevará todo el daño que se ha hecho

³¹ Corte Suprema, 28 de octubre de 2011, Rol: 5826-2009, identificador *vLex* VLEX-333053670.

³² Corte Suprema, 21 de octubre de 2014, Rol: 12938-2013, identificador *vLex* VLEX-540070602.

³³ Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de noviembre de 2006, Rol 12004-2005, identificador *vLex* VLEX-515524798.

ver en la cuenca o subcuenca geográfica de que se trata, ubicada en una cadena montañosa y enclavado dicho proyecto precisamente por donde se desplazan y manan de modo natural las aguas de que se abastece y beneficia tan amplio sector geográfico del país.

Igualmente relevante es la consideración que dice relación con la garantía medioambiental respecto del término de la obra. En este caso la DGA había establecido que el titular del proyecto, a 5 años del término del mismo, es decir, 35 años en adelante, debía someter a dicha entidad la planificación del abandono de la obra. La Corte Suprema señala que lo exigido por la autoridad encargada del agua es insuficiente, ya que el problema ha quedado diferido por 35 años, lo que no es garantía de seriedad³⁴.

- e. *Vertimiento de aguas servidas*: la Corte de Apelaciones de San Miguel en 1998³⁵ acoge recurso de protección contra EMOS S.A., hoy Aguas Andinas, antes que se desarrollaran las plantas de tratamiento de aguas servidas que hoy existen, por la construcción de un alcantarillado en Valdivia de Paine con vertimiento directo al río Angostura, sin tratamiento previo, porque contamina el río. La Corte señala que se afectan los derechos de agua de los recurrentes y de la comunidad toda por la contaminación de las aguas que se destinen al consumo humano, animal y para cultivos.

2. CASOS EN LOS QUE LA JUDICATURA NO ACOGIÓ LAS ACCIONES MEDIOAMBIENTALES EJERCIDAS

- a. *Humedal*: en relación con la laguna Batuco que es considerada un humedal de interés medioambiental, la DGA sostiene respecto de los dueños del respectivo inmueble y en cuanto a sus derechos de agua, que el uso de los mismos está afectando la flora y fauna local y que por ello las obras realizadas debieron someterse al sistema de evaluación ambiental. Además alega que se está produciendo un daño medioambiental. La Corte de Santiago recientemente acoge reclamación contra la DGA señalando que las aguas son de uso inmemorial, que pueden ser regularizadas por el artículo 2º transitorio del CA, y con una planta de tratamiento que descargue lo histórico³⁶.

³⁴ En términos muy similares Corte de Apelaciones de Santiago, R: 11915/2005. Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de noviembre de 2006, Rol 11915-2005, identificador *vLex* VLEX-515539598.

³⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, R: 358/96. Corte de Apelaciones de San Miguel, 29 de enero de 1998, Rol: 358-96, identificador *MicroJuris*, MJJ716.

³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de diciembre de 2013, Rol: 6098-2012, identificador *vLex* VLEX-579524802. Se interpuso recurso de casación en contra de esta sentencia, pero aún no se resuelve.

- b. *Obra hidráulica*: la Corte de Apelaciones de Santiago el 2015³⁷ rechaza reclamación por estimar que la solicitud de aprobación de la obra hidráulica solicitada era procedente de acuerdo con los criterios legales, y no correspondía en esa instancia de aprobación verificar la colisión de derechos invocada. En efecto, en el respectivo recurso que impugnaba la autorización para la construcción de una obra hidráulica mayor (art. 294 del CA), se esgrimían como argumentos asuntos que tenían que ver con la legitimidad o validez de los derechos de agua asociados al titular de la obra y, además, otros que hacían referencia a una posible contaminación de las aguas como consecuencia de la construcción de la señalada obra. La Corte descartó estas últimas argumentaciones señalando que el trámite de aprobación de obra hidráulica mayor tenía que atender a los criterios técnicos del proyecto, pero no a asuntos como calidad de los derechos de agua del titular o posibles consecuencias contaminantes.
- c. *Escasez de agua*: habitantes de la comuna de Antuco presentaron recurso de protección contra ENDESA por extracciones de agua de carácter ilegal y arbitrarias que producirían escasez del recurso, perjudicando a las especies silvestres del lugar y afectando la actividad turística del área declarada por la UNESCO como reserva mundial de la biosfera, ya que alberga más de 41 especies endémicas de plantas y más de 40 de fauna, entre aves, peces, reptiles, anfibios y mamíferos. La Corte de Apelaciones de Concepción el 2013³⁸ rechazó la acción de protección, ya que no se probó que la empresa recurrida haya sacado agua del embalse fuera de sus derechos y tampoco que los regantes hayan quedado sin agua para el regadío.
- d. *Reutilización de aguas servidas tratadas y contaminación con olores*: residentes de la zona de Alto Hospicio presentan recurso de protección contra la empresa sanitaria de la zona y contra la Superintendencia del Medio Ambiente por olores nauseabundos emanados de la planta de tratamiento de aguas servidas y el bosque de olivos, ambos de dicha empresa, y que se riegan con las aguas provenientes de la señalada planta de tratamiento. La Corte de Apelaciones de Iquique el 2013³⁹ rechaza el recurso de protección porque no se puede decir con certeza que las aguas con que se riega el bosque de olivos sean contaminantes y, por el contrario, se estima positivo que en medio

³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de agosto de 2015, Rol: 9844-2014, identificador *MicroJuris*, MJJ42379. Se interpuso recurso de casación en contra de esta sentencia, pero aún no se resuelve.

³⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de octubre de 2013, Rol: 680-2013, identificador *vLex* VLEX-589943170. Se confirma en sentencia de Corte Suprema, de 13 de noviembre de 2013, Rol: 10343-2013.

³⁹ Corte de Apelaciones de Iquique, 9 de diciembre de 2013, Rol: 498-2013, identificador *vLex* VLEX-563402014. Se confirma en sentencia de Corte Suprema, de 30 de enero de 2014, Rol: 16762-2013.

del desierto árido se destinen importantes recursos económicos en mantener especies arbóreas; además, porque es un tema que lo está viendo la administración.

- e. *Zanja de aguas lluvias y servidas*: se denuncia a la DGA para que clausure la escorrentía de aguas lluvias y servidas que atraviesan propiedad del recurrente y le impiden trabajar su terreno, lo que la DGA rechaza por tratarse de un cauce natural. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt el 2014⁴⁰ rechazó el recurso de protección señalando que la DGA no hizo sino actuar conforme los hechos y el derecho, ya que tratándose de un cauce natural no se trataba de una obra que debe someterse a su aprobación.
- f. *Alteración del medio ambiente por desvío de aguas*: se presenta reclamación contra rechazo de la DGA a oposición de autorización de obras hidráulicas que permitirán el desvío de importantes caudales de la cuenca alta del río Maipo para el funcionamiento de las centrales Alfalfal II y Las Lajas del llamado Proyecto Alto Maipo. Se alega que producto de dichas obras se verán perjudicados derechos de agua, ya que al hacerse los desvíos se alterará el equilibrio de los cauces, se impedirá la entrega de agua al humedal en el que existe flora y fauna, así como de agua potable para esos sectores. La Corte de Apelaciones de Santiago el 2013⁴¹ rechaza la reclamación señalando que temas como la alteración medioambiental de la fuente natural, en este caso, el río Maipo, no corresponde discutirla en el ámbito de un recurso de reclamación contra las decisiones de la DGA, ya que aquel no es acción popular, sino una específica del Código de Aguas, que vela por los derechos de aprovechamiento de aguas de la zona, pero no está pensada para dimensionar si las obras a realizar para la concreción del proyecto autorizado afectan o no el medio ambiente.

XII. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. ARTÍCULO 19, N° 8 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Sociedad Aguas Tres Puentes SpA presenta recurso de protección contra personas que han abierto en sus predios una zanja por la que recolectan aguas a lo largo de 500 metros y desembocan en el río Negro, las que pueden llegar a tener contaminantes tales como pesticidas, fertilizantes u otros, contaminando las aguas del señalado río, lo que infringe el artículo 19, N° 8 de la Constitución Política. La Corte de Apelaciones de Puerto

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 26 de septiembre de 2014, Rol: 456-2014, identificador *vLex* VLEX-534788658. Se confirma en sentencia de Corte Suprema, de 10 de noviembre de 2014, Rol: 25662-2014.

⁴¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de julio de 2013, Rol: 7431-2011, identificador *vLex* VLEX-573049578.

Montt el 2013⁴² rechazó el recurso de protección por estimar que la obra fue construida en ejercicio del derecho de dominio de los dueños del predio y no se advierte vulneración de los derechos del recurrente.

En otra situación, la DGA recurre de casación en el fondo contra sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que cambió la resolución de dicha entidad administrativa en lo referente al cobro de patentes por no uso de los derechos de aprovechamiento de agua, conforme con el CA. La DGA sostiene que para la determinación de las patentes por no uso no se puede dejar de tener en consideración la escasez o disponibilidad del recurso a la que nuestra sociedad se verá enfrentada en el futuro, de cara a proteger al medio ambiente. La Corte Suprema en el 2014⁴³ acoge el recurso de casación en el fondo ratificando la tesis de la DGA en cuanto a que la mayor o menor escasez de agua es relevante al momento de establecer el monto de la patente por no uso del recurso hídrico.

XIII. OBLIGACIÓN MUNICIPAL DE LIMPIEZA DE CANALES

A la sociedad Fábrica de Papel y Cartón Schorr y Concha S.A. le fue impuesta por el SEREMI de Salud de la Región del Maule la obligación de proceder al cierre de los bordes del canal El Cartón e impedir el acceso a sus límites a la población y, además, proceder a su limpieza. La sociedad afectada ejerce diversas acciones, como nulidad de derecho público para dejar sin efecto la orden impuesta, de indemnización de perjuicios contra el Fisco por falta de servicio dado que no habría cumplido su obligación de mantener limpio el referido canal y, además, una demanda declarativa contra la Municipalidad de Talca por su obligación de cierre del mismo. En definitiva las dos primeras acciones son rechazadas, pero en recurso de casación en el fondo la Corte Suprema el 2013⁴⁴ dispuso que en virtud del artículo 92 inciso 3° del CA, la Municipalidad está obligada a concurrir a la limpieza del canal en la parte que atraviesa zona urbana. En efecto, la señalada norma establece que dentro del territorio urbano es obligación de las municipalidades concurrir a la limpieza de los canales obstruidos por basuras, desperdicios u otros objetos botados en ellos.

XIV. TRATAMIENTO DE AGUAS SERVIDAS Y USO DE LAS MISMAS

La empresa de servicios sanitarios de la III Región, Aguas Chañar, ejecutó ciertas obras de desvío de las aguas servidas tratadas que se en-

⁴² Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 26 de abril de 2013, Rol: 43-2013, identificador *vLex* VLEX-434110030.

⁴³ Corte de Suprema, 29 de mayo de 2014, Rol: 4821-2013, identificador *vLex* VLEX-513084022.

⁴⁴ Corte de Suprema, 1 de octubre de 2013, Rol: 760-2013, identificador *vLex* VLEX-471227050.

tregaban al canal Chamonate, sector Piedra Colgada, aprobadas mediante resolución de calificación ambiental, para ser entregadas por convenio a la Compañía Contractual Minera Candelaria para su uso, lo que trajo como consecuencia que recibieran menos agua los agricultores del señalado canal ubicados aguas abajo de esas nuevas obras de descarga. Estos agricultores presentaron amparo judicial de agua contemplado en el artículo 181 del CA. La Corte de Apelaciones de Copiapó el 2012⁴⁵ desestimó el amparo judicial de aguas, considerando que Aguas Chañar tiene derechos de aprovechamiento consuntivos sobre esas aguas, la que la faculta para consumir totalmente las mismas, careciendo los demandantes de todo derecho sobre ellas, y, además, porque “no es procedente en relación a los entorpecimientos de derechos derivados del ejercicio legítimo de un derecho por quien causa el entorpecimiento”.

La Comunidad de Aguas Canal Chamonate presentó recurso de casación en el fondo contra la señalada sentencia de segundo grado que fue acogido por la Corte Suprema el 2013⁴⁶, fundándose en que el amparo judicial de aguas no solo beneficia al titular de los derechos de aprovechamiento de aguas, sino también a los dueños de los inmuebles al que se destinan las aguas, que ha de entenderse que pueden ser poseedores de las aguas, mero tenedor de las mismas, e, incluso, que hacen uso efectivo y actual de ellas.

Idénticas decisiones de la Corte de Apelaciones de Copiapó⁴⁷ y de la Corte Suprema⁴⁸ recaídas en otro amparo judicial de aguas interpuesto por don Ramón Sánchez Fernández referentes a la misma contienda.

Otra discusión en torno a proyectos de tratamiento de aguas servidas urbanas se presentó en la Región Metropolitana a propósito de la ampliación de la planta de tratamiento de aguas servidas de Aguas Andinas para depurar las aguas contaminadas de la zona norte de Santiago (planta Mapocho), que al interceptarlas a nivel de red de alcantarillado (evitando que se vertieran al río Mapocho) y conducir las mediante un colector a la señalada planta, dejaron de ser captadas por algunos canales de regadío de la Segunda y Tercera Sección del río Mapocho. Las señaladas obras fueron autorizadas mediante Resolución de Calificación Ambiental imponiéndose al titular la obligación de entregar cierta cantidad de las aguas tratadas al canal Las Mercedes y de hacer las obras respectivas. Con posterioridad el respectivo Consejo de Ministros acogió reclamación de la concesionaria Aguas Andinas y dejó sin efecto las obligaciones en bene-

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Copiapó, 8 de junio de 2012, Rol: 15-2012, identificador *vLex* VLEX-380190722.

⁴⁶ Corte Suprema, 7 de octubre de 2013, Rol: 5314-2012, identificador *vLex* VLEX-473535158.

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Copiapó, 8 de junio de 2012, Rol: 433-2011, identificador *vLex* VLEX-563549326.

⁴⁸ Corte Suprema, 7 de octubre de 2013, Rol: 5310-2012, identificador *vLex* VLEX-473535070.

ficio del mencionado canal, motivo por lo que interpuso la reclamación establecida en el artículo 20 de la Ley N° 19.300.

En segunda instancia la Corte de Apelaciones de Santiago decidió rechazar el reclamo debido a la falta de legitimación activa de la asociación reclamante, pues el Proyecto en cuestión –presentado el 2007– se tramita según la antigua Ley de Bases del Medio Ambiente, sin las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.417 (conforme a su art. 1° transitorio) y, por tanto, el único titular de la acción prevista en el Art. 20 de la Ley N° 19.300 es el responsable o titular del proyecto, Aguas Andinas S.A.⁴⁹.

Con posterioridad, la Corte Suprema, conociendo la casación en el fondo, anuló lo resuelto en alzada y declaró que la asociación demandante sí tenía legitimación activa para interponer su reclamo y ordenó devolver los autos al Tribunal de segunda instancia para que se pronunciara en torno al fondo de la discusión⁵⁰. Declara que no obstante el tenor del Art. 20 de la Ley N° 19.300 parece restringir la acción únicamente al titular del proyecto, lo cierto es que ella nunca se le niega de forma expresa a los demás interesados y que lo anterior, a la luz del espíritu del derecho ambiental y de las importantes reformas legislativas que se sucedieron, las que han tendido a ampliar la participación de los actores en la materia, lleva a concluir que la recta interpretación de esta norma es que sí cabe admitir que la actora pueda reclamar judicialmente lo resuelto por el SEA.

XV. GLACIARES

Probablemente uno de los aspectos más recientes en el derecho de agua en su faceta medioambiental es lo que tiene que ver con los glaciares. Estos últimos pasaron a ser objeto de interés desde el momento en que se hizo evidente que podían entrar en conflicto con la actividad minera y al mismo tiempo se tomó conciencia de su importancia como fuentes de recursos hídricos.

Refleja plenamente lo anterior la demanda de daño ambiental fundada en el artículo 53 de la Ley N° 19.300 y en el artículo 17 N° 2 de la Ley N° 20.600, presentada por don Alonso Fernando Villegas Bordones y otros contra de la Compañía Minera Nevada SpA ante el Segundo Tribunal Medioambiental.

En los hechos, la demanda se funda en que el proyecto de la referida Compañía se habría instalado directamente sobre glaciares. Refieren titularidad de la acción por daño ambiental de los demandantes, indicando que se trataría principalmente de pequeños agricultores y ganaderos de la comuna de Alto del Carmen y alrededores, cuyos derechos de aguas,

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de agosto de 2014, Rol: 7829-2013.

⁵⁰ Corte Suprema, 10 de agosto de 2015, Rol: 26.558-2014.

según ellos, se habrían visto gravemente afectados por los supuestos impactos producidos por el referido proyecto. Asimismo indican que el resto de los demandantes, al ser defensores del medio ambiente, también sufrieron un daño o perjuicio, por lo que se encontrarían legitimados para accionar. Explican luego la importancia ambiental y ecológica que tendrían los glaciares y el ambiente periglacial supuestamente afectado por el proyecto, enfatizando que como consecuencia de dicha afectación se encontrarían comprometidos sus derechos de aguas por la falta de disponibilidad del recurso proveniente de los mismos, especialmente en verano. Agregan que los glaciares sufrirán impactos indirectos producto de los cambios en los patrones de acumulación de nieve y en sus dinámicas, lo que sería agravado por la depositación de material particulado en su superficie.

El Segundo Tribunal Ambiental el 2005⁵¹ si bien rechaza la demanda de daño al medio ambiente, hace interesantes consideraciones. El Tribunal resuelve desde una mirada de conjunto de las materias analizadas en el proceso y del estado actual de desarrollo del país, lo que lo lleva a reconocer y destacar la complejidad que tiene, por una parte para la Administración, la evaluación ambiental de un proyecto que implique la posible afectación de glaciares y, por la otra, para esa jurisdicción ambiental especializada, el conocer de una acción de reparación de daño ambiental sobre la supuesta afectación de los glaciares.

La referida complejidad se derivaría, en ambos casos, de un conjunto de factores que se podrían resumir en: a) la importancia ecológica, ambiental y social que han adquirido los glaciares en los últimos años en nuestro país, derivado, en parte importante, del mayor conocimiento de su rol ecológico en el ciclo de los recursos hídricos en un país históricamente afectado por la sequía, y de la creciente percepción social acerca de la necesidad de promover su protección, cuando no su intangibilidad; b) la dificultad de evaluar ambientalmente, y anticipar sus efectos e impactos, de proyectos que presentan serios desafíos tecnológicos para diagnosticar, evaluar y monitorear tanto las condiciones originales de los glaciares como su evolución durante el desarrollo de actividades, principalmente mineras, a realizarse durante décadas que deben, por tanto, considerar adicionalmente los posibles efectos acumulativos, tanto naturales como antropogénicos; y, c) la mayor precisión y definición que ha tenido últimamente el fenómeno del cambio climático que afecta al planeta tierra y cuyos efectos, específicamente en los glaciares, se monitorean cada vez con mayor exactitud, disminuyendo incertidumbres y confirmando los pronósticos negativos del futuro de muchos de estos cuerpos de hielo.

⁵¹ Segundo Tribunal Ambiental, 20 de marzo de 2015, Rol: 2-2013, identificador *vLex* VLEX-570265390.

Así, teniendo en cuenta los factores antes indicados, que podrían facilitar la aceleración en la desaparición de glaciares, y en el contexto de la evaluación ambiental de proyectos que los puedan impactar, el Tribunal estima que sería razonable que tanto titulares de proyectos como la Administración consideren medidas, tanto de protección, mitigación o compensación, que hagan frente a la situación ambiental de los glaciares de las áreas de influencia correspondientes. Asimismo, que adopten mecanismos idóneos para asegurar la máxima exactitud y confiabilidad posible de la información emanada de los monitoreos comprometidos a los cuerpos de hielo, de manera que ella esté accesible pública y transparentemente a fiscalizaciones para mejorar su gestión. Pero ello no implica que la Compañía demandada sea la única y directamente responsable del daño.

XVI. RELACIÓN LEY N° 19.300 Y CÓDIGO DE AGUAS EN TRAMITACIÓN DERECHO DE AGUA Y OTROS ASPECTOS

1. DERECHOS DE AGUA Y PERMISOS MEDIOAMBIENTALES

En la práctica el otorgamiento de derechos de aguas está sometido a una tramitación medioambiental previa, ya que usualmente deben pasar por aprobación de la bocatoma que verifica el impacto “que provocaría en las áreas de vegas y bofedales protegidas, revistiendo en consecuencia el carácter de preventivo. Lo avala el artículo 24 de la Ley N° 19.300 que impide la tramitación especial si no se ha aprobado el permiso medioambiental”⁵².

La Corte Suprema el 2012 rechaza casación por estimar que la Corte de Apelaciones falló correctamente al negar exploración en bien nacional de uso público relativos a vegas y bofedales, ya que no era necesario recurrir a la Ley N° 19.880 ni a las normas medioambientales, ya que el procedimiento está claramente resuelto⁵³.

2. INTERÉS JURÍDICO MEDIOAMBIENTAL

- a. La Corporación Chilena Ambiente interpone recurso de reclamación contra resolución de la DGA que otorgó derecho de agua de carácter no consuntivo por 330 metros cúbicos por segundo para generación hidroeléctrica en el río Pascua en Coyhaique. La Corte de Apelaciones

⁵² Ver supra 23.

⁵³ Corte Suprema, 25 de septiembre de 2012, Rol: 1652-2010, identificador *vLex* VLEX-436734562.

- de Coyhaique el 2011⁵⁴ rechaza oposición de esta entidad, a pesar que su objeto es de carácter medioambiental, por no tener interés jurídico para interponer oposición, ya que no tiene ningún derecho de agua en el señalado río que pueda verse afectado.
- b. En el mismo sentido la Corte Suprema el 2007⁵⁵ rechaza recurso de protección que impugnaba obras que supuestamente iban a contaminar las aguas subterráneas, supuestamente del recurrente, ya que este no acreditó que fuera dueño de esos derechos de aguas de carácter subterráneos.
 - c. Igual en recurso de reclamación presentado contra la DGA en el caso de impugnación de las obras hidráulicas propias del proyecto hidroeléctrico Alto Maipo, la Corte de Apelaciones de Santiago el 2013⁵⁶ rechaza el recurso por estimar que la alteración medioambiental del río Maipo no corresponde verla ahí, ya que la reclamación no es una acción popular sino específica de los titulares de derechos de agua.
 - d. Frutícola Exportadora de Atacama interpone recurso de protección contra la Comisión de Evaluación de la III Región de Atacama por haber dictado en forma ilegal determinadas Resoluciones de Calificación Ambiental de proyectos eléctricos y mineros de terceros, pidiendo sean dejadas sin efecto y además, que: i) se ordene evaluar ambientalmente ambos proyectos, ii) ordene incluir en la evaluación un tercer proyecto, y iii) se ordenen otras medidas para restablecer el imperio del derecho. La Corte de Copiapó el 2014⁵⁷ rechaza el recurso de protección, ya que si lo que se objetan son las resoluciones de calificación ambiental, dictadas por la autoridad recurrida, en cuanto actos terminales de alto contenido técnico, ello en razón de haberse denunciado ilegalidades en su otorgamiento, corresponde que tal materia sea conocida y resuelta en sede de los tribunales ambientales.
 - e. La Junta de Vecinos Norte de Maitencillo presentan recurso de protección contra el Intendente de Valparaíso y otra por dictar la resolución de calificación ambiental referente al proyecto inmobiliario Costa Laguna, fundado en que el mismo usará una cantidad importante de recursos hídricos de carácter subterráneos que afectarán la sustentabilidad del acuífero, además porque la DGA no hizo los estudios adecuados. La Corte de Valparaíso el 2014⁵⁸ rechazó recurso de protección, señalando

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Coyhaique, 5 de octubre de 2011, Rol: 5-2011, identificador *vLex* VLEX-324421807. Se interpuso recurso en contra de esta sentencia, pero fue declarado inadmisibile.

⁵⁵ Corte Suprema, 9 de mayo de 2007, Rol: 1904-2007, identificador *MicroJuris*, MJJ9755.

⁵⁶ Ver supra 41.

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Copiapó, 12 de junio de 2014, Rol: 124-2014, identificador *vLex* VLEX-515564146. Se confirma en sentencia de Corte Suprema, de 28 de agosto de 2014, Rol: 16603-2014.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 de enero de 2014, Rol: 6823-2013, identificador *vLex* VLEX-488855790. Se confirma en sentencia de Corte Suprema, de 29 de abril de 2014, Rol: 2892-2013.

que el problema si era declaración de impacto ambiental o estudio de impacto ambiental es una materia que está determinada en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 y para su reclamo se ha establecido un procedimiento especial conforme lo dispone el artículo 20 de la Ley N° 19.300 en relación con el artículo 60 de la misma ley.

XVII. CONCLUSIÓN

No es fácil establecer conclusiones luego de toda la revisión de casos que se ha hecho precedentemente, al menos de aspectos sustantivos y generales que tengan que ver con el agua y el medio ambiente. Más bien, de toda la revisión de casos judiciales hecha referida a fallos de tribunales, Cortes nacionales, Corte Suprema, Tribunales Ambientales y del Tribunal Constitucional, se puede concluir que no siempre van de la mano los temas del derecho de aguas, que tiene una orientación principalmente encaminada a asegurar el ejercicio de los derechos sobre los recursos hídricos, con los del derecho medioambiental que evidentemente tiene por objeto prioritario proteger el medioambiente. Sin embargo, al mismo tiempo, se puede concluir que existe la institucionalidad adecuada como para resolver los conflictos que se presentan por la interacción de ambas disciplinas, y que para los tribunales chilenos estos temas no le son ajenos, ni tienen una actitud pasiva o distante. También se puede concluir que los tribunales de justicia en la mayoría de los casos han resuelto integrando las disciplinas del derecho de aguas y la del derecho del medio ambiente, dándoles un tratamiento conjunto y armónico.

WORDIE HOUSE: UN CASO DE DAÑO MEDIOAMBIENTAL EN LA ANTÁRTICA

GUSTAVO RAMÍREZ BUCHHEISTER

*Abogado, Universidad de los Andes, Chile
Profesor Derecho Internacional Público e Historia del Derecho
Universidad de Magallanes, Chile*

RESUMEN: Evitar la degradación de áreas de importancia histórica y estética es uno de los principios medioambientales del Protocolo de Madrid. En 2010, tres partes denunciaron al Sistema del Tratado Antártico el daño provocado a un Sitio Histórico por personas no autorizadas a acceder al lugar. Se analizará el marco jurídico aplicable al caso, los antecedentes de este y la experiencia recogida a partir del él, al haber sido calificado una “primera vez histórica”.

Palabras clave: Protocolo de Madrid, sitios o monumentos históricos, Sistema del Tratado Antártico.

I. INTRODUCCIÓN

En 2010, tres Partes Consultivas del Tratado Antártico informaron en la Reunión Consultiva que la cabaña *Wordie House* había sido dañada por personas que se encontraban ahí sin la debida autorización. Debido a que la cabaña se encuentra en la lista de Sitios o Monumentos Históricos del Sistema del Tratado Antártico, ella es objeto de protección en conformidad a las normas del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente o también Protocolo de Madrid (en adelante Protocolo de Madrid¹). El presente caso ha sido calificado como una primera vez histórica², en el sentido de que es la primera sentencia penal dictada a partir del daño provocado a un bien protegido por el Protocolo de Madrid.

