

LA RESPONSABILIDAD PREVENTIVA

Néstor A. Pino Silva*.

Resumen: En días donde los daños proliferan alarmantemente, una técnica jurídica basada en el daño pretérito no responde a las necesidades de nuestra sociedad y, por ende, la exploración de “antiguos-nuevos” preceptos es de trascendente importancia para erigir el rol preventivo de la responsabilidad en el sitio que le es propio. Es cierto que es impracticable actualmente basar el sistema de la responsabilidad sólo en la prevención, dado que ello decantaría en trabas al sistema de progreso que gobierna el mundo, pero en caso alguno es incompatible la responsabilidad por daño causado, con aquella que pretende evitar dichos perjuicios, ello en la medida que dicho sistema esté estructurado de una manera adecuada, según el rol que debe tener en la institución global que el derecho de daños. Nuestro Código Civil contiene normas relativas a la tutela preventiva, pero sea por la vorágine propia del sistema de la responsabilidad basado en el daño pretérito, sea por las falencias de los preceptos que este trabajo comenta, dicho sistema ha permanecido olvidado por mucho tiempo, desconociendo con ello la relevancia que para un país tiene el armonizar normas permisivas de la actividad humana (como lo son aquellas fundadas en un daño ya causado), con aquellas que fomenten la prevención.

Palabras clave: Responsabilidad civil, prevención, tutela ambiental, daño, daño contingente.

Abstract:

At the days where the damage to increase alarming manners, a legal technique based of the past damage doesn't answer to the necessities with our society and, in consequence, the exploitation to the “ancient-new” rules is significant importance for to place the preventive role to the responsibility in his place that to belong. The employment few knew, too regrettable, into our legislation how a guardianship alternative and effective, not only the rights of civil nature, so that more from these called “to the personality”, appear how an important mechanism that takes the civil responsibility from the observance to the first objective: to prevent.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.

Key words: Civil responsibility, prevention, guardianship environment, damage, current damage.

I) INTRODUCCIÓN

El profesor francés, don Philippe Le Tourneau, cual pincelazo introductorio en su obra, hace una mención que en materia de responsabilidad civil hoy parece sencillamente una utopía: “...la primera función de la responsabilidad subjetiva es la de prevenir los daños más que la de repararlos”¹

En materia de responsabilidad civil, hemos por siglos generado un raciocinio ciertamente errado, que bien puede hoy condenar nuestra manera de ver esta área del Derecho, esto es, una visión siempre pretérita del daño, siempre con la vista en lo ya sucedido.

Es indesmentible que la generalidad del sistema e instituciones de la responsabilidad basan su “*live motin*” en la generación de un daño y no en la concepción de perjuicios eventuales, riesgos o, precisamente, daños contingentes.

Para demostrar un aserto de esta envergadura, no se requiere una gran búsqueda investigativa entre los artículos 2.314 a 2.334 de nuestro Código Civil; sí, sólo basta decir que la institución del daño contingente fue recién reconocida por el legislador en el artículo 2333 del título de los “Delitos y cuasidelitos”.

El daño contingente es una figura residual en nuestro ordenamiento jurídico, es sin vacilación alguna, una figura especialísima, de una interpretación igualmente restringida y de una aplicación práctica constreñida por el mismo peso ingente de los términos pretéritos en que se concibió el régimen de responsabilidad en su amplia generalidad.

Para justificar esto, sin duda los argumentos han de sobrar y, el relativo a una posible limitación a la libertad de actuación humana y, la **eventual** paralización de actividades económicas por un deber general relativo a responder por el daño contingente, han de encabezar las glosas de los que defienden la visión pasada del daño como centro de la responsabilidad, mas no es menos cierto que, en los tiempos que se viven, con los daños que la evolución tecnológica es capaz de generar en las personas y en lo que las rodea, una tesis general de una reparación por un daño ya generado, está bien distante de satisfacer las necesidades jurídicas de la sociedad actual.

Así, conceptos como los de daño contingente o riesgo (y la gran arma jurídica que debe desarrollarse para con los nuevos daños que deberemos afrontar como sociedad: la responsabilidad preventiva), pasan a jugar un rol preponderante en la satisfacción de las

¹LE TOURNEAU, PHILIPPE, *La responsabilidad civil*, (traducción castellana Javier Tamayo Jaramillo, s. l., Editorial Legis, 2004), p. 32.

nuevas necesidades jurídicas que se nos imponen como sociedad, ya no mirando estrictamente hacia lo pasado, sino llevando a la práctica ese adagio tan, pero tan sabio, que reza: “Más vale prevenir que curar”.

Dentro de lo anterior, el objetivo de la presente exposición, más (mucho más a decir verdad) que pretender hacer un estudio pormenorizado de la materia y alcances teóricos y prácticos, tiene por objeto mostrar que en nuestro ordenamiento jurídico, existen armas distintas a las frecuentemente empleadas en materia de responsabilidad civil; la finalidad última del presente texto es dar una muestra fehaciente de instituciones que yacen ingratamente olvidadas en nuestra legislación. En fin, al menos nos daremos por satisfechos si el trabajo que se presenta logra que, aunque sea por unos segundos, el estudioso acérrimo de la responsabilidad civil (y los que no, obviamente), atisben otros medios para llevar a cabo la finalidad primigenia de la institución es cuestión: prevenir.

Para lo antes dicho, haremos breves exposiciones acerca de los aspectos sustantivos del daño contingente y la responsabilidad preventiva, para luego abordar algunos puntos adjetivos que cobran peculiar importancia con la materia en cuestión. Además, enlazaremos sucintamente el instituto con la responsabilidad medio ambiental.

II) ASPECTOS SUSTANTIVOS RELEVANTES.

1) UBICACIÓN:

La materia a estudiar se ubica fundamentalmente en el Libro Cuarto del Código Civil², en el título XXXV, artículos 2.328 inciso segundo, 2.333 y 2.334. No obstante lo anterior, la concepción de un daño contingente y de otros conceptos, como el de riesgo y amenaza, se encuentran diseminados en el Código, revistiendo particular relevancia las situaciones que se contemplan en el Libro Segundo, Título XIV, artículos 930 a 950: “De algunas acciones posesorias especiales”.

Además, cabe agregar, a mayor abundamiento, que instituciones procesales como las medidas precautorias o cautelares (tanto en sede procesal civil como en sede procesal penal) también yacen inspiradas en los conceptos antes mencionados.

Para finalizar, valga mencionar también que el llamado “Recurso de Protección” que consagra la Constitución Política De Chile, en su artículo 20, también consagra aspectos relacionados con la clase de daño a tratar, tanto como los Estudios De Impacto Ambiental

² De acá en adelante, cada vez que mencione el “Código” se entiende la alusión al Código Civil, salvo que se mencione lo contrario. Cuando se haga referencia a numeración de artículos, dichas referencias también se entienden hechas al Código Civil, salvo que se exprese otra cosa.

y Declaraciones de Impacto Ambiental, de la ley N° 19.300 sobre Bases Generales Del Medio Ambiente.

