



CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

# REVISTA DE DERECHO

Junio 2011

Nº 25

# *REVISTA DE DERECHO*

editada por el Consejo de Defensa del Estado

*“Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Consejo de Defensa del Estado”.*

## **Director Responsable**

*Arturo Felipe Onfray Vivanco*

## **Comité Editorial**

*Ana María Hübner Guzmán*

*René Moreno Monroy*

*Arturo Felipe Onfray Vivanco*

## **Propietario**

*Consejo de Defensa del Estado®*

## **Representante Legal**

*Sergio Urrejola Monckeberg*

## **Domicilio**

*Agustinas 1687, Santiago*

Registro de Propiedad Intelectual N° 115.310

ISSN N° 0717-5469

Impreso en Gráfica LOM

Concha y Toro N° 25

Santiago, Chile

# REVISTA DE DERECHO

Junio 2011 N° 25

ÍNDICE ..... 5

PRESENTACIÓN ..... 7

*Comité Editorial*

## A.- DOCTRINA

APROXIMACIÓN A LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA. SU RELACIÓN CON LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA. ¿SE TRATA DE DOS CONCEPTOS DISÍMILES? ..... 11

*Jorge Walter Peyrano*

ASPECTOS DE LA FALTA DE SERVICIO COMO FUENTE DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL ..... 21

*Urbano Marín Vallejo*

PROTECCIÓN AMBIENTAL DE LAS AGUAS EN CHILE: AVANCES HACIA UNA GESTIÓN INTEGRADA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS ..... 35

*María Isabel Mallea Álvarez*

## B.- JURISPRUDENCIA DE INTERÉS

Corte Suprema. Munilla de la Jara, Gregorio, con Fisco de Chile. Recursos de casación, en la forma y en el fondo ..... 65

Corte Suprema. Mundaca Solís, Carlos  
con Fisco de Chile. Recursos de casación  
en el fondo..... 75

Corte Suprema. Consejo de Defensa del Estado con  
Sociedad de Inversiones Piedras Moras S.A.,  
Forestal Candelaria de Río Puelo S.A. y González Asencio,  
Mario. Recursos de casación en el fondo..... 85

### **C.- COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA**

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ESTADO DE CHILE EN  
MATERIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS DERIVADOS  
DE DAÑOS AMBIENTALES EN PREDIOS DE PROPIEDAD  
PRIVADA. EL CASO DEL ALERCE ..... 97  
*Rubén Saavedra Fernández*

### **D.- NECROLOGÍAS**

RECORDANDO A MANUEL GUZMÁN VIAL Y RICARDO  
RIVADENEIRA MONREAL ..... 111  
*Guillermo Piedrabuena Richard*

**E.- RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS**..... 127  
*Arturo Felipe Onfray Vivanco*

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES..... 133

## PRESENTACIÓN

### Comité Editorial

El destacado profesor Dr. Jorge Walter Peyrano, quien es Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, ha tenido la buena disposición de colaborar con este número de la Revista, con un artículo titulado “Aproximación a las máximas de la experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles?”. Su estudio es de gran actualidad, y nos lleva a analizar una materia de la mayor relevancia, por la importancia práctica del tema, en una época en que los medios de apreciación libre de la prueba cada vez adquieren mayor trascendencia. Es precisamente este el soporte y fundamento de innumerables fallos que, en repetidas oportunidades, no nos brindan la oportunidad de impugnarlos, especialmente vía casación, si no es contando con un conocimiento preciso de la forma de apreciación de la prueba ligada a la sana crítica. Por ende, el contenido del artículo resulta de gran utilidad e interés.

El ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia y actual abogado asesor del Comité Contencioso Administrativo, Urbano Marín Vallejo, presenta un valioso trabajo titulado “Aspectos de la falta de servicio como fuente de la responsabilidad estatal”. En él se remonta a octubre de 1945, recordando la ponencia de Patricio Aylwin Azócar en la Conferencia Interamericana de Abogados de Santiago, para luego hacer un recorrido por la historia de la incorporación de la falta de servicio a la legislación nacional, citando varios e interesantes fallos. A continuación, precisa que no se trata de una responsabilidad objetiva y analiza su ámbito de aplicación, el que no excluye otras vertientes de responsabilidad estatal. Distingue, entonces, entre falta de servicio y falta personal y alerta sobre la carencia de políticas definidas en el tema de repetición en contra del funcionario. En suma,

se trata de un importante artículo que nos ilustra acerca de algunos interesantes tópicos de esta área del derecho, la que ha ido adquiriendo cada vez mayor relevancia dado el desarrollo de la responsabilidad estatal, y cuyo adecuado estudio se ha visto dificultado, entre otras razones, por la contradicción de los fallos de los tribunales superiores.

María Isabel Mallea Álvarez, abogada de la Unidad de Medio Ambiente del Consejo de Defensa del Estado, aporta el estudio titulado “Protección ambiental de las aguas en Chile: Avances hacia una gestión integrada de los recursos hídricos”, en el cual aborda, en primer lugar, la relevancia del agua como sustento y desarrollo de la vida, los avances a nivel internacional para lograr una gestión integrada de cuencas y las experiencias en España y México. En segundo lugar, analiza el marco normativo de las aguas en Chile, integrando las reformas al Código del ramo y otras normativas que se refieren a este recurso, las que tienden a su protección ambiental y, con ello, de los restantes componentes de un ecosistema. Destaca la autora la necesidad de desarrollar un enfoque integrado de gestión de cuencas para mejorar el manejo de los recursos hídricos y proporcionar servicios ambientales con más eficiencia.

A continuación de la sección doctrina, se adjuntan tres fallos del máximo tribunal en la sección jurisprudencia de interés, los cuales dicen relación con la imposibilidad de alterar los hechos del proceso dada la ausencia de infracción a las leyes reguladoras de la prueba; con la ausencia de responsabilidad extracontractual del Estado por el no nombramiento de una Comisión Médica Especial, considerando para ello que no existe una obligación legal que así lo exija; y con la legitimación activa del Estado para reclamar una indemnización de perjuicios por una tala de especies naturales protegidas, como son los alerces. En relación con este último caso el abogado de la Unidad de Medio Ambiente del Consejo de Defensa del Estado, Rubén Saavedra Fernández, presenta un valioso comentario titulado “La legitimación activa del Estado de Chile en materia de indemnización de perjuicios derivados de daños ambientales en predios de propiedad privada, el caso del alerce”.

El ex Presidente del Consejo de Defensa del Estado, Guillermo Piedrabuena Richard, en la sección de notas necrológicas, realiza un sentido homenaje en el cual recuerda a los recientemente fallecidos ex consejeros Manuel Guzmán Vial y Ricardo Rivadeneira Monreal,

los cuales dejaron un recuerdo imborrable en el foro por sus cualidades personales y profesionales.

Concluye la presente revista con una recensión bibliográfica en la cual se revisa y comenta, precisamente, un libro de Guillermo Piedrabuena Richard, titulado “Memorias del Primer Fiscal Nacional”, el cual constituye, indudablemente, un testimonio privilegiado del establecimiento del Ministerio Público.



**APROXIMACIÓN A LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA. SU RELACIÓN CON LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA. ¿SE TRATA DE DOS CONCEPTOS DISÍMILES?**

**Jorge Walter Peyrano<sup>1</sup>**

*“Nos merecemos todo lo que podemos soportar”  
Elfriede Jelinek*

**RESUMEN:** *El autor analiza las “máximas de la experiencia” y las “reglas de la sana crítica”, las cuales, según indica, poseen los mismos componentes y deben, por lo tanto, ser considerados términos sinónimos.*

**DESCRIPTORES:** *Conflictos de pruebas - Hecho notorio - Libre apreciación de la prueba - Máximas de la experiencia - Sana crítica - Valoración de la prueba*

**SUMARIO DE CONTENIDOS:** *I.- Introducción. II.-La falsa dicotomía entre regla de la sana crítica y máximas de la experiencia. III.- Conclusiones.*

**ABSTRACT:** *The author discusses the concepts “máximas de la experiencia” and “reglas de la sana crítica”, which, according to him, have the same elements and should, therefore, be considered as synonymous terms.*

---

<sup>1</sup> JORGE WALTER PEYRANO. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Profesor titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y de la Facultad Católica de Derecho de Rosario.