¹ Se conoce con este nombre porque se firmó en Madrid el 4 de octubre de 1991.

² *Cfr.* TERRES AUSTRALES ET ANTARCTIQUES FRANÇAISES, *Infraction en Antarctique: l'affaire "Wordie House"* (consultado el 3 de febrero de 2016).

Si consideramos, además, que a partir de este nuevo precedente pueden nacer otros objetos de estudio para diversas áreas del Derecho, el análisis del caso *Wordie House* resulta muy interesante.

La presente investigación, de carácter documental, examinará los antecedentes desde lo general hacia lo particular, comenzando con una explicación del marco jurídico aplicable al caso, para luego pasar a los hechos que lo constituyen. Sin embargo, al tratarse de un asunto nuevo en un sistema en desarrollo, los documentos presentados por los Estados Parte y que nos sirven de fuente, frecuentemente incorporan comentarios, conclusiones o recomendaciones que pueden ser vistas como una especie de *obiter dictum*. A estas también dedicaremos un espacio de análisis, habida cuenta de su aporte a la consolidación del Sistema del Tratado Antártico³.

El texto se ha dividido en tres partes. En la primera de ellas se relaciona el desarrollo del Tratado Antártico y demás acuerdos de protección medioambiental que se han generado a su alero. Finalmente se analizan las disposiciones pertinentes al caso. La segunda sección contiene la revisión de los hechos y un examen al proceso, administrativo y judicial, que llevó a la sentencia de la Corte Regional de París en 2014. También contiene los comentarios, conclusiones y recomendaciones que se han mencionado más arriba. El tercer apartado hace una revisión del caso desde la perspectiva del Ordenamiento chileno: qué normas y procedimientos deberían aplicarse, si hubiese quedado sometido a la jurisdicción de Chile.

Para finalizar, intentamos extraer de cada una de las partes de esta investigación alguna conclusión. Así, ofrecemos una visión respecto de la posición de medio ambiente en el desarrollo del Sistema del Tratado Antártico, el rol de la cooperación de las Partes como fue manifestado en el caso en análisis, y el precedente que se extrae de este. De la misma forma, se relacionan las consideraciones y recomendaciones propuestas por los Estados a partir de su experiencia, para finalizar con una propuesta para continuar la investigación en el área.

II. MARCO JURÍDICO APLICABLE

El Protocolo de Madrid constituye la norma central en materia medioambiental del Sistema del Tratado Antártico. El compromiso que han adquirido los Estados Partes de este Protocolo es la *...protección global del medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados...* (artículo 2).

³ A lo largo de los años, el Tratado Antártico ha servido de base para el nacimiento de diversos acuerdos, como también de ciertas medidas adoptadas en sus Reuniones Consultivas. De esta forma, se ha constituido en torno a él un conjunto orgánico de normas jurídicas y políticas que se ha denominado Sistema del Tratado Antártico. En tal sentido, ver INSTITUTO ANTÁRTICO CHILENO, *Sistema del Tratado Antártico* (consultado el 21 de julio de 2016).

1. TRATADO ANTÁRTICO: ORIGEN Y PRINCIPIOS GENERALES

El Tratado Antártico fue firmado por 12 Estados el 1 de diciembre de 1959 en Washington D.C., ante el éxito de las actividades científicas antárticas del Año Geofísico Internacional⁴. Inspirados en el ejemplo de la comunidad científica internacional, las delegaciones participantes de la Conferencia Antártica fijaron como principios centrales del Tratado Antártico la cooperación y libertad de investigación científica⁵. De la misma forma, se acordó la prohibición de explosiones nucleares y eliminación de desechos radiactivos, a la par de un compromiso de uso exclusivamente pacífico del territorio antártico⁶. Finalmente, el Tratado entró en vigor el 23 de junio de 1961, luego de que el último de los signatarios originales entregase su ratificación al Estado depositario.

En este orden de cosas, es importante destacar lo que algunos han denominado la piedra angular del sistema⁷, esto es, la “Cláusula Escudero”. Cuando en el marco de la Conferencia Antártica se discutió la situación en que debían quedar las reclamaciones soberanas interpuestas por varios de los Estados negociadores, la fórmula que logró el consenso fue propuesta por el jurista chileno Julio Escudero Guzmán. Ella quedó plasmada en el artículo IV del Tratado, según el cual la firma del acuerdo no se puede interpretar como renuncia a los derechos de soberanía o reclamación territorial hechas con anterioridad, ni como renuncia o menoscabo a sus fundamentos para realizar una nueva reclamación. De la misma forma, la firma del Tratado no implica reconocimiento (o no reconocimiento) de las reclamaciones, o de los fundamentos para reclamar, que pueda esgrimir otro Estado. Por último, la “Cláusula Escudero” excluye la posibilidad de realizar nuevas reclamaciones de soberanía territorial, o ampliar las existentes, durante la vigencia del Tratado Antártico, y declara que aquellas actividades realizadas durante este período no pueden constituir fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación o derechos de soberanía territorial. Es habitual escuchar sobre el “congelamiento” de la soberanía en el continente a propósito de estas disposiciones⁸.

2. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL EN EL SISTEMA

La preocupación ambiental se ha encontrado presente en el Sistema del Tratado Antártico desde sus inicios. Esto puede reconocerse desde

⁴ Durante 1957 y 1958, doce países desarrollaron actividades científicas en Antártica en el marco del Año Geofísico Internacional, incluidos los siete reclamantes de soberanía.

⁵ *Cfr.* Tratado Antártico, Artículo II.

⁶ *Cfr.* Tratado Antártico, Artículos V y I, respectivamente.

⁷ *Cfr.* GOROSTEGUI Y WAGHORN (2012) p. 76.

⁸ *Cfr.* PINOCHET DE LA BARRA (1994) pp. 104-105.

que el mismo texto del Tratado consagra la *...protección y conservación de los recursos vivos de la Antártida*⁹ como una de las cuestiones acerca de las que han de realizarse formulaciones, consideraciones o recomendaciones en las Reuniones Consultivas del Tratado Antártico (en adelante RCTA). Fue en cumplimiento de esta disposición que la primera RCTA recomendó a los gobiernos de los Estados miembros el reconocer la *...necesidad urgente de tomar medidas para conservar los recursos vivos del área del Tratado...*, así como llamar la atención en ese sentido de toda aquella persona que ingrese a dicha área. Adicionalmente se recomendó a los gobiernos consultarse entre sí *...sobre la manera más adecuada de establecer (...) medidas internacionalmente convenidas para la protección y conservación de los recursos vivos...*¹⁰.

A continuación, figura como un hito en esta materia la aprobación de las Medidas Convenidas para la Conservación de la Flora y la Fauna Antárticas (1964). Sin embargo, las disposiciones del artículo VI del Tratado Antártico provocaban duda en la posibilidad de aplicar las medidas a los recursos vivos marinos¹¹. Es así que, en junio de 1972, queda abierta a la firma la Convención para la Conservación de las Focas Antárticas, cuyas normas salvan el conflicto de interpretación sobre la aplicación del Tratado Antártico al medio marino, al disponer el artículo I que se aplica al mar al sur de los 60° S.

Con todo, el tenor literal del Tratado tenía una inspiración que algunos autores han llamado geoestratégico, o incluso económico¹²: la preocupación expresada en 1959 no era por el medio ambiente, sino por los recursos vivos. Fue dentro de las RCTA de la primera década de funcionamiento del sistema que la postura de las Partes inició una evolución¹³, acorde con las preocupaciones contemporáneas de la Comunidad Internacional¹⁴.

Con la década de 1970, siguiendo la tendencia de la época, se dio paso a un período en que dos grandes preocupaciones llamaron la atención de las Reuniones Consultivas: la posibilidad de explorar y explotar recursos minerales dentro del área del Tratado, así como la profundización de la protección de la vida marina antártica, más allá de ciertas especies. Es así

⁹ Tratado Antártico, artículo IX, párrafo 1(f).

¹⁰ Primera Reunión Consultiva del Tratado Antártico, Informe Final, Recomendación I-VIII, Canberra, 1961, pág. 6.

¹¹ El artículo VI dispone que *Las disposiciones del presente Tratado se aplicarán a la región situada al sur de los 60° de latitud Sur; incluidas todas las barreras de hielo; pero nada en el presente Tratado perjudicará o afectará en modo alguno los derechos o el ejercicio de los derechos de cualquier Estado conforme al Derecho Internacional en lo relativo a la alta mar dentro de esa región.*

¹² Cfr. FERRADA WALKER (2012) p. 140.

¹³ Al respecto, Orrego Vicuña dice que fueron diversas recomendaciones, referidas al impacto humano en el medio ambiente antártico, las que comenzaron a dar un nuevo aspecto a la protección ambiental. Entre ellas, el autor destaca la Recomendación VI-4, que *...puso de relieve el concepto de ecosistema y la necesidad de proteger el medio ambiente de la interferencia del hombre...* ORREGO VICUÑA (1994) p. 75.

¹⁴ Cfr. FERRADA WALKER (2012) p. 140.

que, recogiendo una de las inquietudes, los representantes reunidos en Wellington en 1972, recomendaron a sus gobiernos que el tema de los recursos antárticos y los efectos de la explotación minera fuera estudiado e incluido en el programa de la siguiente Reunión Consultiva¹⁵.

El primero de estos temas comenzó a presentar resultados relevantes cuando, en la reunión de Londres en 1977, los representantes recomendaron que *Antes de que llegue a su fin el año 1978, debería quedar finalizado un régimen definitivo para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos de la Antártida*¹⁶. Para dar cumplimiento a este encargo, las Partes se reunieron hasta 1980 en Canberra, donde se firmó la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (en adelante CCRVMA)¹⁷, cuya vigencia se inició dos años después¹⁸. El artículo II de la CCRVMA declara que su objetivo es la conservación de aquellos recursos, incluyendo en este concepto la utilización racional¹⁹.

El segundo de los tópicos estuvo presente en los informes finales de las reuniones hasta que, en 1981, se urgió a los respectivos gobiernos a elaborar un régimen de los recursos minerales antárticos²⁰. Esta llamada devino en la Convención para la Regulación de las Actividades de Recursos Minerales Antárticos (en adelante CRAMRA), que pretendía regular la prospección y exploración mineral, limitando la posibilidad de explotar los recursos si había consenso entre las Partes en que no existía riesgo ambiental. Sin embargo, para la fecha en que la Convención fue adoptada —en 1988—, existía una enorme presión de diversos actores en contra de la actividad minera, por lo que al año siguiente los gobiernos de Francia y Australia decidieron abstenerse de ratificarla, sellando su destino: la CRAMRA no llegó a entrar en vigor²¹.

Es en el contexto descrito que comienza a gestarse lo que hoy constituye el principal instrumento de protección ambiental dentro del Sistema del Tratado Antártico (STA): el Protocolo de Madrid. Su desarrollo se produjo a lo largo de cinco Reuniones Consultivas Especiales del Tratado Antártico, entre 1990 y 1991, realizadas en las ciudades de Viña del Mar (Chile) y Madrid (España). Finalmente, el texto fue adoptado en la última reunión de la capital española, para entrar en vigor 30 días después del depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión por todos los Estados consultivos del Tratado Antártico, en enero de 1998.

El conjunto de estos acuerdos, sumado a las recomendaciones, resoluciones y medidas de las Reuniones Consultivas, han constituido un

¹⁵ *Cfr.* Recomendación RCTA VII-6.

¹⁶ Recomendación RCTA IX-2, párrafo III.1.

¹⁷ También conocida por su sigla en inglés, CCAMLR.

¹⁸ Ratificada por Chile en 1981.

¹⁹ *Cfr.* Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, artículo II, numerales 1 y 2.

²⁰ *Cfr.* Recomendación RCTA XI-1.

²¹ *Cfr.* BRITISH ANTARCTIC SURVEY, *Mining* (consultado el 6 de abril de 2016).

organismo conocido como Sistema del Tratado Antártico. Igualmente participan de él el Comité Científico de Investigación Antártica²² y el Consejo de Administradores de Programas Antárticos Nacionales²³.

3. DISPOSICIONES RELEVANTES DEL PROTOCOLO DE MADRID

Las disposiciones del Protocolo de Madrid denotan el interés de negociadores por declarar que se trata de un instrumento complementario del Tratado Antártico, que no introduce enmienda alguna²⁴. Si bien esto puede parecer de toda lógica, es factible recordar que, en el mismo año en que se adoptó el Protocolo de Madrid, se cumplía el plazo de 30 años previsto por el Tratado Antártico para que cualquier miembro consultivo solicitase la realización de una conferencia en que se revisara el funcionamiento del Tratado²⁵. Se trata, por tanto, de una prevención relevante.

El Protocolo de Madrid declara cuáles son los principios medioambientales que lo inspiran: la protección del medio ambiente y los ecosistemas antárticos, así como el valor intrínseco de la Antártica. En ello se incluyen expresamente –entre otros– los valores estéticos (artículo 3). De la misma forma, cuando el artículo otorga prioridad a la actividad científica al momento de planificar las actividades en el área del Tratado Antártico, se vincula a los principios fundamentales de este²⁶.

a) Evaluación de impacto ambiental

Una de las cuestiones desarrolladas por el Protocolo de Madrid es la que dice relación con la evaluación del impacto ambiental, estableciendo disposiciones generales en el instrumento principal. Luego, algunos detalles son precisados en el Anexo I. El sistema de protección medioambiental contempla que se apliquen los procedimientos de evaluación a todos los procesos de planificación sobre cualquier actividad emprendida en el área del Tratado Antártico, todas ellas requieren notificación previa²⁷. Por su parte, la evaluación consta de dos fases: una primera fase de carácter preliminar, y una segunda que –a su vez– se encuentra dividida en diversas etapas, de acuerdo con el nivel de impacto previsto en cada planificación. Del texto del Protocolo de Madrid se desprende que son las mismas Partes las encargadas de conducir las evaluaciones, debiendo asegurar que a las planificaciones se apliquen los procedimientos establecidos en el Anexo I²⁸.

²² En inglés *Scientific Committee on Antarctic Research, SCAR*.

²³ En inglés *Council of Managers of National Antarctic Programs, COMNAP*.

²⁴ *Cfr.* Protocolo de Madrid, preámbulo y artículo 4.

²⁵ *Cfr.* Tratado Antártico, artículo XII.2(a).

²⁶ *Cfr.* Tratado Antártico, preámbulo y artículo II.

²⁷ *Cfr.* Protocolo de Madrid, artículo 8.

²⁸ *Ibidem*.

De acuerdo con el artículo 1 del Anexo I, la fase preliminar consiste en aplicar a las actividades propuestas los procedimientos nacionales apropiados, con el objeto de hacer una primera determinación de su impacto medioambiental. En caso de que este sea evaluado como inferior al mínimo o transitorio, puede darse inicio a la actividad sin mayor dilación. En cambio, si el impacto es considerado como mínimo o transitorio, o bien mayor a esto, el proceso ingresa a su siguiente fase, que contempla una evaluación medioambiental inicial y una general, en conformidad al grado del impacto. Si se prevé que el impacto puede ser mayor que el mínimo o transitorio, la decisión definitiva respecto de la autorización de la actividad será sometida a la consideración de la RCTA, que será asesorada por el Comité para la Protección del Medio Ambiente²⁹. Si, por el contrario, el impacto es evaluado como mínimo o transitorio, las Partes deben comunicar al Sistema una lista anual de tales evaluaciones medioambientales y las decisiones adoptadas sobre ellas³⁰.

Por último, en lo referido a los impactos menores a los mínimos o transitorios –que son evaluados de acuerdo con los procedimientos nacionales–, no se requiere informar de las actividades propuestas a las demás Partes. En cambio, la obligación de los Estados se limita a comunicar a las Partes y al Comité una descripción de dichos procedimientos nacionales, lo que además será información pública³¹.

b) Zonas Antárticas Especialmente Administradas (ZAEA) y las Zonas Antárticas Especialmente Protegidas (ZAEP)

Otra regulación relevante, dentro del mismo Protocolo de Madrid, es el Anexo V³², referido a la protección y gestión de zonas. Su título se debe a que el instrumento creó las Zonas Antárticas Especialmente Administradas (en adelante ZAEA) y las Zonas Antárticas Especialmente Protegidas (en adelante ZAEP).

Un área puede ser designada ZAEA con el objeto de *...coadyuvar al planteamiento y la coordinación de las actividades, evitar los posibles conflictos, mejorar la cooperación entre las Partes y reducir al mínimo los impactos ambientales*³³. Ellas pueden comprender, entre otros, a los sitios o monumentos de reconocido valor histórico y no se requiere un permiso especial para ingresar a ellas, sin perjuicio de que una o varias ZAEP –y sus restricciones– pueden formar parte del área especialmente administrada³⁴.

²⁹ Cfr. Anexo I del Protocolo de Madrid, artículo 3.

³⁰ Cfr. Anexo I del Protocolo de Madrid, artículo 6, párrafo 1 b).

³¹ Cfr. Anexo I del Protocolo de Madrid, artículo 6.

³² De confección posterior al Protocolo de Madrid y los cuatro primeros Anexos, su texto fue adoptado en la RCTA de Bonn en 1991, y entró en vigor en 2002.

³³ Anexo V del Protocolo de Madrid, artículo 4, párrafo 1.

³⁴ Cfr. Anexo V del Protocolo de Madrid, artículo 4, párrafos 2 (b), 3 y 4.

Por su parte, está prevista la posibilidad de designar ZAEP a cualquier zona con el objeto de ...*proteger sobresalientes valores científicos, estéticos, históricos o naturales...*, o la combinación de cualquiera de estos valores³⁵. De la misma forma, y haciéndose cargo de la preocupación por la protección de aquellas zonas que ya existía antes de la adopción del Protocolo de Madrid, el artículo 3 del Anexo integra inmediatamente a la lista de ZAEP a las Zonas Especialmente Protegidas y los Sitios de Especial Interés Científico. Finalmente el párrafo 4 del artículo 3 establece una prohibición de ingreso a estas áreas, salvo que se cuente con autorización especial para ello. Ella se obtiene de la autoridad competente que cada Parte debe designar, en conformidad con el plan de gestión que corresponde a cada Zona. Los titulares de dichos permisos deben portar una copia mientras se encuentren en la ZAEP correspondiente, porque en ellos se contienen los detalles específicos de cada autorización conferida³⁶.

c) Sitios y monumentos históricos

De acuerdo con el artículo 8 del Anexo V, cualquier Parte Consultiva del Tratado Antártico puede proponer la declaración como ZAEP o ZAEA de cualquier sitio o monumento de reconocido valor histórico. La norma manda que ellos sean ordenados en la clasificación Sitios y Monumentos Históricos, cuya lista debe llevar el depositario³⁷, y que no deben ser dañados, trasladados ni destruidos³⁸.

III. EL CASO *WORDIE HOUSE*

1. ANTECEDENTES DE LA PROTECCIÓN DE LA BASE *WORDIE HOUSE*

En el caso particular de la base *Wordie House*, a proposición del gobierno del Reino Unido, la zona del sitio fue declarada especialmente protegida³⁹ en la Reunión Consultiva de Seúl en 1995, en virtud del ... *interés histórico como un ejemplo de las primeras bases científicas británicas*⁴⁰. Hoy el Sitio es administrado en conjunto por Reino Unido y Ucrania⁴¹, de conformidad con las Directrices adoptadas por la RCTA de

³⁵ Anexo V del Protocolo de Madrid, artículo 3, párrafo 1.

³⁶ *Cfr.* Anexo V del Protocolo de Madrid, artículo 7.

³⁷ Los Estados Unidos de América, de conformidad con el artículo 27 del Protocolo de Madrid.

³⁸ *Cfr.* Anexo V del Protocolo de Madrid, artículo 8.

³⁹ Tal era la designación de estas áreas antes de la entrada en vigencia del Anexo V del Protocolo de Madrid. Al respecto, véase la sección Zonas Antárticas Especialmente Administradas (ZAEA) y las Zonas Antárticas Especialmente Protegidas (ZAEP), en su párrafo final.

⁴⁰ Medida 4 (1995).

⁴¹ El dominio y la administración del Sitio fueron transferidos a Ucrania en 1996, junto con la cercana Base Faraday (hoy Base Vernadsky), en virtud de la firma de un *Memorandum of*

2009⁴². Estas disponen, entre otras cosas, la prohibición de pernoctar en la cabaña, de tocar o retirar artefactos del sitio, sentarse o poner objetos sobre mesas y sillas. De la misma forma, se advierte que el fuego constituye uno de los principales riesgos para las instalaciones, por lo que no está permitido fumar, ni el uso de velas, fósforos o calentadores en la cabaña y sus alrededores. Por último, se requiere de los visitantes ciertas conductas de aseo, que dejen cerradas las instalaciones y consignen cada visita en el libro de visitantes, disponible en la Base Vernadsky. El comandante de esta tiene bajo custodia la llave del edificio, quien puede entregarla previa autorización de la visita por una Parte⁴³.

2. LOS HECHOS

En la Reunión Consultiva de 2010, realizada en Punta del Este (Uruguay), el Reino Unido, Francia y Ucrania presentaron un documento de trabajo conjunto, reportando un incidente en el Sitio o Monumento Histórico número 62. En él se da cuenta de que el 11 de enero de 2010 funcionarios del Fondo Fiduciario para el Patrimonio Antártico del Reino Unido (UKAHT) encontraron a dos hombres durmiendo en la cabaña, aparentemente ebrios. La construcción presentaba serios daños en el marco de su puerta –probablemente había sido forzada para ingresar– y de una ventana; adicionalmente, habían dañado una nueva base de concreto de la cocina, al intentar encender fuego. El informe precisa que no hubo perjuicios personales, y que el UKAHT ya había reparado los daños⁴⁴.

Si bien en el documento no se especifica cómo se logró la determinación, se indica que tanto los hombres encontrados como los yates en que llegaron al lugar –anclados a poca distancia– eran de origen francés. Es así que, en virtud de la nacionalidad de los involucrados, las autoridades británicas notificaron a las francesas, solicitando que continuaran la investigación. En opinión de Reino Unido, se trató de una clara violación a la protección conferida en el Protocolo de Madrid, así como de las directrices pertinentes para el Sitio, que se encuentran disponibles en un lugar visible de la base Vernadsky y en los cuatro idiomas del Tratado Antártico⁴⁵.

El informe da cuenta de que Francia se comprometió de inmediato a realizar una investigación pormenorizada, constatando en primer lugar que

Understanding y el Intercambio de Notas entre ambos gobiernos ocurrido el 20 de julio de 1995. Sin embargo, su mantención es realizada por el *UK Antarctic Heritage Trust*.

⁴² Cfr. Resolución 4 (2009).

⁴³ Cfr. “Directrices para la casa *Wordie*”, propuestas por Reino Unido y Ucrania (consultado el 1 de junio de 2016).

⁴⁴ Cfr. “Informe sobre un incidente ocurrido en la casa *Wordie* (SMH N° 62)”, *working paper* (WP) 25 presentado por Reino Unido, Francia y Ucrania, XXXIII RCTA, Punta del Este, 2010 (consultado el 28 de enero de 2016).

⁴⁵ Inglés, francés, castellano y ruso, según lo dispuesto por el artículo XIV del Tratado Antártico.

ninguna de las embarcaciones involucradas había solicitado autorización para navegar hacia la Antártica a las autoridades nacionales correspondientes. Tampoco les había sido conferido el permiso de otra forma.

El reporte finaliza señalando que el Estado francés ya había requerido a los capitanes de las embarcaciones que remitieran información acerca de estos hechos, sin haber recibido aún respuesta, ya que solo con ella sería posible determinar los posibles cursos de acción y los conflictos jurídicos que podría ser necesario solucionar⁴⁶.

3. LA INVESTIGACIÓN

En los siguientes años, Francia presentó al STA informes en que comunica las actuaciones que ha realizado a partir de los hechos denunciados, hasta la dictación de una sentencia penal en 2014. Las autoridades francesas lograron determinar que las embarcaciones involucradas navegaban bajo bandera francesa, inscritas con los nombres *l'Esprit d'Equipe* y *l'Eclipse*. En el caso del primero, el timonel declaró haberse encontrado en el Territorio del Tratado Antártico por razones de negocio, mientras que el segundo se encontraba realizando una vuelta al mundo desde hacía años y la recalada en Península Antártica era una de las etapas de su viaje. Sin embargo, pudo comprobarse que ninguno de los dos casos había sido sometido a una evaluación de impacto ambiental, tanto ante la autoridad francesa competente como ante la autoridad nacional de cualquier otro Estado Parte. Ello constituye una violación del artículo 8 del Protocolo de Madrid y su Anexo I⁴⁷.

En razón de lo anterior, el informe de Francia especifica que el derecho nacional adoptado en virtud del Tratado Antártico sanciona el ejercicio de actividades no declaradas en el Territorio del Tratado. Así, los infractores pueden ser objeto de sanciones tanto administrativas como penales, en conformidad a lo dispuesto por el Código Ambiental francés, en el capítulo III de su libro VII.

La fase administrativa de la investigación fue entregada al Prefecto de las Tierras Australes y Antárticas Francesas (TAAF⁴⁸), quien impuso al capitán del *Esprit d'Equipe* una amonestación. Como consecuencia, el organizador de expediciones de la nave no podrá recibir, por parte de Francia, autorizaciones para realizar actividades en Antártica durante

⁴⁶ Ejemplos de estos son lagunas de competencia de los tribunales –e.g. en caso de que alguno de los involucrados no fuese francés–, la validez de las actuaciones de funcionarios extranjeros ante los tribunales nacionales, así como la de las pruebas recabadas por aquellos.

⁴⁷ *Cfr.* “Medidas adoptadas en respuesta a la presencia no autorizada de veleros franceses en la zona del Tratado, y a los daños ocasionados en la cabaña *Wordie House*”, *working paper* (WP) 11 presentado por Francia, XXXIV RCTA, Buenos Aires, 2011 (consultado el 28 de enero de 2016).

⁴⁸ En francés: *Terres australes et antarctiques françaises*.

un período de cinco años⁴⁹. Sin perjuicio de lo anterior, el documento advierte que aún no se habían adoptado medidas administrativas contra *l'Eclipse*, puesto que se encontraba aún realizando su travesía y no había sido posible interrogar al capitán⁵⁰.

Un asunto importante surgido en el contexto de la investigación administrativa fue un documento entregado por la autoridad marítima chilena al *Espirit d'Equipe*. El capitán de la nave citó el *Formulario condiciones de Zarpe de la embarcación*⁵¹ (sic.), otorgado en Puerto Williams por DIRECTEMAR⁵², como justificativo para estar en la zona. El informe precisa que este documento parece ser una mera autorización para zarpar desde Chile, sin que de modo alguno reemplace el permiso para desarrollar actividades en el territorio del Tratado Antártico, que debe conferirse en los términos del Protocolo de Madrid. Sobre la base de esta experiencia se propuso que, para evitar confusiones, se especifiquen los alcances de la autorización al momento de su entrega.

4. LA SENTENCIA

En la RCTA de 2014, Francia informó que en enero de ese año la Corte Regional de París había dictado sentencia contra el capitán del *Espirit d'Equipe*, condenándolo a pagar una multa de diez mil Euros, por haber desarrollado actividades en Antártica sin autorización. Por su parte, se ha iniciado un proceso contra otro tripulante de la nave en virtud del daño ocasionado al Sitio o Monumento Histórico, que se encuentra aún en tramitación^{53, 54}.