2) ASPECTOS DOCTRINARIOS DE LA CONCEPCIÓN DEL DAÑO CONTINGENTE:

Como se dijo en el punto anterior, el Código trata fundamentalmente el daño contingente en el Libro Cuarto, título XXXV, “De Los Delitos y Cuasidelitos”, artículos 2.333 y 2.334, señalando lo siguiente el primero de los artículos indicados: *Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de estas podrá intentar la acción.*

El artículo que le sucede regula algunas consecuencias de lo anterior disponiendo: *Si las acciones a que dan derecho los artículos precedentes parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados.*

El profesor Arturo Alessandri, en su clásica obra, define en escuetas palabras (tan escuetas como el trato que le da a la materia en sí) el daño contingente como: *el que puede suceder o no*³, estimándolo como una especie de daño eventual. Don Hernán Corral, a su vez, lo entiende como: “...el aún no ocurrido”⁴. Más adelante en su obra, define el daño, al igual que el profesor Alessandri, como el que puede suceder o no. José Luis Diez⁵, lo entiende de idéntica manera.

Es Pablo Rodríguez Grez, quien trata la temática más a fondo y disocia una suerte de confusión en la materia, interpretación respecto de la que no estamos del todo contestes. El profesor Rodríguez reconoce que: “...el daño eventual o hipotético es siempre futuro, pero se diferencia del daño futuro cierto en que no existe una convicción razonable de que puede llegar a producirse”⁶, para posteriormente señalar que: “...el daño eventual no comprende el daño contingente, que está constituido por un peligro que puede provocar un daño real. En verdad, el llamado daño contingente no tiene carácter de tal, ya que no

³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica, s. d.). I, p. 218.

⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), p. 356.

⁵ DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 69.

⁶ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), pp. 284 ss.

se ha generado una lesión, sino que presenta una probabilidad razonable y concreta de que ésta llegue a producirse.”⁷.

Estamos de acuerdo con la primera parte de lo expuesto. Pensamos que, tanto daño eventual como daño contingente, son especies de un género que está dado por el daño futuro y que la diferencia entre uno y otro es que, respecto del daño eventual no existe la convicción razonable de que sucederá y en el contingente sí la hay.

No estamos de acuerdo, eso sí, con la otra parte de la interpretación de este catedrático, pues estimamos que es una apreciación muy materialista de un daño especial, que por ende debe ser entendido en su justa dimensión. Estimamos que el daño contingente no es un daño en estrictos términos fácticos, pues, obviamente, la lesión no ha llegado a producirse, pero para efectos jurídicos se debiere entender como daño anticipadamente, aún antes de que se produzca la perniciosa consecuencia. Sería un daño jurídico.

Interesante es la concepción que recoge el profesor Aldo Molinari, que da a entender que no es conveniente comprender el daño contingente en torno al daño eventual, porque la certidumbre del daño es requisito para configurar la responsabilidad civil y por ende, el deber de reparar y la responsabilidad por daño contingente no tiene la intención de obtener una indemnización de perjuicios. Así, el profesor Molinari señala que: “No creemos que sea conveniente, como se ha dicho tradicionalmente, definir el daño contingente en torno al daño eventual, o dicho de otro modo, la certidumbre del daño, viene a constituir un requisito para configurar responsabilidad civil, en términos que, dada la concurrencia de los demás elementos, hará procedente como consecuencia una indemnización de perjuicios compensatoria del daño sufrido”. El profesor citado prosigue en su razonamiento señalando que: “El daño contingente, como elemento de la acción del 2.333, no forma parte de una acción de responsabilidad, muy a pesar de la ubicación que le ha dado el legislador. La finalidad del artículo 2.333 no es obtener una indemnización de perjuicios, por lo tanto pensamos que asimilar el concepto de daño contingente al de daño eventual por contraposición al de daño cierto es una discusión de la que puede prescindirse en este caso”⁸. Luego definirá daño contingente como: “...la amenaza de un daño, es decir, la posibilidad o peligro inminente de una persona pueda llegar a ser perturbada o privada de un derecho o aún de un simple interés”⁹.

Estamos de acuerdo con Molinari respecto a que el daño contingente no puede definirse en torno al daño eventual, pero sencillamente porque son dos especies opuestas dentro de un género común. Eso sí, disentimos de este autor (y de otros como don René Abeliuk) que

⁷ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, cit. (n.6), pp. 284 s.

⁸ MOLINARI VALDÉS, Aldo, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*, (Santiago, Editorial Lexis Nexis, s. d.), p. 204.

⁹ MOLINARI VALDÉS, Aldo, cit. (n. 8), p. 204.

estiman que esta responsabilidad que consagra el artículo 2.333 y 2.334 no puede llegar a una indemnización de perjuicios. En términos generales (ya se tratará este punto más adelante), las normas en comento no se alejan en esencia de la reparación jurídica, manteniendo importantes vínculos con ésta. La reparación más evidente, por lo especial de la responsabilidad, no será de índole dineraria, sino evitando que se conjugue el mal que se quiere prevenir (será una reparación jurídica), pero nada impide que la víctima o las víctimas puedan alegar, además de esa forma de reparación, la correspondiente indemnización de perjuicios, pues la mera amenaza igualmente puede dañar, pero en lo que denominamos como la Cooperación de Responsabilidades, a la que luego aludiremos.

En Colombia, Peirano estima que los daños contingentes son los que pueden acaecer o no y cita al código de Bello como uno de los casos en que el legislador no ha prescindido del daño eventual¹⁰.

En términos generales, el daño contingente se entiende como un daño eventual, esto es, que puede o no suceder, salvo la autorizada opinión de Rodríguez Grez, que estima que el daño eventual no abarca al daño contingente.

3) EL DAÑO CONTINGENTE, EL RIESGO Y LA RESPONSABILIDAD PREVENTIVA.

En la norma que contiene el artículo 2.333 del Código, los conceptos de daño contingente y de amenaza (riesgo) están empleados de manera poco agraciada y casi redundante. Nos parece que entender al daño contingente como un daño futuro respecto del cual existe suficiente certeza de que se verificará si nada se hace en contrario, es suficiente concepto como para comprender que en torno a él se teje la idea de amenaza, de riesgo y de peligro. Por lo antes señalado, entendemos como sinónimos los conceptos de daño contingente y amenaza, riesgo o peligro, es decir, un daño contingente es siempre una amenaza, un peligro o un riesgo de un daño real.

Por lo anterior, pensamos que es una redundancia o un pleonasma señalar como requisito al daño contingente que amenace a quienes detentarán la legitimización activa (persona determinada o indeterminada), debido a que va implícito en el daño tema central de este

¹⁰ PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, (3ª edición, Bogotá, Editorial Temis Librería, 1981), pp. 368 s.

trabajo, las ideas de peligro y riesgo o, dicho de otra manera, el daño contingente siempre generará amenaza, riesgo y peligro a los derechos o intereses de los posibles afectados.

En torno a la idea de daño contingente y sus sinónimos, se ha creado la concepción de una nueva forma de responsabilidad (nueva como conciencia de tal, pues las normas que la fundan vienen de añoso tiempo), una responsabilidad sin duda ideal y que mejor refleja la ansiada reparación in natura, esto es, la denominada responsabilidad preventiva.

La responsabilidad preventiva tiene, al igual que la responsabilidad civil común, su centro y émbolo en la concepción de daño, pero además requiere de los demás requisitos comunes a la responsabilidad civil y también, como toda responsabilidad, busca un fin, esto es, reparar. Veamos estos dos aspectos, además de una conceptualización de la misma.