**KEY WORDS:** *Appreciation of evidence - Conflict of evidence - Free appraisal of the evidence - Healthy criticism - Maxims of the experience - Notorious fact*

**TABLE OF CONTENTS:** *I.-Introduction. II.- The false dichotomy between rule of healthy criticism and maxims of the experience. III. Conclusions.*

## I.- INTRODUCCIÓN

El epígrafe elegido –salido de la original pluma de Elfriede Jelinek, la escritora austríaca que ganara el premio Nobel de literatura– grafica nuestro convencimiento acerca de que en algunas áreas de la procesalística nacional seguimos soportando un estado de cosas que nos tornan acreedores (también a nosotros) del calificativo de superficiales, repetitivos y poco afectos a hundir el estilete intelectual en temas a los que por comodidad se dan por archivados y superados cuando, en realidad, muy lejos se está de su adecuado y efectivo encuadramiento.

Entre tales temas se cuenta el de las reglas de la sana crítica, asunto que también ha merecido otras denominaciones<sup>2</sup>. Recordamos que la conocida fórmula es de antigua prosapia<sup>3</sup>; debiendo ponerse de resalto que más luego pasó a constituir regla general para la apreciación de las pruebas<sup>4</sup>. Con ella se procuró identificar un sistema de valoración judicial de pruebas, intermedio<sup>5</sup> entre el método de prueba legalmente tasada<sup>6</sup> o de valoración apriorística<sup>7</sup> y el de íntima convicción o de apreciación en conciencia<sup>8</sup>; aunque varias voces solo

<sup>2</sup> Vide de KIELMANOVICH, Jorge, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado”, Bs As 2003, Editorial LEXISNEXIS Abeledo Perrot, página 646 al pie. Así, se han propuesto: “reglas del sentido común”, “reglas del buen sentido”, “reglas de la sana razón”, etc.

<sup>3</sup> PEYRANO, Jorge W., “El proceso civil. Principios y fundamentos”, Bs. As. 1978, Editorial Astrea, página 113: “El origen de la locución “reglas de la sana crítica”, cuya fecundidad es innegable, fue jurídicamente humilde. Su partida de nacimiento son los arts. 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real de España, ordenamiento administrativo que data de comienzos del siglo XIX que regimentaba la valoración de la prueba testimonial”.

<sup>4</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Teoría general de la prueba judicial”. Buenos Aires 1970, Editorial Victor de Zavalía, tomo 1, página 105.

<sup>5</sup> KIELMANOVICH, ob.cit. página 642.

<sup>6</sup> ARAZI, Roland, “Derecho procesal civil y comercial”, Santa Fe 1999, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 1, página 353.

<sup>7</sup> BORTHWICK Adolfo, “Nociones fundamentales del proceso”, Avellaneda 2001, Editorial Mario A.Viera, página 297.

<sup>8</sup> PEYRANO, ob. cit. página 111.

reconocen dos formas de ponderación judicial de los elementos de convicción<sup>9</sup>.

Cabe acotar que las reglas de la sana crítica no solo se invocan para valorar las resultas de los distintos medios de prueba, sino también por ser el eje, explicación y justificación de plurales novedades doctrinarias y jurisprudenciales que presenta el derecho probatorio actual<sup>10</sup>. Así, vg.r., sirven para legitimar la “*prueba difícil*” (que es aquella que versa sobre una cuestión cuya prueba, objetivamente, escapa a lo normal y corriente, lo que convalida que se aligere el rigor probatorio)<sup>11</sup>. Ya hemos tenido ocasión de señalar: “*Para tranquilidad de tribunales y jueces encontramos que la aplicación de la teoría de la “prueba difícil” tiene apoyo –hasta si se quiere legal– en las reglas de la sana crítica, fórmula de origen humilde pero de aplicación constante. Es que tal fórmula permite –y como se verá, hasta obliga– apreciar el material probatorio de manera más o menos rigurosa según fueren las circunstancias del caso*”<sup>12</sup>. Lo mismo puede predicarse de las llamadas “*pruebas leviores*” que son aquellas que sin recaer sobre una cuestión de prueba objetivamente difícil, su demostración se ha tornado azarosa en razón de circunstancias particulares del caso<sup>13</sup>. Y qué decir de las cargas probatorias dinámicas, que también en mérito de singularidades de la causa desplazan el “*onus probandi*” desde quien primigeniamente aparecía como soportando dicho esfuerzo hacia la parte contraria. Tan importante instituto, también encuentra legitimación en las reglas de la sana crítica<sup>14</sup>. Igual sucede con la llamada “*carga de explicitación*”<sup>15</sup>. Asimismo el deno-