La sentencia de la Corte Regional de París aborda tres temáticas de importancia, a saber: la recepción normativa internacional en el derecho interno francés, la delimitación de las actividades que pueden realizarse en Antártica con simple declaración y las que requieren autorización, y

⁴⁹ El documento informa que la nave habría sido avistada por personal del UKAHT en Port Lockroy, a principios del 2011, realizando nuevamente actividades en Antártica. Sobre la base de estos hechos, Francia abrió un nuevo expediente administrativo.

⁵⁰ Revisada la base de datos en línea de la Secretaría del Tratado Antártico (http://www.ats.aq/devAS/ats_meetings_doc_database.aspx), no se han encontrado nuevos documentos referidos al proceso contra esta nave (consultado el 17 de junio de 2016).

⁵¹ "Medidas adoptadas en respuesta a la presencia no autorizada de veleros franceses en la zona del Tratado, y a los daños ocasionados en la cabaña *Wordie House*", *working paper* (WP) 11 presentado por Francia, XXXIV RCTA, Buenos Aires, 2011 (consultado el 28 de enero de 2016).

⁵² Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante.

⁵³ *Cfr.* "Sentencia del Tribunal regional de París, con fecha 6 de febrero de 2014 en relación con la realización de actividades no informadas y no autorizadas en la Zona del Tratado, y daños ocasionados a la casa *Wordie* (SMH N° *nformation paper* (IP) 16 presentado por Francia, XXXVII RCTA, Brasilia, 2014 (consultado el 28 de enero de 2016).

⁵⁴ Revisada la base de datos en línea de la Secretaría del Tratado Antártico (http://www.ats.aq/devAS/ats_meetings_doc_database.aspx), no se han encontrado nuevos documentos referidos al proceso contra el tripulante (consultado el 17 de junio de 2016).

finalmente el estándar de gravedad de los hechos para la determinación de la pena.

a) Recepción de las normas internacionales en el derecho francés

En su parte deliberativa, la decisión judicial explica que, mientras el artículo 8 del Protocolo de Madrid distingue entre tres tipos de actividades en Antártica⁵⁵, el artículo L.712-1 del Código Ambiental francés dispone que las actividades que tengan un impacto menor que el mínimo o transitorio en el medio ambiente antártico deben ser previamente declaradas. En cambio, las actividades cuyo impacto sea igual o mayor al mínimo o transitorio requieren autorización. Esta, agrega, debe basarse en una evaluación de impacto ambiental que confirme su compatibilidad con la protección medioambiental, en conformidad con las disposiciones del artículo L.712-2⁵⁶.

Continúa la sentencia analizando el evento de incumplimiento de las anteriores disposiciones: el artículo L.173-1 del mismo código tipifica el ejercicio de actividades sin contar con la autorización exigida por la ley.

b) Declaración o autorización de actividades

Una vez determinadas las normas aplicables, el Tribunal analiza si se encuentra frente a una actividad que: (a) solo debe ser declarada; o (b) requiere de autorización. Con el fin de encontrar una respuesta a esta disyuntiva, el Tribunal recurre al artículo R-712-3 del Código Ambiental. Este dispone que solo las actividades listadas en un decreto ministerial quedarán sujetas a una simple declaración, especificando a su vez cuáles no pueden quedar comprendidas en tal lista. Luego, la decisión ministerial de 29 de enero de 2009 dispone que solo quedan sujetas a declaración las actividades científicas y paracientíficas. En consecuencia, y por exclusión, las actividades antárticas de carácter turístico requieren de autorización previa⁵⁷.

c) Determinación de la gravedad de los hechos

Al terminar la parte deliberativa, el Tribunal analiza la gravedad de los actos para determinar la pena. Para ello los jueces toman en consideración las siguientes variables respecto del hecho típico y del acusado: (a) la irrefutable conducta anterior del acusado; (b) que los hechos

⁵⁵ Ver "Evaluación de impacto ambiental", *supra*.

⁵⁶ Procurador de la República c. X, Corte Regional de París, 31ª Cámara Criminal, Caso número 10260090130, 6 de febrero de 2014, p. 3. (consultado el 28 de enero de 2016).

⁵⁷ Procurador de la República c. X, Corte Regional de París, 31ª Cámara Criminal, Caso número 10260090130, 6 de febrero de 2014, p. 3. (consultado el 28 de enero de 2016)

constituyen una significativa amenaza al equilibrio medioambiental de un área particularmente sensible del planeta; (c) que los hechos fueron cometidos en el contexto de una actividad comercial y por una persona con años de experiencia en navegación, por lo que debería tener especialmente presente la importancia de la preservación del medioambiente y del respeto debido a la legislación que lo protege.

En razón de lo anterior, se consideró que era necesaria una pena especialmente disuasoria, con el objeto de poner de relieve la importancia del respeto a esta legislación, aun cuando la extensión y el clima presentes en el territorio antártico hacen difícil su monitoreo a los Estados Partes del Tratado Antártico⁵⁸. Es así que se impuso la mencionada multa de diez mil Euros al acusado.

5. ARGUMENTACIÓN DE LAS PARTES

En su informe de 2014, Francia hizo presente que el caso de *Wordie House* representa un hito (que calificó como precedente) en su historia legal⁵⁹, lo que quiere decir que fue la primera experiencia de este tipo que ha debido enfrentar en relación con Antártica. Al mismo tiempo apuntó que el Sistema Electrónico de Intercambio de Información (SEII), administrado por la Secretaría del Tratado Antártico, tampoco registraba un incidente de naturaleza remotamente similar, de lo que se desprende que ninguna otra Parte contaba con precedentes de este tipo. Por ello esperaba que la sentencia dictada en este caso sirva como advertencia contra la realización de actividades no autorizadas, a la vez que como ejemplo en el evento de enfrentarse en el futuro a hechos de naturaleza similar⁶⁰.

No obstante lo anterior, durante el curso del proceso, tanto Francia como Reino Unido manifestaron otras preocupaciones anejas en sus documentos de trabajo. Ambos expresaron que los hechos no solo llamaban a reflexionar acerca del actuar de una minoría de los visitantes de la Antártica, sino también de la efectividad de los procesos para expedir los permisos de realización de actividades. Adicionalmente, los hechos ponían de relieve los riesgos que crean para los sitios o monumentos históricos la falta de comprensión, o de respeto, a las medidas de protección creadas para ellos⁶¹. En definitiva, de los comentarios y recomendacio-

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Cfr.* “Sentencia del Tribunal regional de París, con fecha 6 de febrero de 2014 en relación con la realización de actividades no informadas y no autorizadas en la Zona del Tratado, y daños ocasionados a la casa *Wordie* (SMH No 62)”, *information paper* (IP) 16 presentado por Francia, XXXVII RCTA, Brasilia, 2014, p. 4 (consultado el 28 de enero de 2016).

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Cfr.* “Informe sobre un incidente ocurrido en la casa *Wordie* (SMH N° 62)”, *working paper* (WP) 25 presentado por Reino Unido, Francia y Ucrania, XXXIII RCTA, Punta del Este, 2010, p. 4 (consultado el 28 de enero de 2016).

nes incluidos en los diversos informes se desprende una prevención en relación con la entrega de información. Ella se refiere tanto al deber de informar al Sistema como también los esfuerzos por difundir al público los requisitos para obtener autorización de visita a la Antártica y de la información sobre la protección del medio ambiente.

En específico, Reino Unido reconoció que es posible que lleguen a Antártica yates sin la debida autorización, por lo que sometió sus procedimientos de expedición de permisos a un proceso de actualización, con el objeto de incluir asesoramiento y orientación a pequeñas embarcaciones. Adicionalmente, ha publicado esta información en los sitios *web* del gobierno y ha hecho divulgación entre los entusiastas de la navegación en yate, ofreciéndose a compartir esta experiencia con la Parte que lo solicite⁶².

Por su parte, Francia señaló que ha realizado difusión de la información para los visitantes de la Antártica por diversos medios, que incluyen cartas e instrucciones náuticas, sitios *web* de las autoridades competentes, e incluso un foro dirigido específicamente a operadores turísticos antárticos registrados. No obstante lo anterior, las autoridades han examinado otras opciones para mejorar la concientización e información del público⁶³.

En su informe del 2011 –una vez que había iniciado la fase administrativa de la investigación– Francia comentó un punto que probablemente no había sido considerado con anterioridad: la dificultad de obtener información por parte de las autoridades nacionales, en cuanto al otorgamiento o rechazo de autorizaciones para desarrollar actividades en la zona del Tratado, por otros Estados, a un mismo operador. Se apuntó en el documento que, si bien existía cierta información disponible en el SEII, ella resultaba incompleta. Esto se explicaba porque la búsqueda en la sección *summarized reports* permitía la búsqueda de evaluaciones de impacto ambiental bajo los criterios de Estado ante el que se realiza, operador y sitio de desembarco. Lo anterior, no obstante, no permitía identificar rápidamente si una determinada nave o aeronave se encontraba en cumplimiento de las obligaciones de declaración o autorización de sus actividades. En consecuencia, Francia proponía agregar a las naves o aeronaves como criterios de búsqueda, y fomentar entre las Partes un ingreso de la información compartida al Sistema de una forma compatible con esta tecnología⁶⁴.

Especialmente interesante resulta el siguiente comentario del documento presentado por Francia: la validez de actuaciones de funcionarios

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Cfr.* “Medidas adoptadas en respuesta a la presencia no autorizada de veleros franceses en la zona del Tratado, y a los daños ocasionados en la cabaña *Wordie House*”, *working paper* (WP) 11 presentado por Francia, XXXIV RCTA, Buenos Aires, 2011, p. 5 (consultado el 28 de enero de 2016).

extranjeros y de los medios de prueba recabados por estos ante los tribunales nacionales. Se hizo presente que el juez competente para conocer de esta causa debía fundar su dictamen en un acta de constatación y elementos de prueba con validez jurídica, en circunstancias en que las declaraciones de los funcionarios que constataron los daños cometidos a la cabaña e identificaron a los ciudadanos franceses, fueron obtenidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores británico y transmitidas luego a las autoridades francesas. En consecuencia, las declaraciones fueron recabadas por funcionarios extranjeros –no habilitados por la ley del foro– y no podían ser válidamente considerados como medios de prueba: los justiciables podrían fácilmente impugnarlas. Afortunadamente, en el caso de marras esta dificultad fue excluida, gracias a que las personas involucradas reconocieron espontáneamente los hechos ante la autoridad administrativa del TAAF, durante la investigación.

A partir del anterior análisis, Francia propuso que debía discutirse en el seno de las Reuniones Consultivas la posibilidad de la obtención de pruebas jurídicamente válidas, habida cuenta de las particulares condiciones de la Antártica. Así, podría ser un tema de discusión de las RCTA el reconocimiento de las actuaciones de agentes de un Estado por los órganos jurisdiccionales de otro. Esta discusión sería jurídicamente admisible, toda vez que el párrafo 1.(e) del artículo IX del Tratado Antártico otorga a la RCTA la facultad de adoptar medidas sobre *...cuestiones relacionadas con el ejercicio de la jurisdicción en la Antártica*⁶⁵.

Sobre la base de este último punto, Francia presentó en la RCTA de 2012 un nuevo documento de trabajo titulado *La jurisdicción en la Antártida*. Si bien el asunto excede la materia de este artículo, podemos decir que se trata de una preocupación que ha sido propuesta en reiteradas ocasiones, desde el inicio del funcionamiento del Sistema del Tratado Antártico, sin grandes resultados hasta la presente década. Estos se deben a que, en su documento, Francia propuso la creación de un grupo de contacto intersesional que se encargue de llevar a cabo una reflexión acerca del ejercicio de la jurisdicción en la zona del Tratado Antártico, para finalmente redactar un informe y formular recomendaciones a la RCTA⁶⁶. Esto se tradujo en la Resolución 2 (2012), que recomendaba a los gobiernos que *...las Partes cooperen para instituir debates sobre temas relacionados con el ejercicio de la jurisdicción en el área del Tratado Antártico*⁶⁷. Finalmente, el grupo de contacto presentó su informe final en 2014. En términos generales, recomendaba analizar caso a caso, y con un espíritu

⁶⁵ “Medidas adoptadas en respuesta a la presencia no autorizada de veleros franceses en la zona del Tratado, y a los daños ocasionados en la cabaña *Wordie House*”, *working paper* (WP) 11 presentado por Francia, XXXIV RCTA, Buenos Aires, 2011, p. 6 (consultado el 28 de enero de 2016).

⁶⁶ *Cfr.* “La jurisdicción en la Antártica”, *working paper* (WP) 28 presentado por Francia, XXXV RCTA, Hobart, 2012, p. 6 (consultado el 21 de junio de 2016).

⁶⁷ Resolución 2 (2012).

de cooperación, cada una de las situaciones que respecto de la materia emerjan, en conformidad con lo dispuesto en el artículo VIII del Tratado Antártico⁶⁸.

IV. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Debido a las características del caso analizado, es posible representarse la eventualidad de que una situación análoga quede sometida al Ordenamiento Jurídico chileno. Al respecto, es necesario distinguir entre ciertos aspectos, que pueden desprenderse de la experiencia francesa.

1. PROTECCIÓN DE LOS SITIOS O MONUMENTOS HISTÓRICOS

Por su calidad de Parte Consultiva, la ratificación de la República de Chile es requisito para la entrada en vigor del Protocolo de Madrid y sus anexos⁶⁹. Es así que tanto el Protocolo de Madrid como el Anexo V son normas del Ordenamiento chileno desde el momento en que, en general, adquirieron fuerza vinculante en 1998 y 2002, respectivamente.

De la misma forma, la designación de las ZAEP y ZAEA –y en consecuencia también de los Sitios o Monumentos Históricos– requiere el acuerdo de todas las Partes Consultivas, de modo que para su existencia es necesario el reconocimiento de tales calidades por todos los Estados⁷⁰. Así, la característica de Sitio o Monumento histórico no la confiere un país en particular, sino todas las Partes Consultivas a proposición de una o más de ellas. Tal es el caso de los 48 Sitios propuestos por Chile, que se encontraban vigentes a la fecha de la RCTA de Sofía (Bulgaria) en 2015⁷¹.

Sin embargo, lo anterior no obsta a la posibilidad de que los Estados confieran, además, un reconocimiento oficial nacional a un Sitio, mediante una norma inserta en su propio Ordenamiento. En el caso de Chile, solo un lugar cuenta con la declaración de Monumento Nacional dentro del área del Tratado Antártico: la *Base militar Antártica Capitán General Bernardo O'Higgins Riquelme*⁷², en la categoría de Monumento Histórico⁷³.

⁶⁸ Cfr. "Informe del Grupo de contacto interseccional sobre el ejercicio de la jurisdicción en la zona del Tratado Antártico", *working paper* (WP) 37 presentado por Francia, XXXVII RCTA, Brasilia, p. 4 (consultado el 21 de junio de 2016).

⁶⁹ Cfr. Protocolo de Madrid, artículo 23, párrafo 1.

⁷⁰ Cfr. Anexo V del Protocolo de Madrid, artículo 6, párrafo 1, en relación con Tratado Antártico, artículo IX.

⁷¹ Cfr. "Revised List of Historic Sites and Monuments", anexo de la Medida 19 (2015) (consultado el 18 de julio de 2016).

⁷² Cfr. *Nómina de Monumentos Nacionales desde 1925 al 06 de junio del 2016*, Consejo de Monumentos Nacionales de Chile (consultado el 18 de julio de 2016).

⁷³ Cfr. Decreto N° 406 de 2012, del Ministerio de Educación, que Declara Monumento Nacional en la categoría de Monumento Histórico a la Base Militar Antártica Capitán General Bernardo

En vista de la situación expuesta, es posible preguntar cómo se relacionan ambas esferas de protección, i.e. la del Protocolo de Madrid y la nacional chilena. Por una parte, el Protocolo de Madrid manda que las Partes tomen medidas en el ámbito de su competencia para asegurar su cumplimiento, como puede ser ...*la adopción de leyes y reglamentos, actos administrativos y medidas coercitivas*⁷⁴. Así se manifiesta la calidad *non-self-executing* de este tratado internacional, que requiere de normas nacionales para su aplicación interna⁷⁵.

Por otra parte, en el plano nacional chileno, la Ley N° 17.288 legisla sobre Monumentos Nacionales⁷⁶, dejando a estos bajo la tuición y protección del Estado, que son ejercidas por medio del Consejo de Monumentos Nacionales (artículo 1). Luego, el artículo 9 define a los Monumentos Históricos, especificando que deben ser declarados por decreto supremo, previo acuerdo y solicitud del Consejo de Monumentos Nacionales. Finalmente, en su artículo 38, la ley tipifica el delito de daño a un monumento nacional, describiendo la conducta como *El que causare daño en un monumento nacional, o afectare de cualquier modo su integridad...*

A partir de lo anterior, es posible concluir que solo se configura el delito de daño a un Monumento Histórico si el bien en cuestión ha sido declarado –como tal– por un decreto supremo. Como se ha dicho antes, en Antártica solo existe un Monumento Histórico de conformidad con la legislación chilena. En consecuencia, solo un daño a los bienes protegidos de la Base Bernardo O’Higgins puede ser penalmente perseguido por el Estado chileno; por el contrario, si una conducta análoga afecta a cualquiera de los otros Sitios o Monumentos Históricos –en los términos del Protocolo de Madrid–⁷⁷, el principio de tipicidad contenido en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en los incisos 8 y 9 de su numeral 3, no permite considerar que se ha cometido el delito⁷⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, no debemos olvidar que todos los Sitios o Monumentos Históricos del Protocolo de Madrid cuentan con el reconocimiento del Estado de Chile, en la medida en que para obtener dicha calidad, la recomendación que los propone requiere de la ratificación de todas las Partes Consultivas. Esta se logra en último término, dentro del Ordenamiento chileno, con la firma y publicación de un decreto supremo promulgatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores⁷⁹. Si bien el asunto

O’Higgins Riquelme y a los bienes que indica, ubicados en la comuna Antártica, provincia de la Antártica Chilena, Región de Magallanes y Antártica Chilena.

⁷⁴ Protocolo de Madrid, artículo 13, párrafo 1.

⁷⁵ *Cfr.* BENADAVA (2005) pp. 84-85.

⁷⁶ Ley N° 17.288 de 1970 Legisla sobre Monumentos Nacionales; modifica las Leyes N°s. 16.617 y 16.719; deroga el Decreto Ley N° 651, de 17 de octubre de 1925

⁷⁷ Ya sea uno o más de los 48 propuestos por Chile, o del total de 92 vigentes a la fecha de la RCTA de 2015.

⁷⁸ La posibilidad de una sanción administrativa se discutirá en la sección siguiente.

⁷⁹ *Cfr.* VARGAS CARREÑO (2007) p. 143.

se escapa del objeto de este trabajo, podemos afirmar que se trata de un tópico interesante para una futura investigación.

2. AUTORIZACIÓN DE ACTIVIDADES

De conformidad con el artículo 1 del Anexo I del Protocolo de Madrid, el impacto medioambiental de las actividades a realizarse en el territorio del Tratado Antártico debe ser considerado de acuerdo con los procedimientos nacionales adecuados. En la legislación chilena estos se traducen en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de la Ley N° 19.300⁸⁰. Este, por regla general, ha quedado bajo la administración del Servicio de Evaluación Ambiental (artículo 8, inciso 5), órgano funcionalmente descentralizado, que cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio (artículo 80). Sin embargo, el artículo 70 de la misma ley encarga especialmente al Ministerio del Medio Ambiente el cumplimiento de las convenciones internacionales en materia ambiental, de las que Chile sea parte (literal d). Teniendo esto en consideración, el Ministerio creó el Comité Operativo para la Evaluación del Impacto Ambiental sobre el Medio Ambiente Antártico⁸¹. Presidido por el Ministro del ramo⁸², e integrado por autoridades que *...ejercen las competencias pertinentes para pronunciarse respecto a la certificación ambiental de proyectos de esta naturaleza*⁸³, es el encargado de administrar la evaluación de impacto ambiental requerida por el Protocolo de Madrid.

No obstante, la potestad sancionadora de carácter administrativo corresponde a otro órgano, a saber, la Superintendencia del Medio Ambiente. De acuerdo con su ley orgánica, la sanción de *la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella*⁸⁴ corresponde a su ámbito de competencias. En consecuencia, una situación como la vista en el caso *Wordie House* no habría tenido una sanción penal en el Ordenamiento chileno, sino administrativa.

También corresponde al ámbito de competencias de la Superintendencia *El incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica*⁸⁵. A partir del tenor literal de esta norma, puede plantearse que el daño de un Sitio o Monumento

⁸⁰ Ley N° 19.300 de 1994, Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

⁸¹ Resolución exenta N° 1.396 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Constituye Comité Operativo para la Evaluación del Impacto Ambiental sobre el Medio Ambiente Antártico.

⁸² Debido a que las sesiones del Comité se deben celebrar en Punta Arenas, el Ministro es reemplazado, en caso de ausencia o impedimento, por Secretario Regional Ministerial del Medio Ambiente Región de Magallanes y la Antártica Chilena.

⁸³ Resolución exenta N° 1.396 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, considerando 9.

⁸⁴ Ley N° 20.417 de 2010, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, artículo 35, literal b, del artículo SEGUNDO.

⁸⁵ Ley N° 20.417 de 2010, artículo 35, literal d, del artículo SEGUNDO.

Histórico del Protocolo de Madrid, que no haya sido a su vez declarado Monumento Nacional, se considere una infracción administrativa sancionable por la Superintendencia. Ello desde que se trata del incumplimiento de una norma de carácter ambiental (el Protocolo de Madrid), pero que ha quedado fuera del tipo penal de la Ley N° 17.288.

3. ACCIÓN DE LA JUSTICIA FRENTE AL DAÑO AMBIENTAL ANTÁRTICO

a) Acción por daño ambiental

Si bien el caso analizado se refiere al daño producido en un inmueble protegido, también permite representarse la eventualidad de un daño al ambiente antártico de origen diverso. Es pertinente recordar que, en virtud de la Cláusula Escudero, el ejercicio de la soberanía territorial se encuentra limitado en la zona del Tratado Antártico. En consecuencia, el conocimiento de determinados actos pueden quedar sometidos a un ordenamiento nacional en virtud de diversas causales, distintas al criterio del lugar de comisión del hecho punible. A modo de ejemplo, en *Wordie House* no se determinó el ordenamiento a partir de la propiedad del bien (Ucrania) del Estado que hizo la denuncia (Reino Unido) ni de los países que reclaman soberanía sobre aquel lugar (Reino Unido, Argentina y Chile), sino la nacionalidad de los autores de los hechos (Francia).

Así las cosas, el Ordenamiento Jurídico chileno podría ser llamado a investigar y sancionar hechos que dañen el medio ambiente antártico por diversas vías. En tal evento, podemos afirmar que serían aplicables, al menos, las Leyes N°s. 19.300 y 20.600⁸⁶. Desde el punto de vista de los legitimados activos, la primera de estas normas consagra en su artículo 54, como titulares de la acción de reparación ambiental, a las personas que hayan sufrido el daño o perjuicio⁸⁷, a la municipalidad en cuya comuna se hayan producido los hechos, y el Estado representado por el Consejo de Defensa del Estado.

En el caso de las personas, la acción solo puede ser interpuesta por quienes han sido directamente afectados⁸⁸. A pesar de todo, esta posibilidad parece no ser tan restrictiva, teniendo en cuenta las particularidades de la Antártica, ya que la causa de pedir podría ser hechos realizados en cualquier lugar ubicado al sur de los 60° S. En tal sentido, los directamente afectados podrían no ser solamente los actores antárticos del Estado de Chile *-i.e.* las Fuerzas Armadas o el Instituto Antártico Chileno (en

⁸⁶ Ley N° 20.600 de 2012, que Crea los Tribunales Ambientales.

⁸⁷ Sean ellas naturales o jurídicas, de derecho público o privado.

⁸⁸ *Cfr.* TISNÉ NIEMANN (2014) pp. 334-335.

adelante INACH), que actúan con la personalidad jurídica del Fisco de Chile–, sino también otros actores nacionales o extranjeros.

Situación distinta se produce ante la legitimación activa de una municipalidad. Como precisa Tisné, a pesar de la expresión utilizada por la Ley N° 19.300, la municipalidad no actúa en representación de un interesado que no ha sido directamente afectado por el daño, sino, por el contrario, a nombre propio y ejerciendo una legitimación activa propia⁸⁹. Esto guarda relación con la disposición del artículo 54 de la ley, de acuerdo con que el municipio puede interponer la acción *...por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas...* En consecuencia, el área en que el daño legitima la acción del municipio queda drásticamente reducido en comparación con la acción de las personas. Y es que la Municipalidad de Cabo de Hornos solo podría ejercer la acción ambiental por hechos que se produjesen en el territorio de la comuna de la Antártica^{90, 91}, excluyendo los que acaezcan fuera de sus límites.

Finalmente, el Estado es el último legitimado activo para demandar por el daño ambiental, por medio del Consejo de Defensa del Estado. Según su ley orgánica, el Consejo se encuentra bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República, y su principal objeto es la defensa de los intereses del Estado⁹²; por tanto, ha de actuar cuando estos se vean afectados, pero no necesariamente cuando sea necesario para proteger los intereses y derechos de la comunidad⁹³. Sin perjuicio de lo anterior, diversas circunstancias pueden afectar los intereses estatales. Una de ellas podría ser la afectación de los intereses de los actores antárticos estatales, ya que tanto las Fuerzas Armadas como INACH actúan con la personalidad jurídica del Fisco. En consecuencia, el daño ambiental que los afecte probablemente sería demandado por el Estado.

Una circunstancia distinta, que igualmente podría comprometer el interés del Estado, tiene que ver con la figura de los observadores del artículo VII del Tratado Antártico, y que cada Parte Consultiva puede nombrar

⁸⁹ Cfr. TISNÉ NIEMANN (2014) p. 336.

⁹⁰ La Ley N° 19.726 de 2001 creó la agrupación de comunas de Cabo de Hornos y Antártica, cuya administración corresponde a la municipalidad con asiento en la comuna de Cabo de Hornos. Esta se encuentra en su capital, Puerto Williams, según dispone el artículo 46, número 1, del Decreto Ley N° 2.868 de 1979, del Ministerio del Interior. Esto es sin perjuicio de que la comuna de la Antártica tiene su capital en Puerto Covadonga, de conformidad con el numeral 2 del mismo artículo.

⁹¹ El decreto 1.747 de 1940, del Ministerio de Relaciones Exteriores, fijó los límites del Territorio Antártico Chileno en los meridianos 53° O (al este) y 90° O (al oeste), ambos respecto del meridiano de Greenwich. Por su parte, el Decreto 3.773 de 1961, del Ministerio del Interior, estableció las fronteras de la comuna de la Antártica en el Polo Sur al sur, el Mar de Weddell y el meridiano 53° O hasta el Polo por el este, el meridiano 90° O desde el Polo hasta el Mar de Bellingshausen por el oeste, y al norte en el Paso de Drake y el Mar de Bellingshausen entre ambos meridianos.

⁹² Cfr. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1993, del Ministerio de Hacienda, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley orgánica del Consejo de Defensa del Estado, artículos 1 y 2.