A) **CONCEPTO:**

Nosotros creemos que la responsabilidad preventiva puede definirse como aquella que existe cuando una persona natural o jurídica, sea por una acción o una omisión, genera una situación de peligro (daño contingente) respecto de la cual hay certeza racional de que podría concretarse, para que sea obligada a hacer cesar la amenaza.

Al concepto anterior, añadiríamos, como explicaremos luego, que además puede ser obligada a reparar los perjuicios causados por la mera amenaza.

B) **REQUISITOS:**

Siguiendo al profesor Hernán Corral¹¹, los requisitos para que opere esta clase de responsabilidad son:

i) Amenaza cierta y real del daño.

Esto sencillamente equivale a que exista un daño contingente. Si no hay certeza, simplemente será un daño eventual, nunca reparable (aunque es posible, para evitar extrema rigidez en el sistema, plantearse la posibilidad de la existencia, a lo menos, de una razonabilidad relativa a la posibilidad que la amenaza se concrete).

Estimamos además que deben concurrir los otros requisitos del daño, principalmente el que provenga de una persona distinta de la amenazada, que sea anormal, que lesione un interés legítimo, etc.

ii) La presencia de una relación de causalidad.

¹¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n. 4), p. 56.

Es evidente que debe existir el debido cauce lógico entre el hecho productor de la amenaza y el daño que se pretende evitar, de tal manera que éste se deba total e íntegramente al acto atribuible a su autor, por lo que sin él la amenaza del daño nunca se hubiere generado.

iii) Antijuridicidad.

Esto está dado por una vulneración al deber de no dañar a otro, que en el caso del artículo 2.333 del Código, se manifiesta por un deber de no amenazar a otro.

iv) La capacidad del autor.

Se aplican las normas particulares del artículo 2.319 del Código, y supletoriamente las de los artículos 1.446 y siguientes, dado su carácter general y supletorio en materia de capacidad.-

v) Un factor de atribución.

Que en el caso de las normas en comento es la culpa (*que por imprudencia o negligencia*, señala el artículo 2.333). No se menciona el dolo, pero no hay que hurgar mucho en interpretaciones para entender que el que dolosamente crea un peligro es obligado a hacerlo cesar, tanto como el que lo generó con culpa, dado que el dolo es factor de imputación de cualquier tipo de responsabilidad, y ante el silencio del legislador en este punto, debe entenderse parte integrante de la institución.

Este aspecto da para lato comentario sin duda, pero nos adscribimos a la crítica que realiza, el profesor Molinari, que señala: “Resulta evidente que una exigencia como esa -la de culpa- echa por tierra todas las pretensiones que puedan tenerse de una tutela preventiva rápida y efectiva, si aquel que reclama la protección tiene que entrar a probar culpa. Por lo que desde ya esa exigencia se muestra absolutamente incompatible con el amparo anticipatorio que hemos configurado”¹² (la frase entre guiones es nuestra). En el párrafo siguiente de su obra añade que: “...a propósito de tutela preventiva, en derecho comparado se ha sostenido terminantemente que ningún rol le cabe a la culpa si lo que se persigue es prevenir el daño, por cuanto la culpa no es sino un factor de atribución de daños y desde luego ahora no pretendemos atribuir la producción de un daño, sino sólo evitar que en definitiva se produzca”¹³.

Es evidente que el artículo 2.333, consagra una figura híbrida y excluyente con la finalidad misma del instituto y, en realidad, la curiosa creación del artículo en cuestión podría

¹²MOLINARI VALDÉS, Aldo, cit. (n. 8), p. 215.

¹³ MOLINARI VALDÉS, Aldo, cit. (n. 8), p. 215

denominarse como riesgo culposo, toda vez que el daño contingente debe haberse generado con dicho factor de atribución¹⁴.

Es claro que aquello denota confusión respecto de la finalidad de la norma y, además, es una fehaciente (y en cierta medida triste) muestra del peso ingente de la culpa en los sistemas continentales de responsabilidad civil, llegando a tal nivel dicha influencia que se desnaturalizan todas las buenas intenciones y altura de miras de esta norma del código de don Andrés Bello.

4) **Finalidad de la responsabilidad preventiva.**

De una lectura simple de los preceptos en cuestión y, claro, del mismo nombre de la institución que se desglosa (preventiva), parece evidente que el rol de esta responsabilidad, a diferencia de la de común aplicación, es evitar que el daño se concrete. Por ello, y como lo señala Abeliuk, la acción no "...será una acción indemnizatoria"¹⁵, pues claro el daño no se ha verificado y malamente podría alguien reclamar un equivalente o sustituto de algo no acaecido aún.

Complementando lo anterior, el profesor Alessandri, señala además que: *Como el artículo 2.333 es suficientemente amplio -se refiere a todos los casos de daño contingente sin distinguir- la acción que confiere puede ejercitarse cualquiera que sea la clase del daño que se teme*¹⁶.

Estamos de acuerdo con el profesor en un tema que luego trataremos

5) **La Cooperación de Responsabilidades.**

¹⁴ El mismo criterio, esto es, la creación culpable o negligente de un riesgo se avista en la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de Abril del año 2004. No obstante la extensa arenga a favor de la protección del ambiente que hacen los 31 considerandos que expresan las razones de la directiva y, no obstante, que esos mismos considerandos discurren, explícitamente algunos, sobre la idea, del todo lógica por lo demás, respecto a que "quien contamina paga", a la hora de regular las acciones preventivas en contra de los explotadores, potenciales dañadores, el artículo 3, número 1, letra b, hace inaplicable la directiva en cuestión si la amenaza inminente del daño al medio no se ha originado en la culpa o la negligencia del operador (aquello en armonía con el considerando 20º de la misma directiva).

Curioso parece que el que contamine pague, pero el que amenace deba hacer cesar la amenaza sólo si ha intervenido su negligencia, no habiendo razón de peso para sostener aquello y menos aún tratándose de daños al ambiente, donde las atribuciones de negligencia a un operador experto en su rubro por parte de particulares neófitos, parece una carga excesiva para estos y con ciertos tintes de mera conveniencia política, la verdad.

¹⁵ ABELIUK MANASEVICH, René. *Las obligaciones* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), I, p. 210.

¹⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, cit. (n. 3), p. 219.

Pero, ¿Puede buscarse la reparación del daño que emane de una amenaza? Piénsese en una empresa constructora que, con sus múltiples brazos mecánicos transporta materiales en las alturas y bajo eso hay un jardín infantil. Es evidente que, cumpliéndose los requisitos señalados anteriormente, puede pedirse que se haga cesar el peligro, pero ¿Puede el dueño del jardín infantil pedir la indemnización dineraria por el hecho de que los padres que iban a inscribir a sus hijos en dicho recinto escolar, por la amenaza de caída de esos materiales, hayan cambiado de opinión?

Lo anteriormente expuesto es un daño netamente patrimonial que emana de la creación de una situación de peligro, de un daño contingente y como puede ser de esa manera, también podría ir anejo a él un daño de índole extrapatrimonial.

¿Soluciona esta situación el artículo 2.333 en comento? Evidentemente que no, toda vez que el precepto sólo se ubica en la primera situación, en la de la amenaza de los brazos mecánicos que transportan los materiales en las alturas, pero no en la segunda.