⁹³ Cfr. TISNÉ NIEMANN (2014) p. 337.

para realizar las inspecciones previstas en cualquier momento y lugar de la Antártica. Ellos deben informar al Estado que los nombra acerca de sus observaciones, y este a su vez debe comunicarlas al Sistema del Tratado Antártico. Sería posible que el interés estatal, gracias a la información obtenida por esta vía, se vea afectado de tal forma que demande por un daño ambiental. Podemos incluso plantearnos que se debe a un interés propio, a partir de las inspecciones de los observadores chilenos, o bien un interés más remoto, fundado en los informes que las otras Partes han recabado con sus observadores. En este caso, el interés estatal podría residir en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

b) Tribunal competente

Son competentes para conocer de las acciones mencionadas los Tribunales Ambientales creados en 2012 por la Ley N° 20.600. De acuerdo con el numeral 2 del artículo 17, corresponde al tribunal *...del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado*. En el caso de un daño ambiental producido en la Antártica, será competente el Tercer Tribunal Ambiental con asiento en Valdivia, conforme a lo dispuesto en el artículo 5, literal c, de la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, de la lectura de los artículos 33, inciso primero, y 45 de la Ley N° 20.600, se desprende que a este juzgador especializado solo corresponde conocer de la acción por daño ambiental, del artículo 53 de la Ley N° 19.300; en cambio, la acción indemnizatoria del demandante deberá ser conocida por el Juzgado de Letras en lo Civil que resulte competente, una vez obtenida la declaración del daño ambiental y la condena a repararlo⁹⁴. En este punto la ley también se encarga de fijar la competencia territorial del tribunal civil, desde que el artículo 46 dispone que conocerá de la acción de indemnización de perjuicio aquel *...con competencia en el lugar donde se produjo el daño*.

Al respecto, podemos señalar que corresponderá conocer de estas causas al Juzgado de Letras de competencia común, con asiento en la comuna de Cabo de Hornos, creado por la Ley N° 20.876⁹⁵. Es importante mencionar también que, en caso de que los hechos sean constitutivos de delito –como el analizado daño a Monumento Nacional–, sería igualmente competente el tribunal de Cabo de Hornos, toda vez que el artículo 4 de la ley dispone que cumplirá las funciones de juez de garantía para todo su territorio jurisdiccional: la provincia de Antártica Chilena. En cuanto se

⁹⁴ Cfr. TISNÉ NIEMANN (2014) p. 343.

⁹⁵ Ley N° 20.876 de 2015, que Crea Juzgados que indica y modifica la composición de diversos Tribunales de Justicia, artículo 3. Según el artículo 2° transitorio, el artículo 3 comenzará su vigencia en noviembre de 2016.

refiere a la tramitación del juicio penal, es de competencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas⁹⁶, que puede constituirse fuera de su lugar de asiento si es necesario para facilitar la oportuna aplicación de la justicia penal⁹⁷.

c) Legitimación pasiva y jurisdicción nacional

La cuestión de la legitimación pasiva cobra gran relevancia cuando se trata de funcionarios que actúan en representación de un Estado. Ya hemos dicho que existen diversos criterios por los que determinados hechos pueden quedar sometidos a la jurisdicción de una u otra Parte del Tratado Antártico. Sin embargo, también se han mencionado personas que pueden encontrarse en el territorio antártico en virtud de un nombramiento particular por un país, quienes podrían ser juzgados por acciones realizadas en el ejercicio de sus funciones.

Es precisamente este supuesto el previsto por el artículo VIII del Tratado Antártico. Con el objeto de facilitar su labor, la norma dispone que los observadores nombrados por las Partes, el personal científico intercambiado entre estaciones y expediciones, así como miembros del personal acompañante, sean sometidos *...solo a la jurisdicción de la Parte Contratante de la cual sean nacionales, en lo referente a las acciones u omisiones que tengan lugar mientras se encuentren en la Antártida con el fin de ejercer sus funciones.*

En razón de lo anterior, es posible afirmar que los observadores nombrados por Chile, así como los científicos chilenos en intercambio en estaciones y expediciones extranjeras, serán sometidos a la jurisdicción chilena por sus actos u omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones. Situación diversa se plantea en el caso del personal de las Fuerzas Armadas, personal científico que no se encuentre de intercambio, y demás personas en diversas situaciones como pueden ser, *e.g.* turistas. Esta merece una discusión pormenorizada que excede el objeto de este trabajo.

V. CONCLUSIONES

1. A lo largo de las décadas de su vigencia se ha generado en torno al Tratado Antártico un sistema relativamente complejo, aunque de desarrollo pausado. La preocupación por la protección del medio ambiente es un aspecto central del Sistema del Tratado Antártico, que evoluciona

⁹⁶ *Cfr.* Código Orgánico de Tribunales, artículo 21, inciso 30.

⁹⁷ *Cfr.* Código Orgánico de Tribunales, artículo 21 A.

- en la medida en que sus actores alcanzan acuerdos y comparten sus preocupaciones y experiencias.
2. La principal norma dedicada a la protección del medio ambiente antártico tiene un concepto amplio de este, tendiendo a su protección integral. Esto parece muy adecuado, si –como ha hecho la Corte Regional de París en su sentencia– consideramos como bien protegido el equilibrio medioambiental de una región altamente sensible. De esta forma, la norma entrega herramientas jurídicas para hacer frente a amenazas ambientales de diversas índoles.
 3. La efectiva y correcta aplicación de las normas depende fundamentalmente del compromiso y acuerdo de los Estados Parte. En el caso analizado, la cooperación de los Estados involucrados, así como la voluntad de Francia, permitieron iniciar un proceso de investigación de los hechos que terminaron en una sentencia histórica. Debemos esperar que *Wordie House* sirva de ejemplo no solo en cuanto al precedente judicial frente al daño ambiental en Antártica, sino también en términos de cooperación internacional.
 4. El flujo y la disponibilidad de la información pertinente se repiten en distintos puntos como una necesidad para el adecuado funcionamiento de un sistema como el del Tratado Antártico. Así lo entendieron los Estados negociadores en la Conferencia Antártica⁹⁸, visión que se ha visto reafirmada por los hechos del caso y las recomendaciones realizadas por las Partes.
 5. En el Ordenamiento Jurídico chileno existe un vacío en materia de protección jurídica de los Sitios o Monumentos Históricos del Protocolo de Madrid, desde que el tipo penal de daño a un Monumento Histórico solo protege a aquellos que cuentan con el reconocimiento estatal en un sentido muy estricto. El tema permite pensar en futuras investigaciones.
 6. El Estado de Chile cuenta con una institucionalidad que permite cumplir con las obligaciones adquiridas mediante los instrumentos internacionales de protección del medio ambiente antártico. Sin perjuicio de lo anterior, tanto las normas como el sistema pueden enriquecerse a partir de la experiencia que puedan aportar las demás Partes del Tratado Antártico.
 7. El límite al ejercicio de la soberanía territorial, consecuencia del artículo IV del Tratado Antártico, hace surgir dificultades de diversa índole, que de otra forma suelen no discutirse. Se pueden mencionar como ejemplos aquellas cuestiones señaladas por Francia, en relación con el ejercicio de la jurisdicción: las lagunas de competencia de los tribunales, la validez de las actuaciones de funcionarios extranjeros y de las pruebas recabadas por ellos ante tribunales nacionales.

⁹⁸ Cfr. Tratado Antártico, artículos III, VII y IX.

8. La solución de las dificultades caso a caso, como fue acordado en el seno del Grupo de contacto intersesional, demuestra una buena voluntad de cooperación, pero significa una solución que no siempre resulta aplicable. Lo señalado en el punto anterior implica que de los casos concretos, como también del ejercicio intelectual, seguirán naciendo interrogantes relevantes. Conviene estudiarlas y proponer soluciones antes de que estas se hagan necesarias, de modo de evitar conflictos y mantener el espíritu de colaboración que ha inspirado el funcionamiento del Sistema del Tratado Antártico por más de cincuenta años.

BIBLIOGRAFÍA

- BENADAVA, Santiago (2005): *Derecho Internacional Público* (Santiago, LexisNexis).
- BRITISH ANTARCTIC SURVEY (2015), *Mining*. Disponible en <http://www.bas.ac.uk/about/antarctica/environmental-protection/mining/> (consultado el 6 de abril de 2016).
- Convención para la Conservación de las Focas Antárticas, adoptada en Londres junio de 1972.
- Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, adoptada en Canberra en mayo de 1980.
- Decreto N° 406 de 2012 del Ministerio de Educación, que Declara Monumento Nacional en la categoría de Monumento Histórico a la Base Militar Antártica Capitán General Bernardo O'Higgins Riquelme y a los bienes que indica, ubicados en la Comuna Antártica, Provincia de la Antártica Chilena, Región de Magallanes y Antártica Chilena.
- “Directrices para la casa *Wordie*, propuestas por Reino Unido y Francia”. Disponible en http://www.ats.aq/documents/recatt/att433_s.pdf (consultado el 1 de junio de 2016).
- Exchange of Notes between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Ukraine regarding the proposed Transfer by the British Antarctic Survey (“BAS”) of their Research Station at Faraday in the British Antarctic Territory to the Antarctic Research Centre of the National Academy of Sciences of Ukraine (ARC)*, Londres, 1995. Disponible en [http://treaties.fco.gov.uk/docs/fullnames/pdf/1996/ts0015%20\(1996\)%20cm-3060%201995%2020%20july,%20london%3b%20uk-ukraine,%20transfer%20of%20research%20station%20at%20faraday%20to%20antarctic%20centre.pdf](http://treaties.fco.gov.uk/docs/fullnames/pdf/1996/ts0015%20(1996)%20cm-3060%201995%2020%20july,%20london%3b%20uk-ukraine,%20transfer%20of%20research%20station%20at%20faraday%20to%20antarctic%20centre.pdf) (consultado el 1 de junio de 2016).
- FERRADA WALKER, Luis Valentín (2012): “Evolución del Sistema del Tratado Antártico: Desde su génesis geoestratégica a sus preocupaciones ambientalistas”, *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, N° 18.
- GOROSTEGUI OBANOZ, José Javier y WAGHORN GALLEGOS, Rodrigo (2012): *Chile en la Antártica* (Santiago, Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de Santiago de Chile).
- “Informe del Grupo de contacto intersesional sobre el ejercicio de la jurisdicción en la zona del Tratado Antártico”, *working paper* (WP) 37 presentado

- por Francia, XXXVII RCTA, Brasilia, p. 4. Disponible en http://www.ats.aq/documents/ATCM37/wp/ATCM37_wp037_s.doc (consultado el 21 de junio de 2016).
- “Informe sobre un incidente ocurrido en la casa *Wordie* (SMH N° 62)”, *working paper* (WP) 25 presentado por Reino Unido, Francia y Ucrania, XXXIII RCTA, Punta del Este, 2010. Disponible en http://www.ats.aq/documents/ATCM33/wp/ATCM33_wp025_s.doc (consultado el 28 de enero de 2016).
- INSTITUTO ANTÁRTICO CHILENO, *Sistema del Tratado Antártico*. Disponible en http://www.inach.cl/inach/?page_id=21 (consultado el 21 de julio de 2016).
- “Medidas adoptadas en respuesta a la presencia no autorizada de veleros franceses en la zona del Tratado, y a los daños ocasionados en la cabaña *Wordie House*”, WP 11 presentado por Francia, XXXIV RCTA, Buenos Aires, 2011. Disponible en http://www.ats.aq/documents/ATCM34/wp/ATCM34_wp011_s.doc (consultado el 28 de enero de 2016).
- “La jurisdicción en la Antártica”, *working paper* (WP) 28 presentado por Francia, XXXV RCTA, Hobart, 2012. Disponible en http://www.ats.aq/documents/ATCM35/wp/ATCM35_wp028_s.doc (consultado el 21 de junio de 2016).
- “*Nómina de Monumentos Nacionales desde 1925 al 06 de junio del 2016*”, Consejo de Monumentos Nacionales de Chile. Disponible en <http://www.monumentos.cl/consejo/606/w3-article-53680.html> (consultado el 18 de julio de 2016).
- ORREGO VICUÑA, Francisco (1994): *Derecho Internacional de la Antártida* (Santiago, Dolmen Ediciones, 1ª edición).
- PINOCHET DE LA BARRA, Oscar (1994): *Medio siglo de recuerdos antárticos* (Santiago, Editorial Universitaria, 1ª edición).
- Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, adoptado en Madrid en octubre de 1991.
- Procurador de la República c. X, Corte Regional de París, 31ª Cámara Criminal, Caso número 10260090130, 6 de febrero de 2014. Disponible en http://www.taaf.fr/IMG/pdf/wordie_house_criminal_judgment_6_feb_2014_biffe.pdf (consultado el 3 de febrero de 2016).
- Recomendación RCTA VII-6. Disponible en http://www.ats.aq/devAS/info_measures_listitem.aspx?lang=s&id=97 (consultado el 6 de abril de 2016).
- Recomendación RCTA IX-2. Disponible en http://www.ats.aq/devAS/info_measures_listitem.aspx?lang=s&id=118 (consultado el 6 de abril de 2016).
- Recomendación RCTA XI-1. Disponible en http://www.ats.aq/devAS/info_measures_listitem.aspx?lang=s&id=133 (consultado el 7 de abril de 2016).
- Resolución 2 (2012). Disponible en http://www.ats.aq/devAS/info_measures_listitem.aspx?lang=s&id=516 (consultado el 21 de junio de 2016).
- Resolución 4 (2009). Disponible en http://www.ats.aq/devAS/info_measures_listitem.aspx?lang=s&id=445 (consultado el 25 de mayo de 2016).
- “*Revised List of Historic Sites and Monuments*”, anexo de la Medida 19 (2015). Disponible en http://ats.aq/documents/recatt/att580_e.pdf (consultado el 18 de julio de 2016).
- “Sentencia del Tribunal regional de París, con fecha 6 de febrero de 2014 en relación con la realización de actividades no informadas y no autorizadas

en la Zona del Tratado, y daños ocasionados a la casa *Wordie* (SMH No 62)”, *information paper* (IP) 16 presentado por Francia, XXXVII RCTA, Brasilia, 2014. Disponible en http://www.ats.aq/documents/ATCM37/ip/ATCM37_ip016_s.doc (consultado el 28 de enero de 2016).

Tratado Antártico, acordado en Washington DC. en diciembre de 1959.

TERRES AUSTRALES ET ANTARCTIQUES FRANÇAISES, *Infraction en Antarctique: l'affaire “Wordie House”*. Disponible en <http://www.taaf.fr/Infraction-en-Antarctique-l-affaire-Wordie-House> (consultado el 3 de febrero de 2016).

TISNÉ NIEMANN, Jorge Bertrand (2014): “Los intereses comprometidos en el daño ambiental. Comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley N° 20.600”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 21-N° 1.

VARGAS CARREÑO, Edmundo (2007): *Derecho Internacional Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ALGUNOS PROBLEMAS DEL DERECHO AL RECURSO EN EL CONTENCIOSO AMBIENTAL

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de los Andes, Chile

RESUMEN: Este trabajo explica algunos problemas del derecho al recurso en el sistema medioambiental chileno, en relación con la actuación del Comité de Ministros para la sustentabilidad. La duda se ha presentado cuando dicho ente, al resolver las reclamaciones de que conoce, adopta medidas que afectan directa o reflejamente a interesados que no habían actuado en esa instancia administrativa. También se examina el problema de la legitimación del coadyuvante para recurrir de casación. Este trabajo pretende desarrollar algunos de los aspectos básicos que permitan reconocer el contenido del derecho al recurso ante la judicatura ambiental.

Palabras clave: Jurisdicción, administración, debido proceso.

I. EXPLICACIÓN DEL PROBLEMA

En el desempeño de nuestro sistema de protección medioambiental han surgido varias dificultades vinculadas al sistema de impugnación de actos administrativos ante los Tribunales Ambientales¹.

Uno de ellos ha sido cómo se debe recurrir de la resolución del Consejo de Ministros, cuando al resolver los reclamos materia de su competencia causa un agravio a un sujeto interesado que es titular de derechos pro-

¹ Otros aspectos procesales problemáticos sobre la legitimación para reclamar de la resolución de calificación ambiental, Corte Suprema, 9 de enero de 2015, Rol 6666-1014, identificador *Microjuris* MJ 40542, señalando que es el Servicio de Evaluación Ambiental el órgano de la Administración del Estado legitimado para actuar en el procedimiento de impugnación de una Resolución de Calificación Ambiental. Acerca de la legitimación en este ámbito, BERMÚDEZ SOTO (2015) pp. 155-180 y pp. 253-276.

tegidos por el ordenamiento medioambiental². Concretamente, la duda se ha presentado cuando el referido ente al resolver de los “recursos de reclamación” introduce modificaciones, por ejemplo, a una RCA, ordenando la ejecución de medidas que provocan un agravio al titular de ese acto administrativo. Es un hecho objetivo que medidas de esa naturaleza pueden imponer un mayor gravamen que afecta el contenido del proyecto que puede terminar por hacerlo inviable.

Efectivamente, el referido Consejo puede emitir decisiones al pronunciarse acerca de las reclamaciones, en las que puede afectar la actividad de titulares de derechos públicos subjetivos, como acontece con los titulares de una RCA. A modo de ejemplo, podría obligarlos a modificar el sistema ya aprobado por la autoridad competente respecto de la reposición de caudales hídricos, el control de infiltraciones, entre otros tantos temas.

Desde otro punto de vista, la decisión del Consejo de Ministros, plasmada en un acto administrativo terminal, puede causar un agravio que afectan a terceros generados, entre otras posibilidades, por falta de competencia, si lo decidido no está dentro de su ámbito de conocimiento; si el acto infringe los principios informativos del derecho ambiental; si no se ha respetado el derecho al debido proceso; si se consuma una desviación de funciones; si el acto se ha emitido con desinformación de los antecedentes de hecho relevantes; etcétera.

También ha surgido la duda acerca de si un tercero coadyuvante puede recurrir casación en contra de Resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, cuando la parte a la que coadyuvó decide no impugnar. El problema ha surgido por el cambio de autoridad administrativa, que opta por no utilizar esa vía recursiva ante una sentencia cuyo contenido afecta directa o reflejamente a un interesado, que había intervenido voluntariamente en el proceso ambiental.

Como cuestión previa al análisis del tema propuesto es obligatorio distinguir algunas de las categorías jurídicas, que sirven para justificar nuestras conclusiones.

² El Consejo de Ministros para la sustentabilidad es uno de los órganos administrativos previstos en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, para la gestión de los conflictos medioambientales. Dentro de sus funciones, la ley le asigna competencia para conocer y resolver los recursos de reclamación que se presenten en contra de las resoluciones que rechacen o establezcan condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, en conformidad al artículo 20 de la Ley N° 19.300; las reclamaciones en contra de las resoluciones que realicen la revisión de una Resolución de Calificación Ambiental, de acuerdo con el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300; así como los recursos de reclamación presentados por las personas que hubieren formulado observaciones al Estudio de Impacto Ambiental y que estimaren que sus observaciones no han sido consideradas, en conformidad al artículo 29 de la Ley N° 19.300.

II. EFECTOS DIRECTOS Y EFECTOS REFLEJOS

Los conflictos antes enunciados se vinculan, entre otros, a una de las materias de mayor complejidad en el ámbito de los litigios, relativo a los efectos que produce respecto de terceros los actos administrativos y las resoluciones judiciales.

La Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, ha tratado de abordar las dificultades introduciendo un concepto de parte con indicación de la legitimación para cada tipo de pretensión que se puede deducir en ese sistema especial contencioso. Sin embargo, como acontece normalmente en el mundo jurídico, la realidad práctica del derecho supera la previsión normativa, especialmente en un tema como el de la legitimación activa.

De igual forma, el inciso segundo del art. 18 de la ley referida admite la posibilidad de intervención de terceros, señalando que “en los procedimientos que se regulan en esta ley será aplicable lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. Se presumirá que las municipalidades y el Estado tienen el interés actual en los resultados del juicio que dicha norma exige.

No obstante lo anterior, la normativa establece pautas respecto del alcance de la cosa juzgada de las sentencias, remitiendo el tema a las reglas generales³. Sin embargo, en lo que constituye un reconocimiento que en este orden surgen sentencias con una eficacia mayor a la que se genera normalmente entre partes, se dispone una medida para extender el alcance de un fallo a un mayor número de sujetos. Para tal propósito, el art. 31 de la LTA establece que, “las sentencias firmes que anulen un acto administrativo de aquellos señalados en los números 1) y 7) del artículo 17 producirán efectos generales desde el día en que se publique la parte resolutive de la sentencia en el Diario Oficial, a costa del Tribunal, lo que deberá efectuarse dentro de quinto día de ejecutoriada”.

Por otra parte, en la jurisprudencia del Tribunal Ambiental se aprecia la necesidad de distinguir el componente subjetivo de litigio ambiental, para determinar cómo le afectan los actos administrativos y el interés que debe reconocer para su impugnación. Como lo indica la sentencia 3 de marzo de 2013, *“Quinto: Que en atención a lo anterior y con el objeto de decidir sobre la legitimación activa de los reclamantes, corresponde a este Tribunal precisar si estos gozan o no de la calidad de directamente afectados por la Resolución Exenta N° 477 de 24 de mayo de 2013, lo que se traduce en determinar la calidad jurídica de los reclamantes en su relación con la citada resolución. Como en todo proceso judicial, la calidad jurídica de legitimado activo normalmente se puede determinar con los antecedentes que surgen de los escritos de las partes y en este caso, además, con los antecedentes que obran en el proceso administrativo*

³ Un estudio del tema, VALDIVIA (2015) pp. 253-276.

*sancionatorio que concluyó con la resolución impugnada y los demás procesos administrativos que se encuentran relacionados con los hechos que motivaron las sanciones*⁴.

Como se puede apreciar, la buena intención del legislador no ha podido abordar todos los problemas prácticos que se han suscitado y se seguirán produciendo en relación con el alcance de los actos y de los fallos que se dicten en este ámbito conflictivo. Por tal razón, parece útil considerar un criterio dogmático que ya comienza a utilizarse en nuestra jurisprudencia, en cuanto sirven para solucionar problemas en torno a la legitimación y a los efectos de las sentencias.

En tal sentido, es relevante la doctrina contenida en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 5 de mayo de 2014, cuando puntualiza que *“(...) desde hace bastante tiempo, frente a la comprobación empírica de que en muchos casos la cosa juzgada afecta directa o reflejamente a terceros, la doctrina viene replanteado los términos absolutos con que tradicionalmente se ha esgrimido la regla del Digesto: res judicata tunc neque nocet neque prodest, para explicar los efectos de la cosa juzgada”*.

“Así, el problema que generan los efectos de la sentencia respecto de terceros será apreciable al constatar que una vez pronunciada podrá repercutir en la realidad jurídica de aquéllos, generando efectos indirectos o secundarios, puesto que si bien el tercero no es alcanzado por el efecto de cosa juzgada que se produce entre las partes, le afecta la sentencia concebida como un hecho jurídico”.

“Efectivamente, constituye un principio aceptado por la doctrina procesal que la sentencia recaída en un proceso jurisdiccional puede provocar perjuicios en la esfera jurídica a los terceros que no han sido partes en él. En algunos casos es la misma ley la que dispone estos efectos directos para los terceros, que se ven vinculados a la eficacia de una sentencia judicial sin haber participado como parte en el juicio donde se pronunció, como ocurre con las que constituyen el estado civil. La eficacia directa es aquella propia de la sentencia según el tipo de acción que fue objeto del proceso: de condena, constitutiva o declarativa”.

“En cambio, la eficacia refleja (o secundaria) alude a los efectos que un fallo judicial no pretende producir directamente, sino que derivan de la dictación de una sentencia, en cuanto se comporta como un hecho jurídico procesal. Los efectos reflejos se explican, en la mayoría de los casos, por la vinculación que pueden presentar las relaciones jurídicas materiales, razón por la cual cuando una sentencia condena, declara o constituye, puede influir también sobre otras relaciones jurídicas conexas a las que fueron materia de la decisión (...)”.

“Al tercero le afecta la eficacia refleja de la cosa juzgada, por lo que pese a no haber intervenido en el juicio, la validez de dicha sentencia le

⁴ Tribunal Ambiental, 3 de marzo de 2013, Rol N° R-6-2013.

*alcanza al adquirir tal decisión a su respecto los efectos de inmutabilidad e irrevocabilidad*⁵.

Aunque se trata de un voto de minoría, acepta la distinción indicada el voto redactado por el Ministro Muñoz, en el fallo de 18 de noviembre de 2013, señalando que, “(...) *la doctrina procesal suele hablarse de una doble eficacia de la sentencia: ‘de eficacia directa y de eficacia refleja’. La primera, explicada de una manera simple, es la vinculación de su parte dispositiva en otro proceso. La segunda, se produce cuando se concibe a la sentencia como un hecho jurídico. A este respecto, es ilustrativo citar el siguiente pasaje: ‘Así, por ejemplo, como nos indica Morón, resulta que si una sentencia anula un contrato principal, se producirá un efecto directo e inmediato sobre el acreedor y el deudor, partes del proceso, y además un efecto indirecto, que descansa en el propio mecanismo de la norma aplicada por el juzgador, que incide inevitablemente en la esfera jurídica del fiador’ (...)* ‘Los efectos reflejos de la sentencia son consecuencia primordialmente del entrecruce de las relaciones jurídicas materiales. Las relaciones jurídicas no viven aisladas, sino entrecruzadas en la realidad, dispuestas y combinadas de tal modo que la una reacciona de diversas formas sobre la otra. Por ello, la sentencia, en cuanto declara la certeza, condena a una prestación, o constituye, resuelve o modifica una relación jurídica, puede influir, como hecho jurídico, sobre otras relaciones’ (Aportaciones del Profesor Eduardo Font Serra a la doctrina jurídica, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, pág. 22)”⁶.

Para lo que aquí interesa destacar, la jurisprudencia indicada introduce como elemento para el análisis de los problemas jurídicos que involucran a terceros la necesidad de diferenciar los distintos efectos jurídicos que produce una resolución judicial, a lo que también agregamos una actuación administrativa parajurisdiccional.

III. LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

Conforma un pilar básico de nuestro contencioso medioambiental que la actividad de la administración, surgida por el Consejo de Ministros, del Ministerio del Medio Ambiente, de los Consejos Consultivos y el Servicio de Evaluación Ambiental, puede ser controlada jurisdiccionalmente⁷.

⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de mayo de 2014, Rol N° 7774-13, identificador *Microjuris* MJ 37496. En similares términos, Corte de Apelaciones, 31 de julio de 2014. Rol N° 6483-13, identificador *Microjuris* MJ 38332.

⁶ Corte Suprema, 18 de noviembre de 2013. Rol N° 377-12, identificador *Microjuris* MJ 36388.

⁷ Todo esto se ha logrado modificando gradualmente el modelo la de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente contenido en Ley N° 19.300, de 1994. Entre otros, RIESTRA LÓPEZ (2015) pp. 279-297, FERRADA BÓRQUEZ (2015) pp. 279-297 y pp. 299-328; FERNÁNDEZ BITTERLICH (2013) pp. 111-306; GUZMÁN ROSEN (2012) pp. 4-259.

Conforme al art. 17 N° 5 de la Ley Orgánica de los Tribunales Ambientales, este órgano es competente para “conocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Consejo de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la Ley N° 19.300. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso”.

La reclamación que admite la norma indicada es por razón de la materia de los Tribunales Ambientales. Su contenido comprende lo que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema denomina en el campo del derecho administrativo como “acción de plena jurisdicción”⁸.

Como lo expone la sentencia de la Corte Suprema, de CS, 30 de enero de 2014, respecto del contenido de la acción de plena jurisdicción, *esta acción tiene por finalidad que el juez declare un derecho a favor de un administrado. Su característica más importante es que: ‘permite al juez ir más allá de la simple anulación del acto y sancionar los comportamientos irregulares de la Administración, ya sea acordando indemnizaciones por daños y perjuicios; sustituyendo a la Administración para adoptar una medida conforme a Derecho, o proclamando los resultados de una elección en lugar de los órganos normalmente competentes; etc.’ (cita a pie de página de Barnes Vásquez, Javier). Se le denomina contencioso de los derechos o contencioso subjetivo, porque el juez es llamado a resolver un asunto concerniente a un derecho subjetivo o a una situación jurídica particular. El juez resuelve acerca de la existencia, contenido o efectos de derechos subjetivos, o si se les han lesionado. Su principal manifestación en el caso chileno es la declaración de responsabilidad extracontractual del Estado, sin embargo, hay que dejar claro que la acción de plena jurisdicción no se reduce a declarar el derecho a la indemnización, sino que cualquier derecho subjetivo a favor del administrado (Derecho Administrativo o General, Jorge Bermúdez Soto, Abeledo Perrot LegalPublishing Chile, Thomson Reuters, segunda edición actualizada, 2011, páginas 431 y 432)*⁹.

⁸ Las acciones no se deben confundir con los recursos, atendido que configuran una petición de protección jurídica para restablecer el imperio de derecho, sin que el agravio que las fundamenta provenga directa y necesariamente del pronunciamiento de un fallo judicial, como acontece con las “reclamaciones” reconocidas a los administrados frente a varios actos administrativos. A modo de ejemplo, utiliza técnicamente la noción de derecho público subjetivo la sentencia de la Corte Suprema de 9 de octubre de 2013, en relación con el derecho a la información, declarando, (...) *La relevancia de este derecho público subjetivo queda de manifiesto al observar que, reconocido inicialmente a nivel legal, fue posteriormente recogido por la reforma constitucional de agosto de 2005 como una de las bases de la institucionalidad o como un principio fundamental del Estado constitucional democrático* (Corte Suprema, 9 de octubre de 2013, Rol N° 5002-13, identificador *Microjuris* MJ 36107. Utiliza la misma nomenclatura, Corte Suprema, 6 de noviembre de 2013, Rol N° 4060-13, identificador *Microjuris* MJ 36262).

⁹ Corte Suprema, 30 de enero de 2014, Rol N° 10.639-13, identificador *Microjuris* MJ 37082. Con la misma referencia, Corte Suprema, 17 de marzo de 2014, Rol N° 9005-13, identificador *Microjuris* MJ 37140.

Con anterioridad el mismo Tribunal, en fallo de 4 de diciembre de 2012 había declarado acerca de este tipo de derecho público subjetivo que, “(...) *sin perjuicio de lo expuesto, conviene precisar que como ha dicho esta Corte Suprema, existen dos acciones contencioso administrativas: ‘Las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquéllas que miran a la obtención de algún derecho en favor de un particular. Las primeras pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, ‘erga omnes’ y requieren de una ley expresa que las consagre, como ocurre con el artículo 140 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que instituye el reclamo de ilegalidad contra las resoluciones u omisiones ilegales de los órganos municipales. En cambio, las segundas presentan la característica de ser declarativas de derechos (...)’*”. (considerando 10° de la sentencia de esta Corte, de 28 de junio de 2007, dictada en los autos Rol N° 1203-2006 caratulados Eyzaguirre Cid, Germán con Fisco)¹⁰.

Como se puede apreciar, tanto la ley como su aplicación jurisprudencial no deja duda que la competencia de los Tribunales Ambientales es amplia. De un modo particular, la causal de reclamación del art. 17 N° 5 permite actuar como una instancia, esto es, en la clásica definición de Casarino, como “cada uno de los grados jurisdiccionales que la ley establece con el fin de que los tribunales puedan conocer y fallar los negocios sometidos a su decisión, con la facultad soberana para pronunciarse respecto de todas las cuestiones de hecho y de derecho que en ellos sea plantean”¹¹.

IV. LA LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR

La condición de parte legitimada ante los Tribunales Ambientales para reclamar de una decisión del Consejo de Ministros tiene respaldo en el art. 18 de la ley de los Tribunales Ambientales, al disponer que “los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17”.

Por su parte, la judicatura ambiental interpreta en forma amplia la posibilidad de recurrir, exigiendo que exista una controversia medioambiental y el reclamante acredite una afectación a un derecho o interés directo.

Lo anterior consta expresamente de la sentencia del Segundo TA, al declarar: “*Decimoquinto. Que ha sido la propia Excma. Corte Suprema*

¹⁰ Corte Suprema, 4 de diciembre de 2012, Rol N° 5888-10, identificador *Microjuris* MJ 34077. Reitera el mismo razonamiento, Corte Suprema, 1 de abril de 2015, Rol 28440-14, identificador *Microjuris* MJ 40891.

¹¹ CASARINO VITERBO (1982) p. 107.

quien se ha pronunciado sobre la procedencia de la invalidación dentro del procedimiento de evaluación ambiental y la competencia que tienen los tribunales ambientales para conocer de ella, al señalar que: “[...] no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia dentro de las cuales se encuentra por cierto la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental, conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental[...] (SCS Rol 16.817-2013, consideración Segunda)”¹².

No obstante lo anterior, ha surgido en algunos litigios la duda acerca de si la parte afectada por la decisión del Consejo de Ministros le rige la restricción del art. 18 referido, cuando dispone en su numeral 5) que podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales “las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley”.

A nuestro entender el hecho de que un interesado no haya interpuesto una reclamación no la priva de la posibilidad de interponer un reclamo en cuanto sufra un agravio por un acto del Consejo de Ministros, pudiendo reclamar del mismo por la vía del numeral 5) del art. 17.

El hecho de que el agravio surja en el acto terminal del referido Consejo no autoriza a aplicar la limitación que ha sido introducida para otros asuntos medioambientales, donde se restringe la impugnación si no se ha cumplido con el presupuesto de la reclamación previa, dando vida al razonable axioma “sin reclamo administrativo previo no hay acción”. En efecto, cuando el agravio se origina para el interesado en el acto terminal del Consejo de Ministros, no puede restringirse la legitimación, ya que ello atentaría contra el contenido esencial del derecho al recurso que garantiza nuestra Constitución.

Desde otro punto de vista, la limitación del derecho a impugnar en muchos casos exige la actividad denominada como “preparación del recurso”, pero ella no es exigible cuando se trata de vicios o agravios respecto de los cuales no se podía reclamar, como lo ha resuelto la jurisprudencia en materia de casación, en doctrina que es plenamente aplicable al sistema de impugnación ante los Tribunales Ambientales¹³.

¹² Segundo Tribunal Ambiental, 19 de junio de 2014, Rol N° 10-2013.

¹³ Sintetiza esta doctrina la sentencia de la Corte Suprema al señalar que (...) *en lo que dice relación con la titularidad de estos recursos, vale decir, con los requisitos que deben concurrir para que una persona pueda interponerlos en contra de una resolución susceptible de ser atacada mediante ellos, no basta con ser parte en el proceso en que ésta se dictó, sino que además es indispensable que la referida parte haya sufrido un agravio con la dictación de dicha resolución, la que tiene que haberle sido desfavorable a lo menos parcialmente*. “Así lo ha dicho también la doctrina: “La legitimación (legitimatío ad causam) activa y pasiva es, para el recurso de casación, como en general para todos los medios de impugnación, un requisito difícilmente separable del requisito del interés; en efecto, para establecer que personas están legitimadas en casación, no se puede detener a investigar la simple calidad de

Ratifican lo antes expuesto los artículos 20 y 25 quinquies de la Ley 19.300, de cuyo tenor literal se colige que para tener legitimación activa el agotamiento de la vía administrativa previa solo se impone a los que fueron agraviados por esos actos¹⁴.

El desconocimiento de la limitación anterior ha sido corregido por la Corte Suprema, por vía de la queja, invalidando de oficio actuaciones de tribunales que, por ejemplo, habían declarado inadmisibles recursos, al imponer una preparación del mismo que no era exigible al agraviado¹⁵.

V. DEBIDO PROCESO Y DERECHO AL RECURSO

En todo Estado de Derecho la configuración del contenido de la acción procesal (la reclamación como impugnación lo es) apunta a reconocer que cualquier interés legítimo o derecho subjetivo obtenga la protección judicial. Por lo tanto, la negativa arbitraria o irrazonable a un juicio sobre el fondo, constituye un quebrantamiento a la protección de los derechos que garantiza la Constitución en el artículo 19 N° 3.

En tal orientación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado que el debido proceso debe asegurar las siguientes garantías: la bilateralidad de la audiencia, el derecho a aportar pruebas, el derecho a ser juzgado por un tercero imparcial, el derecho a una sentencia motivada, el derecho al recurso¹⁶.

Por su parte, la Corte Suprema, señala, *“que, si bien ‘el proceso tiene como fin lógico la sentencia, acto por el cual el juez cumple la obligación derivada de la demanda (G. Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, págs. 412 y siguientes)’*, ello necesita que sea producto de un debido

“parte”, sino que es necesario también, para establecer a qué parte respectivamente pertenece la legitimación activa o pasiva, referirse al requisito de haber sido vencida, lo cual, como puede ser considerado desde el punto de vista del interés, también puede considerarse desde el punto de vista de la legitimación, como cualidad integrante de este concepto. Teniendo presente esta inseparabilidad de los dos conceptos, podemos decir que en el recurso de casación la legitimación en general compete a las personas que han sido partes en el juicio del mérito; y en particular la legitimación activa compete a la parte vencida, y la pasiva a la parte vencedora” (Piero Calamandrei, *Casación Civil, colección Brevarios de Derecho, EJE, páginas 69 y 70*) (Corte Suprema, 31 de enero de 2012, Rol N° 5127-11, identificador *Microjuris* MJ 30903).

¹⁴ La doctrina administrativa se ha mostrado crítica de estas restricciones, señalando que “la ausencia de agotamiento de la vía administrativa previa, al igual que el resto de los defectos procesales, puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, de manera que los órganos judiciales deben llevar a cabo una adecuada ponderación entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear procurando, siempre que sea posible, la subsanación del defecto con el fin de favorecer la conservación del acto procesal y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial”. ESCUIN PALOP y BELANDO GARÍN (2011) p. 33.

¹⁵ En este sentido, Corte Suprema, 18 de mayo de 2012, Rol N° 1261-12, identificador *Microjuris* MJ 32062.

¹⁶ Una explicación del tema con la historia constitucional de la garantía en NAVARRO BELTRÁN (2011) pp. 11-36; BORDALÍ, CORTÉZ MATCOVICH y PALOMO VÉLEZ (2014) pp. 30-47; TAVOLARI OLIVEROS (1994) pp. 49-50.

proceso, respecto del cual la doctrina nacional y extranjera concuerdan en que el catálogo de garantías mínimas para ‘un proceso racional y justo implica siempre un procedimiento con la presencia de un contradictor y que las partes en el pleito tienen derecho a un trato en igualdad de condiciones, pero a la vez, importa realzar el indispensable análisis de toda la prueba rendida en autos’¹⁷.

Desde otro ámbito normativo, el derecho de impugnación también se garantiza por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, específicamente sus arts. 8 y 25, sobre las garantías judiciales y la protección judicial¹⁸.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto, para lo que aquí interesa, *que (...) a pesar de que el citado artículo (8º) no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes (...)*¹⁹.

También el Tribunal Constitucional ha señalado que *no obstante lo anterior y entrando al fondo del asunto, cabe sostener, en primer lugar, que el derecho al recurso forma parte integrante del derecho al debido proceso. Así se ha señalado, entre otras sentencias, en los roles N.ºs. 376, 389, 478, 481, 821, 934 y 986. De este modo, se ha dicho expresamente que ‘el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer*

¹⁷ Corte Suprema, 7 de marzo de 2001, Rol N.º 7372-2010, identificador *Legal Publishing* N.º 48017.

¹⁸ En el art. 8 se dispone: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. El artículo 25, sobre la “protección judicial” dispone, “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. “2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

¹⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de septiembre de 1999. Serie C. N.º 55, “Tribunal Constitucional vs. Perú”, párrafo 70. Sobre el tema, en nuestra doctrina, VALENZUELA VILLALOBOS (2013) pp. 713-736.

recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores... agregando que, de este modo, el derecho al recurso no debe entenderse como sinónimo del derecho al recurso de apelación, sin perjuicio de lo cual esta Magistratura ha señalado que se ve afectada la igual protección de los derechos 'cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a solo uno de los agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar'²⁰.

VI. LA LEGITIMACIÓN DEL COADYUVANTE PARA DEDUCIR EL RECURSO DE CASACIÓN

Una de las formas más comunes de intervenir voluntariamente en un juicio pendiente es como tercero coadyuvante²¹. Nuestro legislador reconoce esta figura en el art. 23 del CPC, disponiendo que “los que, sin ser partes directas en el juicio, tengan interés actual en sus resultados, podrán en cualquier estado de él intervenir como coadyuvantes (...)”. Como su nombre lo indica, se trata de un tercero que, por encontrarse en una determinada posición respecto del objeto del proceso, desea ingresar voluntariamente a colaborar con una de las partes para obtener una sentencia favorable²².

En materia de protección del medio ambiente también es factible la participación de terceros en la calidad antes indicada. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando el tercero le interesa participar en la discusión de la legalidad de un acto administrativo que se realiza en materia ambiental. La circunstancia que se trate de un conflicto medioambiental, a mi entender, no impide ni limita que terceros puedan ejercer sus derechos como coadyuvante, atendido que en nuestro sistema esta intervención puede darse tanto para la defensa de derechos con contenido patrimonial como extrapatrimonial, debiendo justificar el tercero en cada caso la situación legitimante que hace valer para solicitar su ingreso al juicio.

El hecho de que en el artículo 23, en relación con el artículo 16 del CPC, se reconozca la posibilidad de recurrir al coadyuvante, debería resolver cualquier duda de interpretación acerca del derecho al recurso de un tercero, ello se ve reforzado por el artículo 47 de la Ley N° 20.600, al disponer que “a los procedimientos establecidos en esta ley se les aplicarán supletoriamente las disposiciones contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil”.

Aunque entendemos que el artículo 16 del CPC, en relación con el artículo 23 del mismo cuerpo legal, reconoce al coadyuvante el derecho constitucional al recurso, no existe margen para restringir tal posibilidad

²⁰ Sobre el tema, entre otros, Tribunal Constitucional, 1 de abril de 2008, Rol N° 821; y Roles N° 986, 1130, 1432, 1443 y 1432.

²¹ Sobre el tema *cfr.* COUTURE (1998) pp. 217-231.

²² Corte de Apelaciones de Valparaíso, 18 de agosto de 2006, identificador *Microjuris* MJ 18192.

en este caso, por dos razones: 1^a) por el efecto de cosa juzgada que el fallo impugnado puede provocar en la esfera jurídica del interesado; y 2^a) porque tener un interés jurídico protegido es agravio suficiente en nuestra jurisprudencia para recurrir.

Si surgiera la duda acerca de la legitimación de otros sujetos para impugnar, ello se debe resolver considerando si efectivamente pueden verse afectados por alguna resolución que se pronuncie o por alguna actuación que se realice en un proceso concreto. La Corte Suprema, llenando un evidente vacío del Código de Procedimiento Civil, ha admitido que terceros que incluso no tengan la calidad de parte puedan impugnar resoluciones judiciales. Así lo resolvió en un fallo de 22 de julio de 1993. En dicha ocasión declaró *“que el hecho que el Banco de Chile no sea parte en el juicio arbitral (...) no impide que pueda ejercer los recursos que franquea la ley, por cuanto aparece claramente establecido que tiene un interés jurídico comprometido que lo legitima para deducir el presente recurso”*²³. Lo destacable de la solución anterior está en el reconocimiento de legitimación a terceros para impugnar, con tal que justifiquen un interés jurídico, incluso sin que sea necesario haber adquirido la condición de parte. Por lo mismo, si se ha reconocido tal derecho a terceros que no han adquirido la calidad de parte, con mayor razón pueden impugnar los que adquirieron en el proceso la calidad de parte.

En una interesante sentencia, de 20 de marzo de 2014, la Corte Suprema resolvió que no puede tener la calidad de coadyuvante un tercero que tuvo la calidad de sujeto pasivo en la actuación administrativa, al haber soportado directamente el ejercicio de la acción fiscalizadora e investigadora del organismo citado. Sin perjuicio de otros antecedentes, el voto de mayoría sostuvo que *(...) En consecuencia, y por aparecer de lo antes expresado que el tercero coadyuvante es aquel que interviene en un juicio ya iniciado, es que surge con claridad la improcedencia de la pretensión de la Compañía Minera Nevada Spa de apersonarse como tercero coadyuvante de la Superintendencia del Medio Ambiente, toda vez que en el procedimiento cuya legalidad se revisa –y del que nace el acto administrativo impugnado– tuvo la calidad de sujeto pasivo, parte directa que soportó el ejercicio de la acción fiscalizadora e investigadora del organismo citado. Resulta del todo insostenible que en el actual procedimiento Compañía Minera Nevada Spa actúe como tercero ajeno, menos aún en calidad de coadyuvante de un órgano del Estado que representa los intereses públicos, calidad en la que dirigió su accionar en contra de quien se pretende coadyuvante. En este aspecto cabe recalcar que la mencionada compañía no puede equiparar su situación a la de los terceros que eventualmente solo tienen un interés en que se mantenga un acto determinado, para cuyos efectos concurren en el contencioso ad-*

²³ Corte Suprema, 22 de julio de 1993, *Revista Fallos del Mes*, N° 416, p. 467.

ministrativo colaborando con el órgano de la Administración. No obsta a la conclusión anterior la circunstancia de haberse trabado en estos autos la relación jurídico procesal entre los reclamantes y el órgano público en su calidad de reclamado, pues como antes se indicó, existe una íntima relación entre el procedimiento administrativo propiamente tal y el contencioso administrativo contemplado para su revisión. Cabe señalar además que las normas generales que regulan la intervención de los terceros en juicio deben siempre aplicarse atendiendo a la especial naturaleza de los procedimientos, por lo que no obstante que la acción de reclamación se dirija en contra de la autoridad que dictó el acto jurídico reclamado, no es posible soslayar la relación jurídica material siempre presente en él, que vincula el acto que impone la sanción con el sujeto pasivo²⁴.

Para el tema que nos ocupa, la consecuencia práctica sería que ese interesado tendría reconocido, por ese solo hecho de haber sido sujeto legitimado pasivo en el proceso sancionatorio, el interés jurídico para recurrir de casación. Esto se desprende del fallo aludido, cuando expone que, *Octavo: Que los razonamientos antes expuestos tienen sustento y concreción expresos en la Ley N° 20.600, en tanto en el numeral 3° del artículo 17 de esa normativa se otorga competencia a los tribunales ambientales para “Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente”. Luego, en el artículo 18, incluido entre las normas comunes del procedimiento, específicamente en lo relativo a quienes serán consideradas partes en él, dispone su encabezado lo que sigue: De las partes. Los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17; en el número 3° del mismo artículo 18, se indica: En el caso del número 3), las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente. Tal precepto es claro, en cuanto quien resulte afectado por el acto, reviste la calidad de parte.*

VII. CONCLUSIONES

1°) La procedencia de la impugnación jurisdiccional de un acto administrativo adoptado por el Consejo de Ministros no puede ser restringida exigiendo la reclamación previa, cuando el agravio al interesado surge de un acto administrativo terminal.

²⁴ Corte Suprema, 20 de marzo de 2014. Rol N° 11.600. 2014 (con voto en contra de la ministra R. Egnem).

- 2º) Los Tribunales Ambientales conocen de la reclamación como una instancia en sentido técnico, mediante los que el derecho administrativo denomina una “acción de plena jurisdicción”.
- 3º) La calidad de tercero coadyuvante no impide impugnar utilizando el recurso de casación en el contencioso medioambiental, si el recurso no lo dedujo la parte principal.

BIBLIOGRAFÍA

- BORDALÍ, Andrés, CORTÉZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego (2014): *Proceso Civil* (Santiago, Legal Publishing, 2ª ed.).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo* (Santiago, Thomson Reuters, 2ª ed.).
- CASARINO VITERBO, Mario (1982): *Manual de Derecho Procesal Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed.).
- COUTURE, Eduardo (1998): “Legitimación del tercero coadyuvante”, en *Estudios de derecho procesal civil* (Buenos Aires, Depalma, t. III).
- FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro (2013): *Manual de derecho ambiental chileno* (Santiago, LegalPublishing, 3ª ed.).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2015): “La justicia ambiental como justicia administrativa especializada y su articulación con los procesos administrativos generales”, en AA.VV., *La nueva justicia ambiental* (Santiago, La Ley).
- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2012): *Derecho Ambiental Chileno* (Santiago, Planeta Sostenible).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2011): “El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Arancibia, J., Martínez, J.I. y Romero, A. (coordinadores), *Litigación Pública* (Santiago, AbeledoPerrot).
- RIESTRA LÓPEZ, Sebastián (2015): “La relación entre el recurso administrativo y la reclamación judicial de los actos dictados en el procedimiento ambiental”, en AA.VV., *La nueva Justicia Ambiental* (Santiago, La Ley).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (1994): “El proceso civil chileno: una lectura desde el debido proceso”, en *Tribunales, Jurisdicción y Proceso* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VALDIVIA, José Miguel (2015): “Contenido y efectos de las sentencias de los tribunales ambientales”, en AA.VV., *La nueva Justicia Ambiental* (Santiago, La ley).
- VALENZUELA VILLALOBOS, Williams (2013): “Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia ‘Mohamed vs. Argentina’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuestiones a tener en consideración sobre el sistema recursivo en el Proyecto de Código Procesal Civil”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, Nº 2.

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE RUIDOS

JORGE BERTRAND TISNÉ NIEMANN¹

*Doctor en Derecho y Magíster en Investigación Jurídica
Universidad de los Andes, Chile*

RESUMEN: Este trabajo analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de ruidos, el que ha consolidado una doctrina que vincula este fenómeno con la afectación del derecho al respeto a la vida privada, familiar, y el domicilio. Se examinan los Recursos de protección en materia de ruido, así como distintos derechos fundamentales de la Constitución Política, con la finalidad de determinar si es plausible que una doctrina de esta naturaleza pueda ser adoptada por los tribunales de justicia chilenos.

Palabras clave: Ruido, garantías fundamentales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

El sonido no es lo mismo que el ruido. El sonido ha sido definido como la sensación producida en el órgano del oído por el movimiento vibratorio de los cuerpos, transmitido por un medio elástico, como el aire. En cambio el ruido es un sonido inarticulado, por lo general desagradable. Se diferencian porque mientras el primero es imprescindible en la vida cotidiana (piénsese en la comunicación verbal), el segundo es algo que se percibe como indeseado o brusco. En las actuales condiciones de vida, un entorno silencioso se ha vuelto un recurso escaso y anhelado.

El ruido es un problema cotidiano que afecta la tranquilidad de las personas. Un ruido molesto puede implicar un perjuicio en el plano fisiológico y psicológico y sus consecuencias se perciben en el corto y

¹ Asociado en Jara del Favero. Correo electrónico jtisne@jdf.cl.

largo plazo, pues algunos de sus efectos son acumulativos en el tiempo. Es por esto que delimitar el real alcance jurídico que produce este tipo de turbación es relevante.

El Recurso de Protección es la vía judicial más utilizada para la protección de los derechos e intereses de los afectados por el ruido. Sin perjuicio que diversas garantías constitucionales han sido esbozadas como derechos conculcados por molestias sonoras, en general los que se acogen han sido en razón del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de Chile (en adelante CPol.). La jurisprudencia de las Cortes de protección ha sido constante y uniforme desde 1985 en resolver los problemas por ruidos molestos conforme al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Esta tendencia jurisprudencial puede ser matizada, o al menos comentada, a la luz de los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Los artículos 19 N°s 4 y 5 de nuestra Carta Fundamental dan cuenta del respeto y protección de la vida privada y a la inviolabilidad del hogar, respectivamente. De manera usual estos artículos no han sido invocados como derechos conculcados por ruidos en Chile. Sin embargo, el TEDH hace más de una década que ha establecido jurisprudencia que vincula el ruido con su menoscabo.

Este trabajo tiene por objeto analizar cómo se relaciona el ruido con los derechos fundamentales que consagra la CPol., y asimismo, examinar si la doctrina no vinculante del TEDH para nuestro país podría trascender a las resoluciones de los tribunales chilenos.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DECRETO N° 38 DE 2011 DEL MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE

El ruido ha sido abordado en distintos instrumentos legales en Chile. El Decreto N° 286 de 1984 del Ministerio de Salud aprobó el reglamento concerniente a niveles máximos permisibles de ruidos molestos generados por fuentes fijas. Este fue reemplazo por el Decreto Supremo N° 146 de 1997 del Ministerio Secretaría General de la República (en adelante DS°146/1997). En virtud de su revisión, actualmente rige el Decreto N° 38 de 2011 del Ministerio de Medio Ambiente que establece la norma de emisión de ruidos generados por las fuentes que indica (en adelante D°38/2011).

Si el ruido es el tema central de este estudio, resulta imprescindible analizar el D°38/2011². Conforme al artículo 23, su entrada en vigencia comenzó dos años después, esto es, el 12 de junio de 2014, fecha en que quedó sin efecto el DS°146/1997.

² Publicado el 12 de junio de 2012 en el Diario Oficial.

Lo relevante de esta nueva norma es que modifica y aclara distintos elementos del DS°146/1997, en especial: definición de fuentes reguladas por la norma; eliminación del concepto de molestia; incorporación y revisión de definiciones; el cambio de límites máximos de ruidos nocturnos; la simplificación de la metodología de medición y la exigencia de nuevos estándares del instrumental de medición con el objeto de asegurar la calidad de los datos medidos.

En otro lugar habíamos criticado la denominación del DS°146/1997 (que establece la norma de emisión de ruidos molestos generados por fuentes fijas) porque no decía relación con su finalidad que es prevenir la producción del ruido³. El D°38/2011 eliminó de su denominación la palabra *molestos* como adjetivo calificativo de los ruidos. El eliminar el concepto de molestia se favoreció la función preventiva de la norma.

El D°38/2011 señala que *el objetivo de la presente norma es proteger la salud de la comunidad mediante el establecimiento de niveles máximos de emisión de ruido generados por las fuentes emisoras de ruido que esta norma regula* (artículo 1). Una novedad es que la norma excluye de su aplicación ciertas actividades ruidosas (artículo 5). En este sentido menciona: La circulación por medio de las redes de infraestructura de transporte (como, por ejemplo, el tránsito vehicular, ferroviario y marítimo); el tránsito aéreo; la actividad propia del uso de viviendas y edificaciones habitacionales (tales como voces, circulación y reunión de personas, mascotas, electrodomésticos, arreglos, reparaciones domésticas y similares realizadas en este tipo de viviendas); el uso del espacio público, como la circulación vehicular y peatonal, eventos, actos, manifestaciones, propaganda, ferias libres, comercio ambulante, u otros similares; sistemas de alarma y de emergencia; y voladuras o tronaduras.