¿Soluciona esta situación el sistema común de responsabilidad por daño causado? Tampoco la soluciona, toda vez que la alegación del dueño del jardín infantil se basa en un daño no causado aún para lograr la reparación de un daño material efectivo y, la responsabilidad de los artículos 2.314 a 2.332 del Código, se basan en daño ya ocurrido.

Para enfrentar la situación que se señala, proponemos un sistema de cooperación de responsabilidades, entre la común por daño causado y la preventiva, por tratarse de un daño real que se basó en un daño contingente.

De esta manera, la o las víctimas del daño contingente han de probar la responsabilidad preventiva que le cabía al hechor y, una vez que ésta se haya acreditado, dicho antecedente ha de servir de base para obtener la reparación por el daño real causado y, en el particular, creemos que la víctima sólo ha de tener que probar la certeza de este último daño, toda vez que los otros elementos de la responsabilidad yacen fehaciente acreditados al comprobar la responsabilidad preventiva.

En el caso propuesto, el dueño del jardín infantil ha de probar la responsabilidad de la empresa constructora en torno al daño contingente y, si logra acreditar dicha situación y se condena a hacer cesar el peligro, entonces podrá, en base a esa situación, comenzar la prueba del daño material respecto de que los padres de los niños no hubieran querido inscribir a sus hijos en el establecimiento.

Pero aún con lo anterior, no nos satisface del todo lo propuesto, pues estimamos que el sistema de responsabilidad preventiva pudo inclusive bastarse a sí mismo para solucionar las situaciones presentadas. En nuestro parecer, el daño contingente debió ser tenido como un daño jurídico distinto del daño material que se pretende evitar, aunque relacionado con

éste. Esto quiere decir que el daño contingente fuere tal (daño) por el sólo hecho de comprobarse que realmente se hubiere generado, retrotrayéndose al momento al que generó otras perniciosas consecuencias.

Esto significa que la mera generación del riesgo es daño, jurídicamente hablando, por ende si el dueño del jardín logró probar la situación de peligro, a él se le dañó con la amenaza, cuando ésta se generó y por ello ésta es la causante de los otros daños que emanaron, patrimoniales o extrapatrimoniales.

Eso sí, más allá de las posibilidades que una u otra opción dé al sistema de responsabilidad preventiva, la inmiscusión ciertamente *tóxica* de la culpa en las normas en comento, lo tornan en impracticable, haciéndose necesario por ende un cambio normativo que excluya, minimice o condicione la injerencia de factores subjetivos de atribución.

6) Ventajas y desventajas del sistema de responsabilidad preventiva vigente en nuestro país.

Someramente, diremos que las principales ventajas que nos puede otorgar la responsabilidad preventiva basada en un daño contingente, son:

a) Busca evitar el daño:

Es la más evidente ventaja por supuesto, pues no hay mejor forma de desarrollarse en la sociedad (y el desarrollo de estas mismas) que previniendo daños y no actuando *a posteriori*, o sea cuando el daño está ya causado.

b) Fomenta la prevención:

Parece una obviedad, pero empleada en términos estrictos (sin dolo, sin culpa) y con una adecuada técnica legislativa que robustezca el concepto de ilicitud de la mera amenaza, se lograría crear una concepción de prevención más poderosa, toda vez que se debe reparar con la sola creación de riesgo.

c) Protege intereses difusos:

La tutela preventiva puede llegar a proteger los conocidos intereses difusos¹⁷, logrando evitar un daño respecto de un importante número de personas.

d) Favorece la economía:

¹⁷ Ver tercera parte de este trabajo.

Toda vez que no se producen gastos ingentes por conceptos de indemnizaciones por daños causados.

Las principales desventajas son:

a) **No evita el daño:**

No es cierto que la responsabilidad por **si sola** evite daños, sino que solo da acción a los afectados para pedir que no se verifique. Además, dado que el sistema está vinculado a la culpa, la evitación de los daños no es más que una finalidad teórica de la norma.

b) **No fomenta la prevención:**

Toda vez que la mayoría de los sistemas no la conciben en términos estrictos, sino morigerada por los conceptos de culpa y dolo.

c) **No protege adecuadamente los intereses difusos:**

El hecho que la acción a que da derecho la responsabilidad preventiva permita proteger intereses difusos, no quiere decir que sea una forma adecuada de reglarlos, toda vez que no se cimientan aún de forma clara los aspectos procesales que ha de tener la interposición de las acciones que de ella manan.

d) **No favorece necesariamente la economía:**

Doblemente no la favorece. Los gastos que ayer eran para pagar indemnizaciones, con esta nueva forma de concebir la responsabilidad, simplemente se trasladan a evitarlos.

Además, un sistema de responsabilidad preventiva desligado de la culpa o el dolo, trae aparejado todas las críticas de los regímenes objetivos de responsabilidad, particularmente el de la eventual recesión económica que trae anexo.

e) **Aumenta excesivamente la litigiosidad:**

Al poder estimarse anticipadamente el daño, se recurriría a los tribunales con mayor constancia para paralizar las actividades peligrosas.

III) ASPECTOS ADJETIVOS RELEVANTES.

1) Introducción:

Desde un punto de vista formal, cumpliéndose los requisitos que la ley señala, el artículo 2.333 del Código concede acción popular, si se amenaza a persona indeterminada y, acción individual si se pone en peligro a una persona determinada, siendo uno de los muchos preceptos que recoge nuestra legislación que consagran el sistema de acción popular.

Por lo anterior, la materia se tratará primeramente a propósito de la acción popular y luego respecto de la acción individual, para continuar con la parte procedimental común a ambas acciones.

2) Acción Popular e intereses difusos:

El Código estimó, en este apartado, evadir su naturaleza notablemente individualista y se decantó por una opción colectivista, estableciendo acción popular en el caso que señala. No es, sin duda, el único lugar donde nuestra legislación menciona acciones populares, sino que el mismo Código recoge, en el Libro Segundo, Título XIV, artículos 930 a 950, “De algunas acciones posesorias especiales”, estas mismas acciones y otros cuerpos normativos también las acogen (como la Ley General De Urbanismo y Construcción, en su artículo 149, por nombrar una y por supuesto, la propia Constitución Política De Chile, en su artículo 20).

Nosotros creemos que una somera definición de acción popular puede ser: aquella que es ejercida por cualquier persona no invocando un interés individual afectado, sino uno colectivo o difuso vulnerado.

Interés colectivo, a su vez podría definirse, acorde con los profesores Octavio Pino y Eduardo Pizarro, como: “...aquellos de contenido supraindividual, con un centro de referencia no ocasional, esto es, un ente asociativo, como puede ser un colegio profesional, un ente público de base asociativa o una asociación sindical; cualquier grupo que no tenga una duración efímera, contingente, que constituya sociológicamente individualizable de la colectividad territorial general”¹⁸ (el subrayado es nuestro).

Así, la característica fundamental de un interés colectivo, no es tanto su carácter plural o multitudinario, sino el carácter no ocasional de la agrupación, toda vez que se afecta a una cantidad determinada de personas que se encuentran agrupadas, no solamente por el daño, sino por algún otro fin de carácter permanente.

¹⁸ PINO REYES, Octavio y PIZARRO TORREALBA, Eduardo, *Responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2001), p. 131.

Un *interés difuso* es, por ende, distinto, toda vez que la agrupación dañada es tal sólo por el daño; sólo el detrimento ha unido a las personas y sólo éste las mantiene así, de tal manera que, cuando éste desaparece, ellos retornan a su individualidad.

Los profesores antes mencionados señalan lo siguiente respecto de los intereses difusos: “...los intereses difusos, aparecen, sin embargo, correlativo a formaciones sociales aún en fase de ‘toma de conciencia’, cuya individualización se realiza a través de la relevancia de una lesión, de un desequilibrio de tutela verificado, precisamente en perjuicio de una pluralidad de individuos, que a raíz de ello, se asocian para su defensa. Es el daño el único punto común que poseen, y sólo mientras este subsiste. Son, pues, los intereses que llevan implícitos el adjetivo de conflictos, carentes de una verdadera estructura jurídica enfocada hacia la prevención de posibles daños”¹⁹.

Así las cosas, ¿La acción popular del artículo 2.333 del Código en qué interés vulnerado se funda? No cabe duda que el interés que funda esta acción popular es un interés difuso, toda vez que no hay ningún ápice de asociatividad previa entre los afectados, sino que precisamente pasan a agruparse sólo por la amenaza.

Por todo lo anterior, la acción del artículo 2.333 del Código no nos parece siempre apta para tutelar amenaza a intereses colectivos, dado, como se expresó, los términos amplios en que se recoge la disposición, ya que un interés colectivo pasa a tener cierta determinación, se pasa a dañar a un ente determinado por la asociatividad previa, de manera tal que los representantes legales de dichas entidades deberán buscar la cesación de la amenaza por la segunda parte del artículo 2.333, esto es por la acción individual.

3) Requisitos de la acción popular:

a) **Daño contingente:**

Ya se trató anteriormente. Sin peligro no hay acción alguna.

b) **Afectación a Persona indeterminada:**

¹⁹ PINO REYES, Octavio y PIZARRO TORREALBA, Eduardo, cit. (n. 17), p. 131.

Esto es la legitimación activa. Para que proceda la acción popular debe la amenaza de daño afectar a un grupo no identificable de personas, de manera que no constituyen una individualidad, sea esta natural (un individuo) o artificial (una sindicato, por ejemplo).

Merece dudas la relevancia que debe tener la cantidad de personas afectadas. No parece posible (ni conveniente) intentar esgrimir alguna cantidad cierta de personas amenazadas para entender cuándo se cae en indeterminación. Será el juez el que determine si realmente en el caso concreto hay una determinación o no de los afectados.

c) No debe estar prescrita:

Esta clase de acciones (la popular e individual que manan del daño contingente) no prescriben al tenor del artículo 2.332, según la doctrina nacional lo ha entendido. El profesor Corral señala que: “No parece que pueda aplicarse a la responsabilidad preventiva la norma del artículo 2.332, ya que ordena computar la prescripción desde la ‘perpetración del acto’. Es decir, supone que el daño ha sido causado. Tratándose de daño contingente, debiera aplicarse la norma del artículo 950, que establece la imprescriptibilidad de las acciones dirigidas a precaver un daño mientras haya justo motivo para temerlo. Es decir, mientras exista amenaza de un daño, con los requisitos que hemos precisado, estará abierta la acción para evitarlo mediante el juicio civil ordinario, posesorio o mediante la acción constitucional de protección”²⁰.

La interpretación del profesor nos parece conveniente desde el punto de vista de la protección de la víctima, más aún cuando puede entenderse que, si el legislador vino a señalar normas de prescripción de las acciones (las que generalmente regula en la parte final de los títulos que las contienen) antes de terminar la institución reglada, es porque los restantes artículos (2.333 y 2.334) han de tener un tratamiento distinto. Pero, siguiendo cierta literalidad, con el fin de ampliar las posibilidades de interpretación, diremos que el artículo 2.332 señala: *Las acciones que concede este título...*, título dentro del cual está el artículo 2.333 (y la acción popular por daño contingente, por ende), y, aún más, no nos parece descabellada una interpretación referente a que el “...contados desde la perpetración del acto”, debiera entenderse para las acciones en comento, como *contados desde la perpetración o generación de la amenaza*.

²⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n. 4), p. 362.

e) **Amenaza causada por cualquier persona.**

Esto es la legitimación pasiva. Cualquier persona, natural o jurídica, puede ser la productora del daño contingente y por ende estará obligada a hacer cesar el riesgo.

4) La acción individual. Requisitos.

Seremos someros en este punto. En esta materia, la acción individual, es aquella que detenta el directamente afectado por la amenaza y sólo él, sus herederos o sus representantes pueden ejercitarla buscando hacer que el legitimado pasivo sea obligado a hacer cesar el riesgo.

Todo lo demás dicho a la acción popular se aplica en este punto (requiere un daño contingente, debe ser a persona determinada, no debe estar prescrita y debe haber legitimación pasiva).

Por último, sólo mencionar una pregunta que se plantea el profesor Corral en lo tocante a la legitimación pasiva, referente a si procede o no la responsabilidad de superior respecto del dependiente, de acuerdo a los artículos 2.320 y 2.322 del Código²¹. Nos parece que, en una interpretación armónica de los preceptos, y estando de acuerdo con el autor citado, perfectamente un dependiente puede generar una amenaza que, cumpliéndose los requisitos de la responsabilidad por el hecho ajeno, originará la presunción de culpabilidad del principal o de la persona que tiene el deber de cuidado.

5) Procedimiento para la acción por daño contingente.

Este es sin duda el punto más borrascoso de la materia, toda vez que se conjugan dos factores muy complejos, estos son, primero, el hecho de no remitir algún procedimiento especial el legislador, para la acción en comento y segundo, buscar la acción mencionada la reparación de un daño que no es el comúnmente tratado.

²¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n. 4), p. 359.

El profesor Hernán Corral reconoce que: “Para hacer valer la responsabilidad preventiva, esto es, por daño contingente, se aplicará el mismo procedimiento ordinario ante los jueces con jurisdicción civil que es el contemplado para la acción de responsabilidad por daño causado. Como muchas veces la lentitud del procedimiento conspirará en contra de la efectiva prevención del daño, debe entenderse aplicable también el procedimiento sumario, en virtud del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil”²²²³ (además agrega que es posible presentar medidas prejudiciales para evitar la realización del mal).

¿Medida autosatisfactiva para el artículo 2.333?

Párrafo aparte merece lo que describe el profesor Molinari, que es contrario a lo que estima, Corral, y el resto de la escasa doctrina que trata el tema. Señala Molinari: “La existencia de una acción con importantes características sustantivas que no tiene un procedimiento específico y respecto del cual el procedimiento sumario, como el subsidiario a aplicar en estos casos, no se presenta adecuado”²⁴, propugnando una naturaleza “autosatisfactiva” del artículo 2.333 del Código. Agrega luego que: “Para determinar la tramitación del artículo 2.333 debemos partir de la constatación de que atendida la finalidad de esta acción es impedir que se consume un daño que se encuentra en estado de amenaza o peligro inminente, impone necesariamente para ser eficaz y efectiva una tramitación urgente y no sólo sumaria como la del artículo 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil”²⁵.