La norma, al igual que DS°146/1997, continúa regulando en general los ruidos que provienen de fuentes fijas (aunque la norma ya no mencione este concepto). Las fuentes móviles como el uso de infraestructura de transporte, el tránsito aéreo, el uso de espacio público escapan de este ámbito. Se optó por excluir el sistema de alarmas y voladuras o tronaduras. Resulta de especial interés que se haya exceptuado de la aplicación de la norma la actividad doméstica que puede generar episodios críticos por ruidos, en especial, el vecino adepto a las fiestas privadas nocturnas, así como las reparaciones que pueden afectar por meses a quienes ocupan los inmuebles cercanos. Estas conductas ruidosas, aunque parecieran ser de fuente fija, tendrán que ser reguladas por normativa especial o normas complementarias, como son las ordenanzas municipales. La norma parece estar orientada a las actividades comerciales ruidosas, y no a las conductas individuales de los particulares. De hecho, el artículo 6 *N° 13* define

³ TISNÉ NIEMANN (2013) p. 160.

fuelle emisor de ruido como *toda actividad productiva, comercial, de esparcimiento y de servicios, faenas constructivas y elementos de infraestructura que generen emisiones de ruido hacia la comunidad*, excluyendo las actividades mencionadas del artículo 5 ya comentado.

Otro elemento que destaca es el cambio de los límites de ruidos nocturnos máximos en comparación al DS°146/1997. Según se desprende de la norma, con el objeto de generar un mayor resguardo de la comunidad frente a los efectos del ruido, los límites nocturnos se han hecho más restrictivos. Esto está orientado a la protección de las horas de descanso de la población.

Respecto de los ruidos máximos permitidos, las zonas de uso de suelo han sido complementadas en el D°38/2011. A diferencia del DS°146/1997, las zonas de ruidos serán las definidas por en el Instrumento de Planificación Territorial respectivo, ubicadas dentro del límite urbano, distinguiéndose porque la Zona I permite exclusivamente uso de suelo residencial o bien este uso de suelo y el uso de suelo de espacio público o área verde⁴. La Zona II permite además de los usos de suelo de la Zona I, equipamiento de cualquier escala. La Zona III permite además de los usos de suelo de la Zona II, actividades productivas o de Infraestructura⁵. La Zona IV permite solo usos de suelo de actividades productivas o de infraestructura.

Los niveles de presión sonora corregidos (Npc) que regula el artículo 7 del D°38/2011 varían respecto del DS°146/1997, porque en horario nocturno han sido disminuidos los niveles de ruidos máximos permitidos desde 50 a 45 en Decibel A (en Zona II) y desde 55 a 50 Decibel A (en Zona III)⁶. Esta disminución en los ruidos permitidos durante las 21 pm y 7 am responde a la recomendación de la Organización Mundial de la Salud (*Night Noise Guidelines for Europe* del año 2009), donde se aconseja que el nivel de ruido durante las horas de descanso no debería superar

⁴ El artículo 6 N° 11 define espacio público como el *bien nacional de uso público destinado a la libre circulación, como calles, aceras, plazas, áreas verdes públicas, riberas, playas, entre otros, y la vía pública en general*.

⁵ Son actividades productivas las *instalaciones destinadas a desarrollar procesos de producción, procesamiento y/o transformación de productos finales, intermedios o materias primas, tales como industrias, depósitos, talleres, bodegas y similares; así como la extracción u obtención de productos provenientes de un predio, tales como actividades agrícolas, ganaderas, forestales, extractivas, mineras y similares* (artículo 6 N° 1). Son elementos de infraestructura, las instalaciones de infraestructura destinada a transporte, sanitaria y energética (artículo 6 N° 10).

⁶ Tabla N° 1. Niveles Máximos Permisibles de Presión Sonora Corregidos (Npc) en db (A)

	De 7 a 21 horas	De 21 a 7 horas
Zona I	55	45
Zona II	60	45
Zona III	65	50
Zona IV	70	70

los 40 decibeles en los lugares de uso de suelo residencial con el objeto de proteger el sueño, salud y calidad de vida de la comunidad⁷.

También fue incrementada la protección frente al ruido en zonas rurales⁸. El objeto fue resguardar su tranquilidad en virtud de su distancia de centros urbanos (artículo 9^o). La fiscalización y control de esta normativa corresponde a la Superintendencia del Medio Ambiente (artículos 20, 21 y 22), creada en virtud de la Ley N° 20.417 de 2012.

Ahora bien, es interesante conocer cómo ha sido abordado el ruido desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y analizar si su doctrina puede ser utilizada en nuestro país.

III. EL RUIDO Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se hizo esfuerzos por garantizar los derechos humanos a nivel constitucional con el objeto de limitar el poder mediante el Derecho. En el contexto europeo, un elemento esencial para el resguardo de esta finalidad es el Convenio para la protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales de 1950, también conocido como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH). En virtud del Protocolo N° 11 de 1998, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se convierte en la instancia jurisdiccional única para garantizar los derechos de las personas o grupos de personas de los Estados que ratificaron el CEDH. Desde su entrada en vigencia, este ha sido modificado y complementado mediante diversos protocolos¹⁰.

Desde la última década del siglo XX el TEDH ha establecido una jurisprudencia que resulta novedosa en nuestro país, al sostener que el ruido puede conculcar el derecho consagrado en el artículo N° 8 de la CEDH, esto es, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia¹¹. Sin embargo también ha desestimado demandas por estos conflictos, como el causado por los vuelos de

⁷ Documento disponible en http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0017/43316/E92845.pdf (consultado el 21 de diciembre de 2012).

⁸ La zona rural ha sido definida como *aquella ubicada al exterior del límite urbano establecido en el Instrumento de Planificación Territorial respectivo* (artículo 6 N° 32).

⁹ El artículo 9 dispone: *Para zonas rurales se aplicará como nivel máximo permisible de presión sonora corregido (NPC), el menor valor entre:*

a) Nivel de ruido de fondo + 10 dB(A).

b) NPC para Zona III de la Tabla 1.

Este criterio se aplicará tanto para el período diurno como nocturno, de forma separada.

¹⁰ Cfr: MONESTIER MORALES (2011) pp. 70-73.

¹¹ El íntegro artículo 8 de la CEDH dispone: *1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.- 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país,*

aviones¹², ruidos y vibraciones de un transformador eléctrico¹³, el ruido causado por una clínica dental¹⁴, ruido provocado por turbinas de viento¹⁵, ruidos de una empresa de costura¹⁶, el ruido que genera la operación de un aeródromo¹⁷, el ruido que proviene de un campo de tiro¹⁸, o ruidos originados en una industria destinada a la mantención de camiones, corte de metales y otras actividades con hierro y acero¹⁹.

En estas sentencias, generalmente los demandantes buscan que el TEDH declare que los Estados han incumplido el deber de garantizarles su derecho al respeto del hogar y vida privada y familiar. Es por esto que cuando se acogen sus pretensiones, el Tribunal ordena que los Estados paguen una indemnización de perjuicios a los demandantes (artículo 41 CEDH).

Es conveniente examinar sobre la base de qué supuestos se ha construido esta doctrina del TEDH en materia de ruidos. Este es un trabajo que se aprecia en doctrina comparada pero que en Chile aún no se ha abordado²⁰.

Los orígenes de esta doctrina comienzan cuando se acoge la demanda presentada en el asunto López Ostra con España (Nº demanda 16798/90. 9 de diciembre de 1994). La demandante, Sra. Gregoria López Ostra, vivía con su esposo y dos hijas en el distrito de la Diputación del Río, en el pueblo de Lorca, Región de Murcia, España. En el pueblo existía gran cantidad de industrias de cuero. Diversas curtidurías, todas pertenecientes a una compañía llamada Sacursa, operaban en una planta de tratamiento

la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

¹² Hatton y otros con Reino Unido (demanda Nº 36022/97. 8 de julio de 2003); Powell y Rayner contra el Reino Unido (demanda Nº 9310/81. 21 de febrero de 1990).

¹³ Ruano Morcuende con España (demanda Nº 75287/01. 6 de septiembre de 2005).

¹⁴ Galev y otros con Bulgaria (demanda Nº 18324/04. 29 de septiembre de 2009).

¹⁵ Fägerskiöld con Suecia (demanda número 37664/04. 28 de febrero de 2008).

¹⁶ Borysiewicz con Polonia (demanda Nº 71146/01. 1 de julio de 2008).

¹⁷ Ashworth y otros con Reino Unido (demanda Nº 39561/98. 20 de enero de 2004).

¹⁸ Vearncombe y otros con el Reino Unido y la República Federal Alemana (demanda Nº 12816/87. 18 de enero de 1989).

¹⁹ Leon y Agieszka Kania con Polonia (demanda Nº 12605/03. 21 de julio de 2009).

²⁰ Parte de la doctrina española ha examinado esta jurisprudencia del TEDH y analizado su trascendencia para su ordenamiento. En este sentido HERRERA DEL REY (2008) pp. 111-128; MONESTIER MORALES (2011) pp. 79-95; ALGARRA PRATS (2004) pp. 100-104; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2006a) pp. 1179-1183 y en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2006b) pp. 492-293; EGEA FERNÁNDEZ (2006) pp. 425-426 y en EGEA FERNÁNDEZ (2001) pp. 69-105; ALENZA GARCÍA (2003) pp. 91-92; RUIZ-RICO (2013) pp. 239-266; ALONSO GARCÍA (2002) pp. 342-343; ÁLVAREZ LATA (2002) pp. 136-146; CREMADES GARCÍA (2009) pp. 78-80; DE LA IGLESIA MONGE (2008) pp. 1363-1366 y en DE LA IGLESIA MONGE (2012) pp. 2239-2244; DÍAZ ROMERO (2003) pp. 165-170; HERRERO PEREZAGUA (2008) pp. 430-435; LÓPEZ LÓPEZ (2009) pp. 61-80; LÓPEZ RAMÓN (1997) pp. 354-357; LORANCA RUILÓPEZ (2009) pp. 588-595; MARÍN CASTÁN (2002) pp. 95-139; MACÍAS CASTILLO (1999) pp. 1233-1245; MASFERRER Domingo (2011) pp. 1612-1614; RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2010) pp. 211-228; SERRANO-SÚÑER HOYOS y TENORIO SÁNCHEZ (2005) pp. 97-146. Un ejemplo de cómo esta doctrina ha trascendido en Sudamérica es el trabajo argentino de KEMELMAJER DE CARLUCCI (2005) pp. 59-98, que apoya que la protección frente al ruido incluya además de la vertiente patrimonial, una de naturaleza personal mediante los derechos fundamentales.

de residuos sólidos y líquidos construida con un subsidio del Estado en terreno municipal, el que se encontraba a 12 metros del inmueble de la demandante. En 1988 la planta comenzó a operar sin la necesaria licencia administrativa. Debido a un desperfecto, comenzó a emitir gases, ruidos, olores pestilentes y contaminación, lo que produjo problemas de salud e incomodidades a las personas que vivían en el pueblo de Lorca, y en especial, en el distrito de la demandante.

El Ayuntamiento evacuó a los residentes al centro de la ciudad durante los meses de julio, agosto y septiembre de 1988. En octubre la demandante y su familia volvió a su hogar, donde vivió hasta 1992. En septiembre de 1988 el Ayuntamiento ordenó a la planta cesar con el depósito de residuos orgánicos y químicos en tanques de agua (lagunaje), pudiendo continuar con el tratamiento del agua contaminada con cromo. Se reportaron episodios de molestias durante los años 1991, 1992 y 1993.

La demandante sostuvo que los artículos 3 y 8 de la CEDH habían sido vulnerados por las autoridades españolas debido a su actitud pasiva frente a la contaminación de olores, gases, humos y ruido de la industria Sacursa²¹. El TEDH afirma que los eventos descritos vulneran el derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, concluyendo que *el Estado español no llevó a cabo un justo balance entre el interés económico del pueblo (al tener una planta de tratamiento) y el interés de la demandante de ejercer efectivamente su derecho al respeto de su hogar, vida privada y vida familiar* (punto 58).

Luego, en el asunto Moreno Gómez con España (demanda N° 4143/02. 16 de noviembre de 2004), la demandante, doctora Pilar Moreno Gómez, vivía desde 1970 en un departamento ubicado en una zona residencial de la ciudad de Valencia, España. Desde 1974, el Ayuntamiento autorizó la apertura de establecimientos nocturnos (como bares, *pubs* y discotecas). Los ruidos de estos establecimientos impedían a los vecinos descansar, por lo que protestaron. En 1983, el Ayuntamiento decidió no autorizar más aperturas de este tipo de establecimientos; decisión que luego quedó sin efecto. En 1993 un peritaje solicitado por el Ayuntamiento estableció que los locales nocturnos sobrepasaban los niveles sonoros permitidos. En 1995 la policía autonómica informó al Ayuntamiento que los locales infringían sistemáticamente los horarios de cierre. En 1996 el Ayuntamiento aprobó una nueva ordenanza municipal sobre ruidos y vibraciones, estableciendo entre otras cosas, la posibilidad de declarar zonas acústicamente saturadas.

²¹ La demandante intentó hacer valer sus derechos previamente en la audiencia territorial de Murcia (1988), apelación frente al Tribunal Supremo (1989), y un Recurso de Amparo en el Tribunal Constitucional (1989). En todas las instancias se rechazaron las pretensiones de la Sra. López Ostra. Las cuñadas de la demandante interpusieron recursos administrativos ordinarios y penales (1990-1991). En virtud de una denuncia por delito ecológico, la planta fue clausurada en 1993.

El mismo año, el barrio de la demandante adquirió esta calificación. Sin embargo, en 1997, el Ayuntamiento concedió una licencia para abrir una discoteca en el inmueble de la demandante. Dicha licencia fue anulada por el Tribunal Supremo español en 2001²².

Para el TEDH *el domicilio es normalmente el lugar, el espacio físicamente determinado en donde se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no solo como el derecho a un simple espacio físico, sino también como el derecho a disfrutar en toda tranquilidad de dicho espacio. Las vulneraciones del derecho de respeto al domicilio no son solamente las de índole material o corporal, tales como la entrada en el domicilio de la persona no autorizada, sino también las agresiones inmateriales o incorpóreas, como ruidos, emisiones, olores, u otras injerencias. Si las agresiones son graves pueden privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio porque le impiden gozar del mismo* (punto 53)²³. *Si el artículo 8 tiene por objeto esencial el proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, también puede implicar la adopción por estos últimos de medidas encaminadas al respeto de los derechos garantizados por dicho artículo incluso en las relaciones de las personas entre sí* (punto 55)²⁴.

El TEDH analiza si los ruidos denunciados *rebasan el umbral mínimo de gravedad para constituir una violación del artículo 8*. A juicio del TEDH, la superación del umbral mínimo se acreditaba mediante la declaración de zona acústicamente saturada y el hecho de que la intensidad de los ruidos sobrepasaran los niveles autorizados durante las horas nocturnas, así como su reiteración durante años, por lo que el Estado no cumplió con su obligación de proteger al demandante (puntos 57 al 61)²⁵.

²² Previo a la demanda en el TEDH la demandante había intentado una reclamación en el Ayuntamiento de Valencia (1997), un recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia (1997); este último fue rechazado. Contra esta decisión interpuso un Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional (1998), el que también fue desestimado. La recurrente alegaba la vulneración del artículo 18.2 (derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio) y el artículo 15 (derecho a la vida y de la integridad física) de la Constitución española. El Tribunal Constitucional desestima el amparo porque no se acredita un perjuicio grave e inmediato de dichos derechos. En la sentencia del Tribunal Constitucional existieron dos votos disidentes, uno de ellos estaba por acoger el amparo en virtud del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

²³ Este concepto amplio de domicilio es reiterado con posterioridad por el TEDH como en los casos *Oluic con Croacia* (Nº demanda 61260/08. 20 mayo de 2010), *Martínez Martínez y Pino Manzano con España* (demanda Nº 61654/08. 3 de julio de 2012); *Martínez Martínez con España* (demanda Nº 21532/08. 27 de septiembre de 2011).

²⁴ Reiterado en *Oluic con Croacia* (Nº demanda 61260/08. 20 mayo de 2010, punto 46).

²⁵ En cambio en el caso *Martínez Martínez y Pino Manzano con España* (demanda Nº 61654/08. 3 de julio de 2012), en el que el demandante denunciaba los ruidos provenientes de una cantera de piedra ubicada a 200 metros de su domicilio, el TEDH desestimó la demanda porque el domicilio se encontraba en una zona de uso industrial y la actividad perturbadora operaba legalmente, por lo que *no puede gozar de la misma protección medioambiental que las zonas residenciales* (punto 48).

En el caso Oluic con Croacia (demanda Nº 61260/08. 20 mayo de 2010), la demandante vive con su familia en un departamento en Rijeka, Croacia. Desde diciembre de 1999, el bar F. comenzó a operar en otro piso del inmueble. La demandante denunció en 2001 ante las autoridades nacionales los ruidos excesivos que generaba el bar F. desde las 7 am hasta la medianoche²⁶. Para determinar si el ruido rebasa el umbral mínimo para constituir una violación del artículo 8, el TEDH estimó que debe estarse al caso concreto, en especial, su intensidad, duración y sus efectos físicos y mentales²⁷. El hecho que durante ocho años las mediciones nocturnas de ruido hayan superado el nivel permitido fue determinante para decidir que la molestia era excesiva y que las autoridades tenían el deber de proteger a la demandante (punto 62).

En Martínez Martínez con España (demanda Nº 21532/08. 27 de septiembre de 2011) el demandante tiene domicilio en la ciudad de Cartagena, Región de Murcia, España.

Se denuncian los ruidos nocturnos provocados por un bar musical instalado en la terraza de una discoteca situada a menos de 10 metros del domicilio del demandante. Este alega la pasividad de las autoridades frente a esta actividad molesta que durante 10 años superó los máximos permitidos de ruido. El TEDH hace notar una distinción ya mencionada en casos anteriores: *El artículo 8 puede pues aplicarse en los asuntos medioambientales en los que la contaminación esté directamente causada por el Estado o en los que la responsabilidad de este último proceda de la ausencia de una reglamentación adecuada de la actividad del sector privado. Si el artículo 8 tiene esencialmente por objeto proteger al individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias: a este compromiso, más bien negativo, pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar* (punto 42).

Generalmente el tema de ruidos no dice relación con injerencias arbitrarias de los poderes públicos sino con su ineficacia o pasividad frente a la vulneración de los derechos de los particulares, en este caso, en atención al respeto de su domicilio, y su vida privada y familiar (punto 45)²⁸.

²⁶ Durante los años 2001 y 2009 se realizaron diversas mediciones, ordenando al dueño del bar colocar equipos de mitigación de ruidos, los que fueron insuficientes. La demandante acudió a diversas autoridades administrativas y judiciales denunciando los ruidos.

²⁷ Este mismo criterio se repite en Martínez Martínez y Pino Manzano con España (demanda Nº 61654/08. 3 de julio de 2012); Fadayeve con Rusia (demanda Nº 55723/00. 30 de noviembre de 2005); Mileva y otros con Bulgaria (demanda Nº 43449/02 y 21475/04. 25 de noviembre de 2010); Martínez Martínez con España (demanda Nº 21532/08. 27 de septiembre de 2011); Fåggerskiöld con Suecia (demanda número 37664/04. 28 de febrero de 2008).

²⁸ Originalmente en Moreno Gómez con España (demanda Nº 4143/02. 16 de noviembre de 2004).

IV. EL RUIDO Y EL RECURSO DE PROTECCIÓN EN CHILE

El ruido no es una realidad ajena al Recurso de protección en Chile. Es abundante la jurisprudencia que demuestra que esta acción constitucional ha sido desde su implementación un mecanismo afectivo para contener las molestias que las personas sufren, generalmente, en el marco de la vecindad. Lo interesante del caso es que el Recurso de protección debe fundarse en algunos de los derechos constitucionalmente garantizados a todas las personas (artículo 19 de la CPol.) y que coinciden con algunos de los derechos consagrados en el CEDH. Esto permite examinar la técnica jurisprudencial del TEDH en materia de ruidos a la luz de la realidad constitucional chilena.

El Recurso de protección ha conocido de distintos tipos de ruido. Cabe destacar que desde su entrada en vigencia prácticamente todos los años han existido denuncias por ruidos. El primer caso que conocemos fue producto del ruido causado por la instalación y operación de un ducto extractor de gas y aire²⁹. Luego las Cortes de protección han conocido numerosas hipótesis de ruido que parecieran vulnerar los derechos de los recurrentes. Los más usuales suelen referirse a los ruidos que generan *pubs* y discotecas en horarios de descanso de los vecinos³⁰, la reparación, operación y mal funcionamiento de locales comerciales³¹, ruidos de restaurantes³² y en general respecto de la actividad de construcción³³.

²⁹ Corte Suprema, 4 de mayo de 1983, Rol 16.575-1983, *Revista Fallos del Mes*, N° 294, p. 162.

³⁰ Corte Suprema, 14 de enero de 1985, Rol 20.152, *Revista Fallos del Mes*, N° 326, p. 943; Corte Suprema, 1 de abril de 1993, *Revista Fallos del Mes*, N° 413, p. 135; Corte de Apelaciones de Talca, 30 de septiembre de 2002, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 99, 2ª parte, sección 5ª, p. 404; Corte de Apelaciones de Iquique, 23 de diciembre de 2005, Rol 23-2005, identificador LegalPublishing CL/JUR/163/2005; 36218; Corte Suprema, 30 de junio de 2006, Rol 2.036-2006; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 4 de octubre de 2006, Rol 182-2006, identificador LegalPublishing CL/JUR/3204/2006; Corte Suprema, 3 de julio de 2007, Rol 2.051-2007; Corte Suprema, 26 de agosto de 2008, Rol 4.268-2008; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 31 de marzo de 2009, Rol 293-2008, identificador LegalPublishing CL/JUR/2842/2009; Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de noviembre de 2009, Rol 270-2009, identificador LegalPublishing CL/JUR/2822/2009; Corte Suprema, 6 de octubre de 2010, Rol 6.729-2010; Corte Suprema, 28 de abril de 2011, Rol 2.115-2011; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 15 de diciembre de 2011, Rol 301-2011, identificador *Microjuris* MJJ30330.

³¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de marzo de 1994, Rol 2.277-1994, identificador LegalPublishing CL/JUR/264/1994; Corte Suprema, 14 de noviembre de 1985, *Revista Fallos del Mes*, N° 324, p. 785; Corte Suprema, 20 de abril de 1994, Rol 4.117-1994, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 91, 2ª parte, sección 5ª, p. 10; Corte Suprema, 7 de febrero de 2006, Rol 375-2006; Corte Suprema, 4 de octubre de 2007, Rol 4.466-2007; Corte Suprema, 30 de diciembre de 2011, Rol 11.415-2011; Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de octubre de 2012, Rol 20.865-2012, identificador LegalPublishing CL/JUR/2187/2012.

³² Corte de Apelaciones de Rancagua, 24 de septiembre de 1999, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 96, 2ª parte, sección 5ª, p. 245; Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de junio de 2010, Rol 64-2010, Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de junio de 2010, Rol 64-2010, identificador LegalPublishing CL/JUR/3434/2010; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 25 de mayo de 2015, Rol 91-2015, identificador *Microjuris* MJJ41665.

³³ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 2006, Rol 3.305-2006; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 21 de diciembre de 2007, Rol 458-2007; Corte de Apelaciones de Concepción,

Otros casos de ruidos que ha conocido la jurisprudencia de protección son producto de la actividad doméstica de los vecinos, como los ruidos que generan los juegos de los niños en el inmueble colindante³⁴, el empleo de instrumentos musicales por parte del vecino³⁵, ruidos originados por fiestas privadas y centros de eventos³⁶, y el uso de inmuebles cercanos para carreras de autos y motocicletas³⁷.

Asimismo la industria y la tecnología ha provocado nuevos inconvenientes a los vecinos, como los ruidos que generan el empleo de estampadoras, pulidoras y esmeriladoras en una industria que fabrica remolques y carrocerías³⁸, los originados por una planta procesadora de áridos en el procesamiento y transporte de material³⁹, el mal funcionamiento de una planta de revisión técnica para autos, buses y camiones⁴⁰, el empleo de un inmueble colindante como estacionamiento de buses⁴¹, el ruido de una central termoeléctrica⁴², ruidos de una empresa de montaje y soldadura de cañerías y estructuras metálicas⁴³, operación de una subestación eléctrica⁴⁴, ruidos de una planta de chancado que se escuchan a un kilómetro de distancia⁴⁵, la construcción y empleo de una pista de carreras para automóviles⁴⁶, o mal estado de motores de aire acondicionado⁴⁷.

-
- 4 de diciembre de 2009, Rol 585-2009; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 23 de enero de 2010, Rol 806-2009, identificador LegalPublishing CL/JUR/12074/2010; Corte Suprema, 27 de enero de 2010, Rol 9.488-2012, identificador LegalPublishing CL/JUR/6183/2010; 43171; Corte Suprema, 3 de septiembre de 1990, Rol 16.002-1990, *Revista Fallos del Mes*, N° 382, p. 527.
- ³⁴ Corte Suprema, 6 de septiembre de 1990, Rol 15.937-1990, *Revista Fallos del Mes*, N° 382, p. 471.
- ³⁵ Corte Suprema, 8 de agosto 2000, Rol 2.586-2000, identificador *Microjuris* MJJ3652; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 23 de septiembre de 2010, Rol 184-2010, identificador LegalPublishing CL/JUR/12407/2010.
- ³⁶ Corte Suprema, 4 de junio de 1992, *Revista Fallos del Mes*, N° 403, p. 311; Corte de Apelaciones de San Miguel, 26 de junio de 2015, Rol 188-2015, identificador LegalPublishing CL/JUR/3609/2015; Corte de Apelaciones de Rancagua, 23 de febrero de 2011, Rol 1.047-2010, identificador LegalPublishing CL/JUR/1584/2011.
- ³⁷ Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 de mayo de 2005, identificador *Microjuris* MJJ17441; Corte de Apelaciones de Arica, 30 de mayo de 2006, Rol 95-2006, identificador LegalPublishing CL/JUR/4990/2006.
- ³⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de julio de 1989, Rol 57-1989, identificador *Microjuris* MJJ4549.
- ³⁹ Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de abril de 2008, Rol 67-2006, identificador *Microjuris* MJJ17208.
- ⁴⁰ Corte Suprema, 19 de octubre de 1994, Rol 22.812-1994, *Revista Fallo del Mes*, N° 431, p. 707.
- ⁴¹ Corte Suprema, 27 de febrero de 2008, Rol 141-2008.
- ⁴² Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de abril de 2013, Rol 2.053-2012, identificador LegalPublishing CL/JUR/951/2013.
- ⁴³ Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de diciembre de 2014, Rol 3576-2014, identificador LegalPublishing CL/JUR/9824/2014.
- ⁴⁴ Corte Suprema, 24 de octubre de 2007, Rol 4.021-2007.
- ⁴⁵ Corte Suprema, 19 de enero de 1998, Rol 2.830-1997, identificador LegalPublishing CL/JUR/352/1998; 51988.
- ⁴⁶ Corte Suprema, 26 de marzo de 1991, *Revista Fallos del Mes*, N° 389, p. 65.
- ⁴⁷ Corte Suprema, 28 de septiembre de 1993, *Revista Fallos del Mes*, N° 418, p. 746.