Así las cosas, el profesor Molinari, entiende que la tramitación de la acción que consagra el artículo 2.333 del Código es de naturaleza autosatisfactiva, esto es, autónoma y propia de la naturaleza urgente de lo que se quiere tramitar, entendiendo, además, como características de ella una “...ejecutabilidad inmediata, mutabilidad o flexibilidad, sin instrumentalización, ni provisionalidad, existencia de peligro en la demora y que se decreta por existir una fuerte probabilidad cercana a la certeza y no la simple verosimilitud”²⁶ Para don Jorge Peyrano, las medidas autosatisfactivas son: “...soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de

²² CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n. 4), p. 360.

²³ En idéntico sentido DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del derecho de daños*, en Revista de Derecho Universidad de Concepción 71 (2003), p.147.

²⁴ MOLINARI VALDÉS, Aldo, cit. (n. 8), p. 211.

²⁵ MOLINARI VALDÉS, Aldo, cit. (n. 8), p. 211.

²⁶ MOLINARI VALDÉS, Aldo, cit. (n. 8), p. 212.

sus postulantes y constituyen una especie de la tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas. Pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover vías de hecho, sin tener que recurrir para tal efecto a la postulación de diligencias cautelares que, como se sabe, ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal que, a veces, no desean promover los justiciables”²⁷. El mismo maestro argentino da un concepto más amplio que el anterior indicando que dichas medidas son una: “...solución urgente no cautelar, despachable in extremis que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada, a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión procesal Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible, quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial. Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas”²⁸.

Si bien estimamos totalmente válido lo anteriormente dicho y, además, lo entendemos como una ampliación del derecho de daños a las esferas adjetivas del ordenamiento jurídico, nos adscribimos a las críticas que se mencionan para posturas similares, esto es, las notables infracciones al debido proceso en que incurren estas medidas denominadas “autosatisfactivas”. Igualmente, estimamos que, si se llegasen a aceptar, debieran tener un texto expreso que contemple su carácter claramente excepcional, cosa que no sucede.

Además y tristemente para el ingreso de las ideas del derecho de daños en nuestro país, el artículo 2.333 no puede consagrar una acción cuya tramitación tenga los caracteres de una medida de la naturaleza expresada, pues el factor de atribución que el legislador ha querido en esa norma, esto es la culpa y el dolo, deben, por regla general, ser probados por la víctima. Así, malamente podría un cuerpo normativo instaurar una medida autosatisfactiva, si el artículo 2.333 del Código defiende la culpa inclusive en terrenos donde es ilógico que aún reine.

Por ende y por ahora, nos parece que no hay otro procedimiento que el sumario consagrado en el artículo 680 del Código de Procedimiento Civil para lograr la tramitación

²⁷PEYRANO, Jorge, *El derecho procesal en el umbral del tercer milenio*, Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes-Argentina del 6 al 8 de agosto de 1997, p. 497.

²⁸ PEYRANO, Jorge, cit. (n. 25), p. 497.

de esta acción. Para la temática del temor de que se verifique el daño que se pretende evitar, estarán, como lo menciona Corral, las medidas precautorias que han de ser el arma jurídica a emplear.

6) Consecuencias del ejercicio de las acciones del artículo 2.333.

La natural consecuencia del ejercicio de la acción por daño contingente será que el juez decrete alguna medida que tienda a hacer desaparecer la amenaza, pero el artículo 2.334 del Código contiene algunas de las consecuencias que se generan para con el sujeto que la ejerce. Artículo 2.334: *Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados.*

El Código dispone: *Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes...*, abarcando también, por ende, la situación descrita en el artículo 2.328 inciso segundo. Es evidente que sólo la acción popular otorgará los derechos que la norma indica y no la acción individual del 2.333 del Código.

Dudas puede plantear que el Código señale “parecieren fundadas” ya que daría la impresión que la mera aceptación a tramitación de la acción daría el derecho a ser indemnizado en lo que se señala y no la comprobación final de la certeza de la amenaza o la imputabilidad al victimario.

Se deja a salvo el derecho de quien ejerce la acción de reclamar las recompensas que, en ciertos casos, la ley le otorga (artículo 948 del código).

IV) Breves palabras respecto de la responsabilidad preventiva, la persona y el daño ambiental.

El daño contingente y su coronación con la responsabilidad preventiva, es sin duda alguna un elemento de tutela a situaciones dañosas, con el fin de evitar las perniciosas consecuencias. Mediante esta forma de responsabilidad, se puede buscar la custodia de derechos subjetivos o meros intereses, de daños patrimoniales o extrapatrimoniales y de daños “simples” o de aquellos que podríamos entender como complejos, éstos en estricta relación con los intereses difusos, ya mencionados.

Estos últimos daños, los complejos, son de un muy difícil tratamiento, en gran medida por tornarse muy levantiscos en cuanto a su generación, en cuanto a la producción de sus efectos y en cuanto a su extinción, en gran medida, por el hecho de extenderse una gran cantidad de tiempo con sus consecuencias dañosas, por fusionarse en el ínter tanto con otros daños y por manifestarse, a veces, mucho después de ocurrido el hecho que le dio origen.

¿Deben estos daños ser tratados como los otros, que podríamos entender como “comunes”? Sin duda que no. Usando la mera lógica diríamos que: a lo común un tratamiento común y a lo anormal un tratamiento anormal. Claro, sabemos que es un riesgo usar términos ambiguos como “común” o “anormal”, pero, como se ha construido nuestra concepción de responsabilidad, bien puede entenderse que lo “común”, que lo “normal”, es actuar a posteriori.

El daño ambiental es un daño complejo. El daño ambiental es un detrimento difícil de estudiar, difícil de cuantificar, difícil de tratar y, claro, difícil de reparar, tornándose casi imposible a veces, donde no hay sustituto que lo venga a reemplazar.

Por lo anterior, nos parece que, respecto a estos daños complejos, debe dárseles un tratamiento basado en la prevención como regla general y de reparación como regla subsidiaria. Y la razón puede ser más clara de lo que pueda pensarse y, a la vez, menos jurídica de lo que se quisiera: el hombre sencillamente ha llegado a un nivel de tecnología e industrialización que le permite dañarse más de lo que puede sanarse; el hombre no se encuentra, por paradójico que parezca, capacitado para solucionar y reparar los daños que puede ingresar al medio.

¿Qué respuesta ha dado el Derecho? Sin duda ha dado una respuesta timorata al respecto (quizá ni siquiera llegó a plantearse la problemática, la verdad), siempre anticipando la necesidad del progreso al de las tutelas preventivas. El Recurso de Protección, los llamados “Interdictos Posesorios”, las medidas precautorias y prejudiciales y el daño contingente, han sido algunas de las escasas manifestaciones a tan ingente problema.

En los siguientes párrafos sólo analizaremos lo relativo al daño contingente que prescribe el Código, como una eventual medida tutelar del medio ambiente. No se tratarán a fondo los otros aspectos mencionados y se seguirá el razonamiento que sigue el profesor Aldo Molinari, en la obra que se cita.

1) Somera idea de la humanización del derecho y el rol que le cabe en ella a la responsabilidad preventiva.

Siguiendo al profesor Molinari, la humanización del derecho debe entenderse como un cambio en la visión o prisma que se observa en la realidad jurídica, que deja o comienza a abandonar la concepción patrimonialista de la codificación, para abocarse a una protección íntegra de la persona, poniendo énfasis en sus calidades esenciales y no accidentales.