También son fuente de problemas los ruidos de un canil próximo⁴⁸, un gimnasio cercano⁴⁹, ferias libres⁵⁰, ruidos emitidos en actos de culto de una iglesia evangélica⁵¹, los de canal de televisión de carácter religioso⁵², e incluso se ha denunciado la eventual operación de una compañía de bomberos por el temor de los vecinos a sufrir los ruidos producto de la circulación de los carros de bomberos y el uso de sus sirenas⁵³.

Los recurrentes suelen esgrimir distintos derechos fundamentales para fundar los Recursos de protección por ruidos. Destacan entre ellos el artículo 19 N° 1 (derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona), 19 N° 8 (derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación) y el artículo 19 N° 24 (el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales). Cuando han sido acogidos el fundamento de las sentencias básicamente radica en la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

V. EL RUIDO COMO POSIBLE ELEMENTO TRANSGRESOR DE ALGUNAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN CHILE

La doctrina del TEDH acerca del ruido y su relación con el domicilio y la vida privada y familiar de los particulares exige revisar, dentro del ordenamiento chileno, cuáles son las garantías constitucionales que dicha molestia compromete. Este examen solo se refiere al ruido que altera la tranquilidad de las personas en los inmuebles que ocupan. Por tanto se excluyen otros tipos de ruidos, como por ejemplo, el que sufre una persona en sus actividades laborales.

A continuación se examinará críticamente el ruido a la luz de los artículos 19 N° 1, 4, 5, 8, 9 y 24 de la CPol. La mayoría de estos derechos han sido esgrimidos, con mayor o menos eficacia, en los Recursos de protección anteriormente expuestos.

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de enero de 2010, Rol 439-2009, identificador LegalPublishing CL/JUR/673/2010.

⁴⁹ Corte de Apelaciones de San Miguel, 26 de agosto de 1991, Rol 77-1990, identificador LegalPublishing CL/JUR/1146/1991; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 7 de junio de 2000, Rol 2.698-2000, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 97, 2ª parte, sección 5ª, p. 158.

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de diciembre de 1991, Rol 2.570-1991, identificador LegalPublishing CL/JUR/4/1991; 19972; Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de marzo de 1992, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 89, 2ª parte, sección 5ª, p. 67; Corte Suprema, 9 de julio de 2008, Rol 2268-2008; Corte Suprema, 7 de abril de 2010, Rol 1.979-2010.

⁵¹ Corte Suprema, 1 de agosto de 2002, Rol 2.687-2002, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 99, 2ª parte, sección 5ª, p. 293; Corte Suprema, 27 de febrero 2008, Rol 793-2008.

⁵² Corte Suprema, 6 de agosto de 2003, Rol 2.679-2003, identificador LegalPublishing CL/JUR/1003/2003.

⁵³ Corte Suprema, 22 de julio de 2010, Rol N° 4.834-2010.

1. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA; Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El artículo 19 N° 1 de la CPol. consagra *el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*. A su vez, el artículo 19 N° 9 inciso primero reconoce *el derecho a la protección de la salud*. Estos derechos se relacionan porque la salud es un elemento esencial para la vida e integridad de la persona.

El ruido puede relacionarse con estas dos garantías constitucionales toda vez que puede provocar episodios traumáticos a quienes se exponen a ellos por un tiempo prolongado. Los Recursos de protección por ruidos que han intentado fundarse en el artículo 19 N° 9 no han tenido éxito porque el constituyente no tuvo la intención de garantizar la salud propiamente tal, sino los deberes del Estado respecto de su protección, la ejecución de estos deberes y el derecho a elegir el sistema de salud (incisos 2, 3 y 4 del artículo 19 N° 9)⁵⁴. Solo garantiza la protección a la salud, no la salud misma. La salud es un concepto amplio que abarca íntegramente a la persona, sea en su esfera física, mental o social⁵⁵.

Al no haber sido consagrado el derecho a la salud propiamente tal, la única manera de hacer exigible la vulneración de la salud es mediante el artículo 19 N° 1 (derecho a la vida e integridad física y psíquica)⁵⁶. La protección de este derecho también sirve para garantizar la dignidad de la persona⁵⁷. No solo las infracciones más graves a este derecho pueden ser objeto del Recurso de protección (como violaciones, torturas o mutilaciones), sino también otras perturbaciones, que a pesar de ser de menor intensidad, igualmente afectan la integridad y salud de las personas. Esta dignidad no solo se vincula a la vida misma, sino a “vivir con plenitud de las cualidades y de los medios orgánicos de que estamos provistos por naturaleza y vivir bien para conseguir los fines humanos”⁵⁸.

En otras palabras, la protección de la persona supone “que se tomen todas las medidas conducentes –dentro de los recursos de cada grupo humano– para que la vida de la persona tenga la mejor calidad posible, lo que no se agota sin duda en prestaciones materiales, sino que también

⁵⁴ Algunos casos en que se ha invocado el derecho a la protección de la salud son Corte Suprema, 1 de abril de 1993, *Revista Fallos del Mes*, N° 413, p. 135; Corte Suprema, 7 de abril de 2010, Rol 1.979-2010; Corte de Apelaciones de Rancagua, 23 de febrero de 2011, Rol 1.047-2010, identificador LegalPublishing CL/JUR/1584/2011.

⁵⁵ La CPol. garantiza no solo la medicina recuperativa, sino también la orientada al fomento de la salud y a la rehabilitación del enfermo. Es inverosímil, en virtud de la naturaleza humana y el paso del tiempo, que la persona no experimente afectaciones o detrimentos a su salud a lo largo de su existencia. *Cfr.* EVANS DE LA CUADRA (1999b) p. 322; *Cfr.* ALDUNATE LIZANA (2009) p. 223; CEA EGAÑA (2012) p. 332.

⁵⁶ *Cfr.* CEA EGAÑA (2012) p. 332.

⁵⁷ *Cfr.* ALDUNATE LIZANA (2009) p. 104.

⁵⁸ EVANS DE LA CUADRA (1999a) p. 114.

incluye una gran cantidad de factores psicológicos y espirituales”⁵⁹. En este sentido, el ruido puede perjudicar la vida, integridad y salud de la persona⁶⁰.

Conocemos solo un Recurso de protección por ruidos que fue acogido exclusivamente en virtud del artículo 19 N° 1 de la CPol. (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 7 de junio de 2000, Rol 2.698, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 97, 2ª parte, sección 5ª, p. 158). El caso trata respecto de los ruidos que provocan las actividades deportivas (pitos de árbitros, gritos y pelotas que retumban) y sociales (bailes y fiestas) que se desarrollaban frecuentemente en el gimnasio de un colegio durante las horas nocturnas. El vecino colindante recurre de protección en virtud del derecho a la vida y la integridad física y psíquica. La Corte afirma que los antecedentes allegados permiten tener por acreditado, conforme a las reglas de la sana crítica, que las actividades realizadas en el gimnasio generan ruidos molestos al menos hasta las 24 horas (considerando segundo). Finalmente acoge el Recurso por considerar que las actividades realizadas más allá de las 22 horas constituyen un detrimento en la calidad de vida física y psíquica del recurrente (considerando cuarto).

Por tanto el ruido sí puede ser un elemento que amenace o menoscabe el derecho a la vida e integridad física y psíquica cuando se logre probar, conforme a la sana crítica, que estos alcanzan el grado de

⁵⁹ VIVANCO MARTÍNEZ (2001) p. 148.

⁶⁰ Este derecho suele ser esgrimido por los recurrentes en asuntos de ruido: Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 23 de septiembre de 2010, Rol 184-2010, identificador LegalPublishing CL/JUR/12407/2010; Corte Suprema, 28 de septiembre de 1993, *Revista Fallos del Mes*, N° 418, p. 746; Corte Suprema, 3 de julio de 2007, Rol 2.051-2007; Corte Suprema, 15 de septiembre de 2011, Rol 5.578-2011; Corte Suprema, 4 de octubre de 2007, Rol 4.466-2007; Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de abril de 2013, Rol 2.053-2012, identificador LegalPublishing CL/JUR/951/2013; Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de noviembre de 2009, Rol 270-2009, identificador LegalPublishing CL/JUR/2822/2009; Corte Suprema, 30 de diciembre de 2011, Rol 11.415-2011; Corte Suprema, 6 de octubre de 2010, Rol 6.729-2010; Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 de mayo de 2005, identificador *Microjuris* MJJ17441; Corte de Apelaciones de Rancagua, 24 de septiembre de 1999, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 96, 2ª parte, sección 5ª, p. 245; Corte Suprema, 7 de febrero de 2006, Rol 375-2006; Corte Suprema, 24 de octubre de 2007, Rol 4.021-2007; Corte Suprema, 26 de agosto de 2008, Rol 4.268-2008; Corte Suprema, 8 de agosto 2000, Rol 2.586-2000, identificador *Microjuris* MJJ3652; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 21 de diciembre de 2007, Rol 458-2007; Corte de Apelaciones de San Miguel, 26 de junio de 2015, Rol 188-2015, identificador LegalPublishing CL/JUR/3609/2015; Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de abril de 2008, Rol 67-2006, identificador *Microjuris* MJJ17208; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 15 de diciembre de 2011, Rol 301-2011, identificador *Microjuris* MJJ30330; Corte de Apelaciones de Arica, 30 de mayo de 2006, Rol 95-2006, identificador LegalPublishing CL/JUR/4990/2006; Corte de Apelaciones de Rancagua, 23 de febrero de 2011, Rol 1.047-2010, identificador LegalPublishing CL/JUR/1584/2011; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 7 de junio de 2000, Rol 2.698, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 97, 2ª parte, sección 5ª, p. 158; Corte Suprema, 1 de agosto de 2002, Rol 2.687-2002, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 99, 2ª parte, sección 5ª, p. 293; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 25 de mayo de 2015, Rol 91-2015, identificador *Microjuris* MJJ41665; Corte Suprema, 30 de junio de 2006, Rol 2.036-2006; Corte Suprema, 27 de febrero de 2008, Rol 141-2008; Corte Suprema, 28 de abril de 2011, Rol 2.115-2011.

molestos y que perjudica ilegal o arbitrariamente la calidad de vida o salud de las personas.

2. DERECHO AL RESPETO Y PROTECCIÓN A LA VIDA PRIVADA Y A LA HONRA DE LA PERSONA Y SU FAMILIA

El artículo 19 N° 4 de CPol. consagra el derecho el *respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia*. Interesa abordar este derecho porque el artículo N° 8 de la CEDH, en el que se ha construido la doctrina del TEDH, dispone al respeto de la vida privada y familiar.

La vida privada es un concepto complejo que no es fácil definir, pues es dinámico y cambiante según las circunstancias del caso. Generalmente se relaciona con aquello en donde termina la vida pública⁶¹. Resguarda la intimidad y privacidad del hombre y sus seres queridos respecto de las injerencias de la sociedad. “Es una expresión de la libertad en la esfera privada, y como tal podemos entenderlo como un derecho de defensa que tenemos frente a los atentados a nuestra intimidad y honra”⁶².

La vida privada ha sido definida como “el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su conocimiento previo”⁶³. Este derecho admite ciertas excepciones en donde la vida privada efectivamente puede ser transgredida, como en el caso de los procesos judiciales⁶⁴.

Dicho concepto limita la vulneración de la vida privada a aquello que tiene por objeto conocer y divulgar sin previa autorización las actividades que se desarrollan en la esfera personal, la que supera el exclusivo ámbito del hogar, al considerar documentos, correspondencia, información, imágenes, etcétera.⁶⁵

Acerca del derecho a la vida privada, se ha explicado que involucra los elementos de intromisión y difusión (se descarta la utilización, distorsión y discreción). La intromisión es el interés de que un tercero no ingrese a un espacio personal y reservado. Las intromisiones que pueden afectar la vida privada son solo aquellas que tienden a obtener información que se ignoraba con anterioridad (intromisión cognoscitiva). La difusión de esta nueva información también afecta la privacidad⁶⁶. El mismo autor afirma que “la privacidad se pierde o menoscaba cuando existe una intromisión que permite tomar conocimiento de hechos personales reservados, o

⁶¹ Cfr. CEA EGAÑA (2012) p. 199.

⁶² ALDUNATE LIZANA (2009) p. 164.

⁶³ CEA EGAÑA (2012) p. 199.

⁶⁴ Cfr. ALDUNATE LIZANA (2009) p. 164.

⁶⁵ Ver jurisprudencia en ALDUNATE LIZANA (2009) pp. 154-164.

⁶⁶ Cfr. CORRAL TACIANI (2000) pp. 343-347.

cuando se produce una difusión de esos hechos a personas ajenas o a un público indiscriminado”⁶⁷.

Desde este punto de vista el ruido no podría ser un elemento que vulnere el derecho en comento porque si bien puede consistir en una intromisión ilegítima en la esfera privada y reservada de una persona y su círculo más cercano, este tipo de molestia no tiene por objeto obtener información de los perturbados. El ruido es una perturbación de hecho, fáctica, que no reviste los caracteres para vulnerar el artículo 19 N° 4. De hecho no conocemos ningún Recuso de protección en que los recurrentes hayan esgrimido que los ruidos vulneran esta garantía fundamental.

3. DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL HOGAR

El artículo 19 N° 5 de la CPol. consagra el derecho a *la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley*. Interesa abordar este derecho porque la doctrina del TEDH respecto del ruido descansa en el respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Se ha afirmado la íntima relación de este derecho con el artículo 19 N° 4⁶⁸.

La inviolabilidad del hogar es otra expresión de la intimidad de la persona. Constituye un “santuario de la privacidad”⁶⁹, por lo que debe ser protegida ante intromisiones ilegítimas. Esta inviolabilidad permite a la persona y a sus cercanos a desenvolverse dentro de una ámbito de libertad privado, ajeno al hostigamiento de terceros. Este derecho se encuentra íntimamente vinculado con la dignidad humana, por lo que es relevante su resguardo mediante el Recurso de protección⁷⁰.

La inviolabilidad del hogar exige distinguir qué es lo vulnerado y cómo se puede vulnerar. En atención al texto constitucional parecería que el objeto exclusivo de protección es el hogar, pero existe consenso en que dicho término envuelve un cúmulo mayor de recintos. Así, el término hogar debe entenderse de manera extensiva, comprendiendo “la vivienda de la familia, permanente u ocasional, las oficinas, los hoteles y toda edificación o predio que no tenga el carácter de abierto al acceso de público o de bien nacional de uso público”⁷¹. También la Corte Suprema, 11 de junio de 2007, Rol 1.836-2007, ha reconocido la ampliación del concepto hogar⁷².

⁶⁷ CORRAL TACIANI (2001) p. 200.

⁶⁸ EVANS DE LA CUADRA (1999a) pp. 213-214, explica que durante la discusión constituyente se propuso que se regularan como un solo precepto.

⁶⁹ CEA EGAÑA (2012) p. 217.

⁷⁰ CEA EGAÑA (2012) p. 221.

⁷¹ EVANS DE LA CUADRA (1999a) p. 170; CEA EGAÑA (2012) p. 277.

⁷² Considerando 4º: *Siguiendo el alcance que el Derecho Constitucional asigna a la voz hogar, se debe entender por tal no tan solo la vivienda de la familia, sino que las oficinas y espacios*

Con relación a cómo puede vulnerarse, la inviolabilidad del domicilio no es un derecho absoluto sino que admite reservas. Pareciera que su transgresión se materializa por el ingreso directo e ilícito al inmueble ajeno, máxime cuando el mismo artículo señala que el hogar solo puede allanarse en los casos y formas determinadas por ley. A pesar de ser un derecho que resguarde a su titular frente a actividades de privados, parece haber sido considerado especialmente frente a la entrada y registro ilícito por parte de la autoridad.

La CPol. menciona la palabra *allanar* pero actualmente se utiliza el concepto de *registro* en el Código Procesal Penal. Este procedimiento se regula en los artículos 205 y siguientes, de donde emana que el registro debe ser previa notificación de la autorización judicial. Solo en casos excepcionales puede realizarse sin el consentimiento del dueño o sin previa autorización judicial, en la medida que cumplan con posterioridad ciertos requisitos legales⁷³.

Con todo, existe una postura doctrinal que se asemeja a la doctrina del TEDH al proponer que la inviolabilidad del domicilio no solo se menoscaba con las injerencias directas en el recinto privado sino también por medio de otras perturbaciones que agravan la intimidad personal y familiar: “cortes de servicios básicos (agua, luz, alcantarillado), como por otras formas, como asedios telefónicos, ruidos molestos, olores insoportables y otras fuentes de perturbación”⁷⁴.

Solo conocemos un Recurso de protección (Corte Suprema, 4 de octubre de 2007, Rol 4.466-2007) en el que se invocó el artículo 19 N° 5 producto del ruido, en conjunto con las garantías del artículo 19 N° 1, 5, 8 y 24 de la CPol. Respecto de la inviolabilidad del domicilio el recurrente escuetamente señaló: *Igualmente todos tienen derecho a la inviolabilidad*

que el titular del derecho ha reservado para su trabajo o uso privado, y en donde guarda sus pertenencias exclusivas.- Conforme a ello, las piezas en donde una persona mantiene cajas cerradas conteniendo objetos de uso no autorizado para terceras personas, y ordenadores asegurados con claves, caben dentro de este concepto. También citado en ALDUNATE LIZANA (2009) p. 167.

⁷³ El artículo 205 del Código Procesal Penal dispone: Artículo 205.- Entrada y registro en lugares cerrados. *Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo y proceder al registro, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia.*

En este caso, el funcionario que practicare el registro deberá individualizarse y cuidará que la diligencia se realizare causando el menor daño y las menores molestias posibles a los ocupantes. Asimismo, entregará al propietario o encargado un certificado que acredite el hecho del registro, la individualización de los funcionarios que lo hubieren practicado y de aquél que lo hubiere ordenado.

Si, por el contrario, el propietario o el encargado del edificio o lugar no permitiere la entrada y registro, la policía adoptará las medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado y el fiscal solicitará al juez la autorización para proceder a la diligencia. En todo caso, el fiscal hará saber al juez las razones que el propietario o encargado hubiere invocado para negar la entrada y registro.

⁷⁴ EVANS DE LA CUADRA (1999a) p. 220.

del hogar; perturbada ella por la penetración a él mismo de los molestos ruidos provenientes del restaurante contiguo. Previo a desestimar el recurso, la Corte Suprema considera que los ruidos que provienen de un *pub* ubicado en el barrio de Reñaca, comuna de Viña del Mar, Región de Valparaíso, deben resolverse conforme al artículo 19 N° 8, por lo que no se pronuncia acerca de la inviolabilidad del domicilio.

Pareciera que no es conveniente sostener que los ruidos molestos vulneran la inviolabilidad del hogar, pues a diferencia del CEDH, la Constitución chilena consagra otros derechos que pueden cumplir la misma finalidad⁷⁵.

4. DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

El artículo 19 N° 8 inciso primero de la CPol. consagra *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*. La doctrina ha manifestado la estrecha relación que existe entre este derecho, la vida y la salud⁷⁶. De hecho, es frecuente que los Recursos de protección por ruidos sean acogidos en virtud de ambas causales, esto es, el artículo 19 N° 1 y N° 8⁷⁷.

Pareciera que actualmente existe la tendencia a invocar con mayor frecuencia el artículo 19 N° 8 en desmedro del artículo 19 N° 1 a propósito de la Ley N° 20.050 de 2005. Esta ley modificó la CPol., en particular, los requisitos del artículo 20 inciso segundo que regula el Recurso de Protección

⁷⁵ Algunos autores en España también se oponen a que el ruido justifique la lesión del derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la inviolabilidad del domicilio en la Constitución española. En este sentido ALGARRA PRATS (2004) pp. 105-108 y respecto de su crítica en materia de inmisiones lumínicas en ALGARRA PRATS (2007) pp. 1122-1123; EGEA FERNÁNDEZ (2002) pp. 11-13; EVANGELIO LLORCA (2000) pp. 67-75; RUDA GONZÁLEZ (2008) p. 194.

⁷⁶ CEA EGAÑA (2012) p. 332; *Cfr.* ALDUNATE LIZANA (2009) p. 214 y pp. 222-223; EVANS DE LA CUADRA (1999b) p. 309. Asimismo en el comentario a la sentencia de Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 7 de junio de 2000, Rol 2.698, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 97, 2ª parte, sección 5ª, p. 158 se expone: "Cierto es que toda contaminación produce una alteración en la integridad física y psíquica de las personas, puesto que perturba/modifica ese estado de tranquilidad que es la normalidad de la vida social, aun si esa tranquilidad hoy incluye un *quantum* de contaminación especialmente acústica en los conglomerados urbanos, sea por el tránsito, sea por la vecindad bullanguera de quienes parecen temer al silencio, el cual no pocas veces hace descubrir y sentir ese vacío espiritual del que tantas almas están llenas".

⁷⁷ Por ejemplo Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 23 de septiembre de 2010, Rol 184-2010, identificador LegalPublishing CL/JUR/12407/2010; Corte Suprema, 28 de septiembre de 1993, *Revista Fallos del Mes*, N° 418, p. 746; Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 de mayo de 2005, identificador *Microjuris* MJJ17441; Corte de Apelaciones de Rancagua, 24 de septiembre de 1999, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 96, 2ª parte, sección 5ª, p. 245; Corte Suprema, 7 de febrero de 2006, Rol 375-2006; Corte de Apelaciones de Rancagua, 23 de febrero de 2011, Rol 1.047-2010, identificador LegalPublishing CL/JUR/1584/2011; Corte Suprema, 27 de febrero de 2008, Rol 141-2008.

ambiental. Previo a dicha modificación, para intentar el Recurso por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se exigía que el origen del agravio fuera exclusivamente un acto (excluyendo la omisión) y que tuviera el carácter de ilegal y arbitrario. La rigurosidad de estas exigencias hacían más conveniente fundar el Recurso en el artículo 19 N° 1 (procede por actos u omisiones arbitrarias o ilegales)⁷⁸. Sin embargo, actualmente en la CPol. el Recurso de protección ambiental se funda en *un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada*.

El medio ambiente no puede estar exento de toda contaminación. La actividad humana requiere la intervención de la naturaleza. El desafío es determinar hasta qué punto esa intervención es legítima y cuándo debe ser evitada o cesada. El principio de desarrollo sustentable ha sido definido por la Ley N° 19.300 de 1994⁷⁹. La sustentabilidad de las intervenciones humanas en el ambiente es determinada por los parámetros legales. De hecho, la misma definición legal de contaminante menciona expresamente el ruido⁸⁰. No todo ruido constituye una vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino solo aquel cuya presencia en el ambiente supere los límites máximos permitidos por el ordenamiento⁸¹. Este nivel de ruido contamina el medio ambiente porque es susceptible de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental⁸². Por tanto podría afirmarse que la contaminación sonora constituye un daño ambiental por tratarse de un menoscabo significativo a la calidad de vida de las personas. La forma más habitual de repararlo es reponiendo el medio ambiente a la calidad similar que tenía con anterioridad al daño, esto es, reduciendo el ruido a una intensidad que se ciña a los parámetros legales⁸³.

En consecuencia, el Recurso de protección ambiental opera por actos u omisiones ilegales. El ruido que puede ser considerado contaminante es solo el ilegal. El ruido que se mantiene dentro de los máximos permitidos,

⁷⁸ Mismo sentido el comentario a la sentencia en Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 7 de junio de 2000, Rol 2.698, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 97, 2ª parte, sección 5ª, p. 158.

⁷⁹ El artículo 2 letra g) dispone que el desarrollo sustentable *es el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras*.

⁸⁰ El artículo 2 letra d) dispone que contaminante es *todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental*;

⁸¹ El artículo 2 letra c) define contaminación como *la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente*;

⁸² En relación al artículo 2 letra m) que define el medio ambiente libre de contaminación.

⁸³ En relación al artículo 2 letra e) y s) que definen el daño ambiental y la reparación, respectivamente.

a pesar de ser molesto por su intensidad y frecuencia, no puede ser objeto de la tutela ambiental. Este ha sido el criterio que ha servido a las Cortes de protección para dirimir los problemas que el ruido ha provocado⁸⁴.

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación ha sido la garantía constitucional que tradicionalmente se ha empleado en el Recurso de protección para enfrentar los ruidos ilegales. Probablemente a esto se deba que su solución no haya tomado el derrotero del derecho a la vida privada o la inviolabilidad del domicilio y que, en consecuencia, prácticamente no exista discusión en Chile respecto de la necesidad de ampliar el objeto de protección de dichos derechos frente a ruidos y otras perturbaciones semejantes.

El TEDH ha relacionado la inviolabilidad del domicilio y el respeto a la vida privada y familiar con el ruido. Con todo, en ciertas ocasiones pareciera que lo demandado es más atingente al detrimento ambiental o el ejercicio de facultades materiales en los inmuebles. El concepto amplio de domicilio que el tribunal propone abarca el disfrute y tranquilidad de domicilio⁸⁵. Producto de la amplitud del concepto de domicilio la Corte ha sostenido en el caso Powell y Rayner contra el Reino Unido (demanda

⁸⁴ Algunos casos en que se ha exigido la disminución del ruido al recurrido exclusivamente en virtud del artículo 19 N° 8 son: Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de julio de 1989, Rol 57-1989, identificador *Microjuris* MJJ4549; Corte Suprema, 30 de diciembre de 2011, Rol 11.415-2011; Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de junio de 2010, Rol 64-2010, identificador LegalPublishing CL/JUR/3434/2010; Corte Suprema, 6 de octubre de 2010, Rol 6.729-2010; Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de diciembre de 1991, Rol 2.570-1991, identificador LegalPublishing CL/JUR/4/1991; 19972; Corte Suprema, 27 de enero de 2010, Rol 9.488-2012, identificador LegalPublishing CL/JUR/6183/2010; 43171; Corte de Apelaciones de Iquique, 23 de diciembre de 2005, Rol 23-2005, identificador LegalPublishing CL/JUR/163/2005; 36218; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 31 de marzo de 2009, Rol 293-2008, identificador LegalPublishing CL/JUR/2842/2009; Corte Suprema, 26 de agosto de 2008, Rol 4.268-2008; Corte Suprema, 19 de octubre de 1994, Rol 22.812-1994, *Revista Fallo del Mes*, N° 431, p. 707; Corte Suprema, 4 de junio de 1992, *Revista Fallos del Mes*, N° 403, p. 311; Corte Suprema, 8 de agosto 2000, Rol 2.586-2000, identificador *Microjuris* MJJ3652; Corte de Apelaciones de San Miguel, 26 de junio de 2015, Rol 188-2015, identificador LegalPublishing CL/JUR/3609/2015; Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de marzo de 1994, Rol 2.277-1994, identificador LegalPublishing CL/JUR/264/1994; Corte de Apelaciones de Talca, 30 de septiembre de 2002, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 99, 2ª parte, sección 5ª, p. 404; Corte de Apelaciones de San Miguel, 26 de agosto de 1991, Rol 77-1990, identificador LegalPublishing CL/JUR/1146/1991; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 15 de diciembre de 2011, Rol 301-2011, identificador *Microjuris* MJJ30330; Corte de Apelaciones de Arica, 30 de mayo de 2006, Rol 95-2006, identificador LegalPublishing CL/JUR/4990/2006; Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de octubre de 2012, Rol 20.865-2012, identificador LegalPublishing CL/JUR/2187/2012; Corte Suprema, 1 de agosto de 2002, Rol 2.687-2002, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 99, 2ª parte, sección 5ª, p. 293; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 4 de octubre de 2006, Rol 182-2006, identificador LegalPublishing CL/JUR/3204/2006; Corte Suprema, 6 de agosto de 2003, Rol 2.679-2003, identificador LegalPublishing CL/JUR/1003/2003; Corte Suprema, 14 de noviembre de 1985, *Revista Fallos del Mes*, N° 324, p. 785; Corte Suprema, 1 de abril de 1993, *Revista Fallos del Mes*, N° 413, p. 135; Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de marzo de 1992, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 89, 2ª parte, sección 5ª, p. 67; Corte Suprema, 28 de abril de 2011, Rol 2.115-2011.

⁸⁵ No solo por ruidos el TEDH aplica el artículo 8, sino también por gases y sustancias tóxicas, como por ejemplo en Guerra y otros con Italia (demanda N° 116/1996/735/932, 19 febrero de 1998), *la incidencia directa de las emisiones (de sustancias) nociva sobre el derecho de*

Nº 9310/81. 21 de febrero de 1990), que *la calidad de la vida privada y el alcance de disfrutar las comodidades de su hogar han sido afectadas de manera adversa por el ruido generado por los aviones que usan el aeropuerto de Heathrow. El Artículo 8 es por lo tanto una disposición que dice relación con ambos Sr. Powell y Sr. Rayner* (punto 40).

La estrecha relación entre medio ambiente y protección del domicilio se advierte en López Ostra contra España (Nº demanda 16798/90. 9 de diciembre de 1994) cuando el TEDH señala que *las agresiones graves al entorno pueden afectar el bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar; sin por ello poner en grave peligro la salud del interesado* (punto 51). Por tanto, pareciera que no es lo mismo el medio ambiente que el domicilio. Las afecciones en el primero pueden perjudicar el disfrute del segundo, no siendo siempre la afección de la salud el elemento idóneo para acreditarlo. Sin embargo, cuando los ruidos afectan la salud de las personas que aprovechan el domicilio, la relación de causalidad es más nítida.

Por ejemplo, en Oluic con Croacia (Nº demanda 61260/08. 20 mayo de 2010) *la Corte reitera que a pesar de que no existe un derecho explícito en la Convención a un medio ambiente libre y silencioso, cuando un individuo es directa y seriamente afectado por ruido y otro contaminante, un asunto puede emerger en virtud del artículo 8 de la Convención* (punto 45)⁸⁶. Lo interesante es que la Corte reconoce la carencia en el CEDH de un derecho a un medio ambiente libre y silencioso, que podría sustentar la solución de los conflictos que el ruido origina.

En sentido contrario, cuando un daño ambiental no provoca directamente un detrimento en la salud física o psíquica de las personas que aprovechan un domicilio, se torna más complejo acreditar que el caso puede ser reconducido por el artículo 8 del CHDH. Así, en Furlepa con Polonia (demanda Nº 62101/00. 18 de marzo de 2008)⁸⁷, el TEDH señaló que *no se acreditó que la operación del garage para reparar automóviles ubicado en el inmueble adyacente al de la demandante, causara un daño ambiental, o que la contaminación que causaba excediera los niveles permitidos. En particular no se demostró que la contaminación denunciada tenía un grado o medida que pudiera tener un efecto adverso en la salud de la demandante o de su familia. Por lo tanto, no puede ser establecido que el Estado falló en adoptar medidas razonables para asegurar los derechos de la demandante en virtud del artículo 8 de la Convención.*

los demandantes al respeto de su vida privada y familiar permitía concluir a la aplicabilidad del artículo 8 (punto 57).

⁸⁶ Mismo sentido en Hatton y otros con Reino Unido (demanda Nº 36022/97. 8 de julio de 2003).

⁸⁷ La Sra. Janina Furlepa, en virtud del artículo 8 de la CEDH, denunció que el Estado había fallado en proteger su vida privada y su hogar a propósito de las serias incomodidades que se originaron relacionado con la construcción ilegal de un garage de reparación de vehículos en el inmueble vecino.

El THDH pareciera ser más concreto en Fadayeva con Rusia (demanda N° 55723/00. 30 de noviembre de 2005) cuando afirma que *el artículo 8 ha sido atribuido en varios casos en relación a preocupaciones ambientales, sin embargo no es violado en cada caso que ocurre un detrimento ambiental: en los derechos y libertades garantizados por la Convención no existe un derecho a la preservación de la naturaleza. Así, para demandar un asunto en virtud del artículo 8, la interferencia debe afectar directamente el domicilio del demandante, o su vida privada o familiar* (punto 68).

Esta última expresión del TEDH denota que lo protegido al aplicar el artículo 8 de la CEDH no es el medio ambiente genéricamente, sino de manera exclusiva el ambiente contaminado del domicilio afectado por ruidos. Solo dice relación con la esfera individual del titular respecto de su vida privada o familiar en el contexto de su domicilio. Este criterio, ceñido solo al aprovechamiento de los recintos privados, parece converger con la jurisprudencia de protección chilena que se ha construido en virtud del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es probable el hecho de que la CEDH carezca de un derecho que resguarde el medio ambiente ha contribuido a ampliar el ámbito de protección del artículo 8 de la Convención⁸⁸. A esto hay que sumar que el TEDH considera que el CEDH es un instrumento que protege *derechos concretos y efectivos y no teóricos o ilusorios*; interpretación que le permite adaptar los derechos a las distintas necesidades⁸⁹.

5. DERECHO DE PROPIEDAD

El artículo 19 N° 24 inciso 1 de la CPol. garantiza *el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales*. El artículo 582 del Código Civil chileno define el dominio (que se llama también propiedad) como *el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno*. Se ha entendido que la propiedad es un derecho absoluto, perpetuo, exclusivo e inviolable. A su vez, los atributos esenciales del dominio son el uso, goce y disposición⁹⁰.

⁸⁸ VELASCO CABALLERO (1995) p. 324 reconoce y critica que el TEDH intente proteger el medio ambiente mediante la interpretación expansiva del artículo 8 de la CEDH. Por su parte MORTE (2008) pp. 351-368 concluye, basado en un análisis de la jurisprudencia del TEDH que el medio ambiente sí está protegido indirectamente en la CEDH. Esta vía interpretativa ha sido denominada por SERRANO-SÚÑER HOYOS y TENORIO SÁNCHEZ (2005) p. 141, como la “ecologización de determinados derechos fundamentales”. En Chile, TIGROUDJA (2009) pp. 155-167, reconoce esta protección indirecta, aunque la considera insuficiente. También han expuesto este punto BONINE y KRAVCHENKO (2012) pp. 21-72; ARÍSTEGUI SIERRA (2010) pp. 33-41.

⁸⁹ Ver en este sentido Martínez Martínez con España (demanda N° 21532/08. 27 de septiembre de 2011) punto 44; Oluic con Croacia (demanda N° 61260/08. 20 mayo de 2010) punto 47; Moreno Gómez con España (demanda N° 4143/02. 16 de noviembre de 2004) punto 56. En el mismo sentido MARTÍN-RETORNILLO BAQUER (2007) p. 1207.

⁹⁰ Por todos cfr. EVANS DE LA CUADRA (1999c) p. 231.

El uso implica hacer servir la propiedad para el fin racional que determine su dueño⁹¹. También se ha dicho que usar una cosa (*ius utendi*) consiste en el “derecho de servirse de la cosa tal cual es: habitar una casa, pasearse en un jardín, montar un caballo”⁹². El ruido puede interferir con el uso de la propiedad toda vez que impide o dificulta que el dueño utilice un inmueble, por ejemplo, residencial. Tal es el caso del ruido que priva del descanso a sus ocupantes o que hace incómodo su disfrute. Si el uso es un atributo esencial del dominio y el ruido impide ejercerlo, entonces existe una privación ilegítima del dominio que el dueño no está obligado a tolerar. Si el ruido proviene de un particular entonces deberá constituirse una servidumbre de ruidos. Si este es generado por la autoridad pública entonces requiere de una ley expropiatoria. En este sentido, “cualquier atentado que implique privación del derecho de dominio, en sí, o de cualquiera de sus atributos, vulnera la garantía constitucional, y solo puede hacerlo, en forma jurídicamente válida, una ley expropiatoria”⁹³.

El propietario de un inmueble afectado por ruidos ilegales (superan los máximos autorizados) podría interponer un Recurso de protección en virtud del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (dicho ruido es un contaminante), pero también en virtud del derecho de propiedad (priva al titular del uso racional de la cosa). Existen varios Recursos de protección por ruidos que han esgrimido la vulneración del derecho de propiedad. Sin embargo los tribunales suelen desestimar este argumento, o cuando han acogido los recursos, siempre lo hacen en conjunto con el artículo 19 N° 8, sin ofrecer un razonamiento crítico respecto de la relación del ruido y la propiedad⁹⁴.

El asunto se complica cuando el ruido, a pesar de cumplir con las exigencias legales, resulta intolerable para los que aprovechan inmuebles cercanos. En este caso no será procedente la acción constitucional conforme al artículo 19 N° 8 de la CPol.

Cuando la protección ambiental no puede operar, resulta relevante la doctrina civil de las relaciones de vecindad. La licitud de la actuación de un vecino no se agota en la legalidad de sus actos sino también en no causar daño o perjuicio a otro. Es por eso que la definición de propiedad culmina con *no siendo contra ley o derecho ajeno*. La ley y el derecho ajeno son límites al ejercicio de la propiedad de igual importancia. No solo se debe cumplir con la ley, sino que se debe evitar el perjuicio ajeno,

⁹¹ Cfr. CEA EGAÑA (2012) p. 572.

⁹² CLARO SOLAR (1930) p. 335.

⁹³ EVANS DE LA CUADRA (1999c) p. 233. Mismo sentido CEA EGAÑA (2012) p. 581.

⁹⁴ Algunos de estos casos son: Corte Suprema, 26 de marzo de 1991, *Revista Fallos del Mes*, N° 389, p. 65; Corte Suprema, 19 de enero de 1998, Rol 2.830-1997, identificador LegalPublishing CL/JUR/352/1998; 51988; Corte Suprema, 20 de abril de 1994, Rol 4.117-1994, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 91, 2ª parte, sección 5ª, p. 10.

en este caso, evitar molestar intolerablemente al vecino mediante perturbaciones sonoras que le impidan usar racionalmente de su propiedad⁹⁵.

La doctrina del TEDH aporta criterios que pueden servir para determinar cuándo un ruido legal resulta intolerable. Como se ha explicado previamente, no cualquier perturbación conculca el artículo 8 del CEDH, sino que se debe acreditar un límite superior de gravedad, que depende de las circunstancias del caso, tales como la intensidad, duración y sus efectos físicos o psicológicos.

Un problema distinto se presenta cuando no existe una norma que regule una fuente determinada de ruido. Podría pensarse que a falta de ley el dominio se puede ejercer de manera absoluta, por lo que sería lícito proyectar cualquier intensidad de ruidos al inmueble vecino. Este es el caso del nuevo Decreto 38/2011, el que excluye de su aplicación distintas fuentes de ruido, en especial, la actividad propia del uso de viviendas y edificaciones habitacionales (como voces, circulación y reunión de personas, mascotas, electrodomésticos, arreglos, reparaciones domésticas y similares realizadas en este tipo de viviendas) y otras que provienen de lugares de uso público. ¿A falta de normativa especial o normas complementarias, como las ordenanzas municipales, el vecino queda indefenso frente a estas molestias que le impiden usar tranquilamente de su propiedad?

Lo anterior no parece ser razonable. En este caso toma relevancia la doctrina civil de las relaciones de vecindad que tiene por objeto resolver los conflictos que surgen entre sujetos (vecinos) que aprovechan inmuebles cercanos. Más allá que esta materia es propia del derecho común, el Recurso de protección (mediante el derecho de propiedad) puede servir para enfrentar ruidos no regulados o que encontrándose dentro de las intensidades permitidas, resultan intolerables para los vecinos.

VI. CONCLUSIONES

El ruido es un fenómeno molesto con el que debemos convivir diariamente. Actualmente en Chile se encuentra vigente una nueva norma de ruidos (D°38/2011). Entre las novedades que presenta, destaca que excluya de su ámbito de aplicación algunas de las fuentes emisoras más comunes, como el uso de infraestructura de transporte, el tránsito aéreo, el uso de espacio público, alarmas, voladuras o tronaduras y en especial la actividad doméstica.

El ruido puede ser producido por distintas fuentes, lugares e intensidades. Dicho elemento puede comprometer algunas garantías constitucionales consagradas en la CPol. Es por eso que resulta interesante la doctrina

⁹⁵ Acerca de este punto ya nos hemos referido en TISNÉ NIEMANN (2013) pp. 121-157.

que el TEDH que desde 1994 ha sentado la doctrina que el ruido puede vulnerar el artículo 8 de la CEDH, esto es, el derecho al respeto de la vida privada, familiar y el domicilio.

A la luz del examen de los distintos derechos constitucionales en Chile se puede afirmar que el ruido no menoscaba los siguientes derechos: respeto de la vida privada y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, o la protección de la salud (artículos 19 N° 4, 5 y 9 CPol., respectivamente). Sin embargo el ruido sí puede conculcar otras garantías, como el derecho a la vida e integridad física y psíquica, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho de propiedad (artículos 19 N° 1, 8 y 24 CPol., respectivamente).

El ruido podrá transgredir el derecho a la vida e integridad física y psíquica cuando se logre probar que resulta molesto, conforme a los criterios de la sana crítica. Para esto será útil analizar la legalidad de la actividad emisora, de la intensidad del ruido, así como otras pruebas que las partes ofrezcan al tribunal. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es el derecho que tradicionalmente ha servido para cesar los ruidos molestos. En su actual configuración, el Recurso de protección solo procede por ruidos ilegales, esto es, cuando realmente existe contaminación sonora conforme a la legislación vigente. A su vez, el derecho de propiedad, que ha sido escasamente empleado para estos efectos, amplía el abanico de posibilidades del afectado. Lo anterior responde a que el ruido puede vulnerar las facultades esenciales del dominio, en especial, el uso. Esta orientación permite que los ruidos legales o no regulados que sean catalogados de intolerables puedan ser cesados en virtud del artículo 582 del Código Civil chileno, en cuanto el dominio no puede ser ejercido contra *ley o derecho ajeno*.

En conclusión, pareciera que la doctrina del TEDH no debe ser adoptada por los tribunales chilenos. La CPol. ha consagrado distintos derechos que actualmente permiten la íntegra protección de la persona frente a los ruidos, siendo innecesario ampliar el ámbito de protección de otras garantías para estos efectos (en particular el derecho a la vida privada y el derecho a la inviolabilidad del hogar).

BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, José Francisco (2003): "La nueva estrategia contra la contaminación acústica y el ruido ambiental", *Revista Jurídica de Navarra*, N° 36.
- ALGARRA PRATS, Esther (2007): "Contaminación lumínica, intrusión lumínica y derecho civil", en Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual* (Santiago, Dykinson).
- ALGARRA PRATS, Esther (2004): "La lucha jurídica contra el ruido y el derecho civil", en José Manuel González Porras y Fernando Méndez González

- (coordinadores), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, t. D).
- ALONSO GARCÍA, María Consuelo (2002): “La contaminación acústica”, en Luis Ignacio Ortega Álvarez (director), *Lecciones de Derecho de Medio Ambiente* (Valladolid, Editorial Lex Nova, 3ª edición).
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2009): *Constitución Política de la República de Chile. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters t. D).
- ÁLVAREZ LATA, Natalia (2002): “Una alternativa a la responsabilidad civil en la contención del daño ambiental: la acción negatoria de inmisiones”, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, N° 2.
- ARÍSTEGUI SIERRA, Juan Pablo (2010): “La protección del medio ambiente en la jurisprudencia de algunos órganos internacionales de protección de los derechos humanos”, en *Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de la Fiscalía del Medio Ambiente*, año II, N° 2.
- BONINE, John y KRAVCHENKO, Svitlana (2012): “La interpretación de los derechos humanos para la protección del medio ambiente en la Corte Europea de Derechos Humanos”, en *Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de la Fiscalía del Medio Ambiente*, año IV, N° 4.
- CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, t. II).
- CLARO SOLAR, Luis (1930): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Imprenta Cervantes, t. VI).
- CORRAL TACIANI, Hernán (2001): “El respeto y protección de la vida privada en la constitución de 1980”, en Enrique Navarro Beltrán (editor), *20 años de la constitución chilena 1981-2001* (Santiago, Editorial ConoSur).
- CORRAL TACIANI, Hernán (2000): “Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: concepto y delimitación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXVII, N° 2.
- CREMADES GARCÍA, Purificación (2009): “Respuesta jurídica al ruido y la responsabilidad civil derivada del mismo”, *Revista de la facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche*, vol. I, N° 4.
- DE LA IGLESIA MONGE, Isabel (2012): “La intromisión del ruido en la intimidad domiciliaria”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 732.
- DE LA IGLESIA MONGE, Isabel (2008): “Vulneración del derecho a la intimidad del domicilio por ruidos”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 707.
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario (2003): *La protección jurídico-civil de la propiedad frente a inmisiones* (Madrid, Civitas).
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan (2006): “Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente”, en José Esteve Pardo (coordinador), *Derecho del medio ambiente y administración local* (Barcelona, Fundación Democrática y Gobierno Local, 2ª edición).
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan (2002): “Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STC 119/2001, de 24 de mayo”, *InDret*, N° 1.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan (2001): “Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno. Recepción de

- la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo), *Derecho privado y constitución*, N° 15.
- EVANGELIO LLORCA, Raquel (2000): “El perjuicio derivado de las inmisiones. Especial consideración de los daños a la persona”, *Revista Jurídica del Notariado*, N° 35.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999a): *Los derechos constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, t. I).
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999b): *Los derechos constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, t. II).
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999c): *Los derechos constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, t. III).
- HERRERA DEL REY, Joaquín José (2008): *La defensa jurídica contra la contaminación acústica* (Madrid, La Ley).
- HERRERO PEREZAGUA, JUAN (2008): “Contaminación acústica y tutela inhibitoria en el proceso civil”, en Antonio Embid Irujo (director), *El derecho a un medio ambiente adecuado* (Madrid, Iustel).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA (2005): “Las inmisiones en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”, en *Revista de derecho de daños: relaciones de vecindad*, N° 2.
- LÓPEZ LÓPEZ, Adolfo (2009): “Fundamentos constitucionales del ruido. Doctrina del TEDH”, en Jorge Pinedo Hay (coordinador), *El ruido en las ciudades. Análisis jurídico-práctico* (Barcelona, Bosch).
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1997): “Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente”, *Revista española de administración pública*, N° 95.
- LORANCA RUILÓPEZ, Asunción (2009): “Las relaciones de vecindad y las inmisiones: la inmisión acústica en particular”, en Miguel Ángel Larrosa Amante (director), *Manuales de formación continuada* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 50, t. I).
- MACÍAS CASTILLO, Agustín (1999): “La asimilación por los tribunales civiles de la jurisprudencia del TEDH en materias de inmisiones molestas e inviolabilidad del domicilio”, *Actualidad Civil*, N° 4.
- MARÍN CASTÁN, Francisco (2002): “Problemas generales y aspectos constitucionales de la tutela judicial frente al ruido”, en Francisco Marín Castán (director), *Cuadernos de Derecho Judicial. Tutela judicial frente al ruido* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial).
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2007): “El ruido y el urbanismo”, en Luis Martín Rebollo y Roberto Bustillo Bolado (directores), *Fundamentos de derecho urbanístico* (Navarra, Aranzadi).
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2006a): “El ruido: reciente respuesta legal y jurisprudencial”, en AA.VV., *Libro-homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola* (Madrid, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España).
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2006b): “Medio ambiente sonoro”, en José Esteve Pardo (coordinador), *Derecho del medio ambiental y administración local* (Madrid, Fundación democracia y gobierno local, 2ª edición).

- MASFERRER DOMINGO, Aniceto (2011): “Las inmisiones en el Derecho Español (1850-2000)”, en Francisco de Paula Blasco Gascó *et. al.* (coordinadores), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (Valencia, Tirant lo Blanch, vol. II, t. II).
- MONESTIER MORALES, Juan-Luis (2011): *Defensa jurídico-civil frente al ruido. Prevención reparación evaluación, efectos y reducción* (Navarra, Aranzadi).
- MORTE, Carmen (2008): “El derecho a un medio ambiente sano en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Antonio Embid Irujo (director), *El derecho a un medio ambiente adecuado* (Madrid, Iustel).
- RUIZ-RICO, Catalina (2013): “La tutela constitucional u europea ante el ruido (a propósito de la STC 150/2011, de 29 de septiembre)”, en José Alenza García *et al.*, *El derecho contra el ruido* (Navarra, Editorial Civitas), pp. 239-265.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert (2008): “Comentario a la STS de 31 de mayo de 2007”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 76.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel (2010): “La tutela del TEDH frente a la contaminación acústica continúa y se acentúa”, en *Revista Jurídica de Navarra*, N° 50.
- SERRANO-SUÑER HOYOS, Genoveva y TENORIO SÁNCHEZ, Pedro (2005): “Salvaguarda de los derechos fundamentales frente al ruido”, *Revista de derecho político*, N° 62.
- TIGROUDJ, Helene (2009): “El derecho a un medio ambiente sano en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Ambiental*, Universidad de Chile, N° 3.
- TISNÉ NIEMANN, Jorge (2013): “La teoría de las inmisiones como fundamento dogmático de la protección jurídica privada ante el ruido”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XL.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (1995): “La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, *Revista española de derecho constitucional*, año 15, N° 45.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2001): “El derecho a la vida y de la integridad física y psíquica en la carta fundamental de 1980”, en Enrique Navarro Beltrán (editor), *20 años de la constitución chilena 1981-2001* (Santiago, Editorial ConoSur).

1. Los artículos podrán abordar cualquier área del Derecho siempre que tengan relación con un asunto ambiental. Deben ser artículos originales e inéditos. Los trabajos se entregarán en castellano, redactados con interlineado simple, sin espacio entre párrafos, con notas al pie de página. Se utilizará letra Times New Roman N° 12 para el texto y N° 10 para las notas al pie de página.

Los trabajos deberán tener una extensión entre 15 y 25 páginas. Se enviarán por correo electrónico a la dirección j_tisne@hotmail.com. La fecha límite para su envío será jueves 30 de junio de 2016.

2. Todos los artículos deberán ser encabezados con el título del artículo, seguido por el nombre del autor y luego por un resumen de no más de 500 caracteres con espacio, con tres palabras claves.

3. Los artículos serán divididos en secciones numeradas con caracteres romanos [I, II, III, etc.]. Las nuevas subdivisiones se harán en párrafos con números arábigos, seguidos con punto [1. 2. 3., etc.]. Las subdivisiones al interior de estos párrafos se harán con letras con paréntesis solo final [a) b) c), etc.].

4. Para las palabras en idioma distinto al castellano, destacar palabras u oraciones o destacar palabras dentro de las mismas citas (en el cuerpo o en las notas al pie de página) se utilizará la *cursiva*. Se debe evitar la letra **negrita**, el subrayado o las “comillas” para estos efectos. Queda a elección del autor emplear la *cursiva* o las “comillas” para la transcripción de textos de fuentes (p. ej.: artículos de un código, ley, tratado, texto de una sentencia u obras históricas).

5. Todo artículo deberá presentar al final, bajo la rúbrica de Bibliografía, una lista de los libros, artículos de revistas, capítulos y formatos electrónicos utilizados. Dicho listado se limitará a los trabajos efectivamente citados o referidos en el trabajo y se ordenará alfabéticamente por el primer apellido de su autor.

Las referencias comenzarán con los apellidos de los autores en letra VERSALES (no mayúscula), su nombre en letra normal, seguido por el año de publicación entre paréntesis. Luego se incluirá dos puntos (:) antes del título de la obra en *cursiva*. Finalmente, en un paréntesis se debe

¹ Elaboradas a partir de las normas de redacción de la *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* y de la *Revista Chilena de Derecho*.

incluir la ciudad de publicación, la sede editorial, el número de edición y el tomo de la obra en caso de existir.

Se seguirán los siguientes ejemplos para la bibliografía.

Ejemplos de referencia:

1. Libro: GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005): *De las donaciones entre vivos. Conceptos y tipos* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2da edición).
2. Capítulo de libro: HÜBNER, Ana María (1998): “Los bienes familiares en la legislación chilena”, en Corral, Hernán (edit.), *Los regímenes matrimoniales en Chile* (Santiago, Universidad de los Andes).
3. Artículo de revista: MANSON, Manuel (1978): “La lógica formal y los juristas”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. III, N° 9.
4. Documento electrónico: BERMÚDEZ, Jorge (2005): “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004 (consultado el 20 de junio de 2015).
5. Distintas obras de un autor publicadas en un mismo año:
 - ALGARRA PRATS, Esther (1997a): “Comentario a la STS de 7 de Abril de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 44.
 - ALGARRA PRATS, Esther (1997b): “La resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio por actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 639.

6. La indicación de las fuentes bibliográficas citadas en el texto del trabajo se hará en nota al pie de página. Tratándose de autores invocados en el texto por su apellido (siempre en letra normal), se repetirá en la cita al pie de página. Si la cita es textual, la nota al pie de página señalará el apellido o apellidos del autor en VERSALES, seguido por el año de publicación (entre paréntesis) y el número o números de las páginas en que aparece la cita.

Si la obra tiene dos autores su indicación se separará con la conjunción *y* (no en versales). Si la obra tiene tres o más autores su indicación deberá contener el apellido del primer autor seguido por la expresión latina *et. al.* (en *cursiva*). Si se contemplan distintas obras de un autor publicadas en un mismo año, se distinguirán por una letra seguida del año de publicación.

Si la cita es de referencia y no textual, la nota al pie de página debe comenzar con la expresión *cfr.*

Ejemplos:

- Obra con un autor: MANSON (1978) p. 52.
- Obra con dos autores: ALESSANDRI y SOMARRIVA (1974) p. 392.

- Obra con tres o más autores: GALLARDO *et. al.* (2011) p. 94.
- Más de una obra de un mismo autor y año de publicación: GUZMÁN (2005a) p. 12.
- Cita de referencia: Cfr. MANSON (1978) p. 52.

7. La mención de normas en el trabajo se hará, en el caso de una ley, con su número, el año de publicación y su denominación legal, si la tiene.

Ejemplo: Ley N° 19.300 de 1994, Ley de bases generales del medio ambiente.

8. Las citas de sentencias chilenas se hará en el cuerpo del artículo, entre paréntesis, o en los pies de página, indicando el tribunal, fecha de la dictación, rol, nombre de la obra o revista en que se encuentra, N°, tomo, parte, o sección cuando corresponda, y el número de la página donde se encuentra. En caso de ser obtenidas de un buscador *online*, luego del rol, se agregará el número identificador.

En caso de jurisprudencia internacional, actas o documentos de organismos internacionales la forma de cita quedará al arbitrio de los autores.

Ejemplos:

- Corte Suprema, 27 de febrero de 2008, Rol 141-2008.
- Corte Suprema, 15 de diciembre de 1993, Rol 22.244-1993, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 91, 2ª parte, sección 5ª, p. 80.
- Corte Suprema, 4 de mayo de 1983, Rol 16.575-1983, *Revista Fallos del Mes*, N° 294, p. 162.
- Corte de Apelaciones de La Serena, 9 de enero de 1879, *Gaceta de los Tribunales*, N° 32, p. 494.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de marzo de 1994, Rol 2.277-1994, identificador *Legal Publishing* CL/JUR/264/1994.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de abril de 2008, Rol 67-2006, identificador *Microjuris* MJJ17208.