Por lo anterior, por un derecho centrado en la persona, su protección debe ser total como eje y centro de la ciencia jurídica que es y, la más obvia y óptima tutela de ella (y de los derechos de la personalidad), no reside en una responsabilidad común de daño causado (la sanción civil como forma de prevenir), sino en una responsabilidad preventiva que se jacte de todo un andamiaje institucional certero y eficiente que garantice a la persona su desenvolvimiento por la vida jurídica, con pleno desarrollo a sus capacidades.

Señala Molinari al respecto: “Es en este ámbito- el de la responsabilidad preventiva- que la amenaza o riesgo de un daño a la persona hace procedente al interior de nuestro ordenamiento la búsqueda de las herramientas capaces de dispensar esa tutela a la que nos hallamos conminado”²⁹ (lo que está entre guiones es nuestro).

2) La persona y la responsabilidad preventiva.

El artículo 2.333 del Código deja abierta una protección amplísima al disponer el término “personas” en el tipo civil que describe y, por ende, la responsabilidad preventiva que trasunta tras la norma no yace constreñida o limitada a determinados derechos, sino a todos aquellos donde descansa la esencia humana, la esencia de la persona.

Así y armonizando la rocana normativa del Código con las nuevas concepciones (en el particular, la humanización del derecho), no queda sino afirmar que la responsabilidad preventiva que consagra el articulado en comentario es un real instrumento de tutela para los derechos más básicos y comunes a todas las personas, esto es, los derechos de la personalidad.

Molinari señala al efecto que: “Frente a la pregunta sobre la forma en que puede afectarse a la persona, desde luego que la respuesta más imaginable, desde el punto de vista de los derechos humanos, sería afirmar que significa, en primer lugar, afectarla en sus derechos y garantías fundamentales, sobre todo si al hablar de persona, entendemos la expresión referida a los derechos de la personalidad...”³⁰.

²⁹ MOLINARI VALDÉS, cit. (n. 8), p. 184.

³⁰ MOLINARI VALDÉS, cit. (n. 8), p. 207

Nos parece que para llegar a estas conclusiones, igualmente es útil el argumento que señalaba el profesor Alessandri en torno a que: *Como el artículo 2.333 es suficientemente amplio-se refiere a todos los casos de daño contingente sin distinguir- la acción que confiere puede ejercitarse cualquiera sea la naturaleza del daño que se teme*³¹, pero este razonamiento era muy literal y en cierta medida “civilista”, respecto de una materia que requiere de una interpretación multinstitucional.

3) La responsabilidad preventiva y la tutela al daño medio ambiental.

Pues bien, lo que venimos diciendo, reconoce como coronación el hecho de que, con la acción tutelar amplísima que reconoce el artículo 2.333 del Código, puede lograrse una tutela de los derechos de la personalidad, sea cual sea su especie. Lo anterior es entendido por el profesor Molinari señalando lo siguiente a propósito de una ejemplificación de derechos de la personalidad que pueden verse resguardados por la tutela preventiva: “...frente al peligro inminente de que el derecho a la honra fuera a verse afectado, como ocurriría por ejemplo con la publicación de un escrito injurioso, podría, pensamos, solicitarse mediante el 2.333 que se hiciera cesar esa amenaza mediante alguna actividad del juez destinada al efecto de paralizar la publicación...”³². Posteriormente, el autor reconoce lo evidente: así como se puede buscar la tutela del llamado derecho a la honra, puede bien lograrse acciones preventivas a daños contingentes contra la propiedad y, claro, al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Respecto a este punto, no nos detendremos de manera pormenorizada, pues eso implicaría ahondar en materias sumamente complejas, como por ejemplo conceptos de medio ambiente, de daño ambiental y otros que la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente tratan, pero sí mencionaremos, estando de acuerdo con la idea que señala el autor tantas veces mencionado, que la tutela del ambiente por medio de esta acción del 2.333 del Código es indirecta, ya que se logrará evitando que se cause daño a una persona y por una suerte de efecto concadenado (o de repercusión, si se quiere), el ambiente ha de verse cubierto por la salvaguarda.

Ahora bien, ¿Tiene alguna utilidad práctica esta responsabilidad preventiva en los daños de naturaleza medio ambiental? La respuesta nos parece que es un rotundo sí, aunque tratar a fondo un punto como éste podría llevar a dilatar esta breve exposición en demasía. Aún

³¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, cit. (n. 3), p. 219.

³² MOLINARI VALDÉS, cit. (n. 8), p. 207

con lo anterior, cabe señalar que el sistema de responsabilidad que maneja la ley N° 19.300 es un régimen que se basa en la postura clásica del daño causado (y además en un sistema clásico de responsabilidad atribuible con culpa o dolo) y que, por ende, no satisface la naturaleza del daño que regula y por ello que la acción del artículo 2.333 del Código sea una importante arma para lograr la ansiada prevención.

4) Breves palabras sobre la jurisprudencia en la materia.

¿Qué ha dicho nuestra jurisprudencia al respecto? Si no se cita abundante jurisprudencia en este trabajo es porque registro de ella casi no existe, al menos comentada, salvo el muy reciente caso de la sentencia firme recaída en la causa rol número 1.675, del año 2006, tramitada en el Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, donde se acogió la acción preventiva que tratamos en las páginas anteriores^{33y34}

³³ Para el estudio de esta jurisprudencia, revisar a DIEZ SCHWETER, José Luí, *Notas sobre la acción preventiva de daños del artículo 2333 del código civil: a propósito de un fallo reciente*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 73 (2007), pp. 317-321. Además, destacamos de la obra recién mencionada, lo que el profesor Diez señala al culminarla: “Hasta donde conozco, este pronunciamiento constituye una novedad en nuestra experiencia jurisprudencial, corroborando todo el potencial de aplicación concreta que tiene la acción preventiva de daños del artículo 2333 del Código Civil que con tanta originalidad y lucidez estableciera Andrés Bello hace 150 años, y que injustificadamente ha permanecido olvidada en nuestra práctica, más preocupada de la reparación que de la prevención”.

³⁴ También es relevante relacionar este punto con los criterios que sigue nuestra jurisprudencia en materia de recurso de protección relacionado, a su vez, con los eventuales ilícitos. En el particular, traemos a colación la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del año 2007, recaída en la causa rol 327-2007, donde no se dio lugar, finalmente, a las peticiones de la recurrente de protección. El argumento de fondo esgrimido por la Ilustrísima Corte se encuentra en el considerando 7°, que pasamos a transcribir en lo pertinente “*Que en lo que respecta al fondo de la cuestión planteada cabe reflexionar a la luz de lo expuesto en los motivos primero y segundo de este fallo, que esta acción de cautelar de derechos constitucionales constituye un arbitrio destinado a dar protección respecto a una situación fáctica, que se encuentra perfectamente delimitada, probada o evidente, pues la protección no puede transformarse en un procedimiento declarativo de derechos, el que además es extraordinario, breve y concentrado de garantías que se encuentren indubitadas y no discutidas, lo que no ocurre en la especie, puesto que el derecho que se reclama dice relación con un eventual ilícito o investigación administrativa que está siendo conocida, investigada tanto por el órgano persecutor como lo es el Ministerio Público y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles...*”. Lo que se subraya en la anterior sentencia es lo que justifica este pie de página, esto es, la desestimación del mencionado recurso por tratarse de un ilícito que aún no había sido configurado, lo que le restaba el piso fáctico y de certidumbre a la pretensión de la recurrente. Es esto, precisamente este vacío, el que la normativa en comento y tratamiento cubre, esto es, la contingencia de un ilícito causador de daño a un grupo indeterminado. La verdad y no obstante ser arriesgado afirmar lo que se dirá, nos parece que, de la lectura de la sentencia de la Corte de Valparaíso, el recurrente hubiera tenido mejor futuro en su pretensión de haber decantándose por la opción que le otorgaba el artículo 2.333 del Código Civil, ya que los supuestos del mismo se cumplían en el particular.

Es digno de mencionar igualmente (y sin que hayan sido objeto de particular comentario al efecto en alguna revista especializada, hasta donde tenemos conocimiento) que, el año 2005 y 2006, se tienen antecedentes públicos de la interposición de, al menos, dos demandas por la vía jurídica en comento. Una fue la interpuesta en el año 2006 por el abogado Carlos Cantuarias, por los sucesos acaecidos el 18 de Noviembre en Pedro De Valdivia Norte (Santiago), por el derrumbe que ocurrió en el sector conocido como La Pirámide. La demanda se interpuso en contra de la empresa San Cristóbal Express y se solicitó la paralización de las obras, pues las mismas importaban un daño contingente a persona indeterminada.

La otra demanda que se interpuso en esta materia, data del año 2005, donde, en la ciudad de Santiago y ante el Séptimo Juzgado en lo Civil, los abogados Pedro Fonca y Armando Uribe demandaron a las empresas cupríferas Escondida, Doña Inés de Collahuasi, Los Pelambres, Disputada de Las Condes, Candelaria, El Abra, Mantos Blancos, Zaldívar, Cerro Colorado, Quebrada Blanca y El Indio. El argumento de los demandantes se fundaba en que las demandadas habían incurrido en una sobre producción mundial del cobre entre los años 1990 y 2000, lo que aparejó una disminución en los precios lo que, a su vez, había generado un perjuicio a *Chile e indeterminadamente a sus habitantes*³⁵. En definitiva, el tribunal no dio lugar a lo solicitado, argumentando de manera muy confusa en su resolución, que los demandantes carecían de la personería para demandar a favor de todos los habitantes, pero no por la naturaleza de la acción deducida, sino porque el daño alegado, según el tribunal, no era contingente. O sea, rechazó la demanda no por la carencia de requisitos formales -ya analizados en este trabajo-, sino por la falta de aspectos de fondo de la misma institución, demostrando con ello la relevancia de la conjunción de ambos elementos (forma y fondo) al momento de plantear una demanda por daño contingente, y lo cuidadoso que debe ser el litigante a la hora de emplear esta alternativa jurídica.

V) Conclusión:

³⁵ Petitorio de la demanda en comentario. La extensa demanda puede ser encontrada en el sitio virtual citado en la bibliografía.

En fin, no creemos pecar de auto referentes al estimar que la materia que sucintamente hemos tratado, es de extrema relevancia para los días actuales que vive el Derecho. Nos parece que, como lo afirmábamos en la parte preliminar de este trabajo, el Derecho, como una ciencia social, tiene el total y sagrado deber de dar satisfacción a las necesidades que presentan las sociedades y su desarrollo de gran celeridad. El no dar abasto a esa misión, significa claramente una derrota, no de unos pocos, sino de toda una rama del saber.

En estos términos, una responsabilidad basada en un daño causado como un régimen general (tan arraigado en la conciencia jurídica que se le asume como el “general”), implica claramente un anacronismo en esta materia y, por así decirlo, una irresponsabilidad del sistema de responsabilidad.

Creemos que los daños que el hombre hoy es capaz de causarse e introducir al medio, hace absolutamente indispensable e imperioso la necesidad de una técnica jurídica que dé a tamaño problema una solución robusta, que asegure el desenvolvimiento del hombre en la sociedad que conforma.

Así, un sistema de responsabilidad preventiva, basado en un daño contingente legalmente definido y, prescindiendo de elementos subjetivos en la atribución, con el objeto de afrontar los desafíos que nos proponen los nuevos y graves daños complejos (daño ambiental), aparece como una alternativa más que necesaria, casi de urgente aplicación.

Dentro de estos términos, nos parece que el sistema de responsabilidad preventiva basado en daño contingente que emplea el Código, en su artículo 2.333, **no** debe ser empleado para concretar dicha misión, toda vez que no otorga todos los elementos para crear un auténtico régimen de responsabilidad preventiva.

Para ello, proponemos que el artículo citado debe emplearse sólo para cautelar en el intertanto que se legisla sobre un real e institucionalizado régimen de tutela anticipada, que dé solución certera a los problemas y vacíos que el artículo 2.333 del Código no es capaz de solucionar.

Destacamos del dilema anterior, sin duda, el apartado formal, toda vez que el vacío de la norma en ese aspecto es evidentemente dramático, ya que no consagra el debido procedimiento que ha de seguirse para que la acción llegue a lograr lo que se propone (prevenir), pero para que, a la vez, no lesione las instituciones procesales que le dan certeza a la relación de esa índole (debido proceso).

Para concluir, señalamos que el régimen de responsabilidad anticipada debe partir como una institución autónoma, pero subsidiaria del régimen común de responsabilidad por daño causado, para que, con el transcurso del tiempo, vaya arraigándose en la práctica jurídica y

en las sociedades, de manera tal que se configure como un régimen general, uno basado en la prevención.

Bibliografía

- ABELIUK MANASEVICH, René. *Las obligaciones* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), I.

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica, s. d.). I.

- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).

- DIEZ SCHWERTER, José Luís, *El daño extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997).

-DIEZ SCHWERTER, José Luis, *Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del derecho de daños*, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* 71 (2003).

-DIEZ SCHWETER, José Luís, *Notas sobre la acción preventiva de daños del artículo 2333 del código civil: a propósito de un fallo reciente*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 73 (2007).

- LE TOURNEAU, PHILIPPE, *La responsabilidad civil*, (traducción castellana Javier Tamayo Jaramillo, s. l., Editorial Legis, 2004).

- MOLINARI VALDÉS, Aldo, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*, (Santiago, Editorial Lexis Nexis, s. d.).

- PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, (3ª edición, Bogotá, Editorial Temis Librería, 1981).

- PEYRANO, Jorge, *El derecho procesal en el umbral del tercer milenio*, Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes-Argentina del 6 al 8 de agosto de 1997.

- PINO REYES, Octavio y PIZARRO TORREALBA, Eduardo, *Responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2001).

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999).

Además, y sin perjuicio que no se emplearon en la redacción del presente artículo, se recomienda siempre revisar:

-Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

-Diez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

-Diez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual. jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

-Domínguez Águila, Ramón, *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. una visión comparatista*, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 188, 1990.

-Le Tourneau, Philippe, *La responsabilidad civil*, Editorial Legis, Bogotá, 2004.

-Ramos Pazos, René, *DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL*, Fondo de Publicaciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 2003.

-Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Editorial Dyckinson, Madrid, 2001.

Internet.

La demanda a la que se hace alusión en la cita número 34, se encuentra alojada en la siguiente página web, que fue consultada el día 13 de Junio del año 2007:

<http://www.attac.cl/edicion/index.php?option=content&task=view&id=211&Itemid=31>

Su tramitación puede revisarse en la página web del Poder Judicial, www.poderjudicial.cl, por medio del rol 3439/2002.