<sup>9</sup> BORTHWICK. ob. cit. página 298.

<sup>10</sup> PEYRANO, Jorge W. “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI” en “Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales”, Rosario 2002, Editorial Juris, tomo 1, página 96: “Pero también –continuando en materia probatoria– deberán aplicar adecuadamente las reglas de la sana crítica y así no valorar los elementos de convicción producidos de igual modo y con el mismo rasero: lo diferente, se debe valorar distinto. Dicha “aplicación adecuada” es la que legitima, por ejemplo, las siguientes figuras pretorianas, pruebas leviores, prueba difícil y cargas probatorias dinámicas”.

<sup>11</sup> PEYRANO, Jorge W., “La prueba difícil”, en Revista del Instituto colombiano de Derecho Procesal n° 30 página 63.

<sup>12</sup> *Ibidem*, página 62.

<sup>13</sup> PEYRANO, Jorge W., “Aproximación a la teoría de las pruebas leviores” en “Estrategia procesal civil”, Santa Fe 1982, Editorial Rubinzal Culzoni, página 93 y siguientes.

<sup>14</sup> PEYRANO, Jorge W. “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” en “Cargas probatorias dinámicas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2004, Editorial Rubinzal Culzoni, página 23.

<sup>15</sup> PEYRANO, Jorge W., “Anotaciones sobre la carga procesal de explicitación” en “Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales”, tomo 1, página 609.

minado “*indicio vehemente*”<sup>16</sup> –que es aquél que forma presunción judicial a partir de un solitario indicio– reclama especial injerencia en las reglas de la sana crítica. Advierte el lector que en todos los supuestos reseñados, las reglas de la sana crítica que se ha aplicado es la siguiente: lo diferente en materia probatoria, debe mensurarse de manera distinta; apartándose de lo que es normal y corriente.

Creemos que con lo expresado se ha puesto de manifiesto, suficientemente, la trascendencia y variopinta funcionalidad de las reglas de la sana crítica. Ahora bien: nos hemos pronunciado respecto de su importancia y operatividad, pero no nos hemos exployado respecto de su contenido. La respuesta a dicho interrogante es casi escolar por lo difundida y machaconamente repetida: “*Las “reglas de la sana crítica” son pautas valorativas de la prueba contingentes y variables según el tiempo y lugar de que se tratare, conformadas por una mixtura entre la experiencia y los principios lógicos del buen pensar*”<sup>17</sup>. Algunos autores suman a la referida “afortunada” combinación de Lógica y experiencia, otros ingredientes<sup>18</sup>. En realidad, coincidimos con Falcón cuando apunta: “*siempre se habla de las reglas de la sana crítica y no sólo de la sana crítica a secas. Estas reglas se pueden extraer del Derecho, de las ciencias (formales y materiales, y aun sociales) y del campo de la experiencia. Funcionan de manera diversa o coordinadas según el conjunto de hechos a probar. Como la Lógica es una de las ciencias, no cabe distinguir la misma de manera separada*”<sup>19</sup>.

Pero volvamos al examen del contenido tradicionalmente asignado a las reglas de la sana crítica; vale decir, Lógica más experiencia. Por de pronto con ello no se avanza respecto a cuál tipo de Lógica se está aludiendo. Es que existen muchas “*Lógicas*” distintas aplicables en materia jurídica. Traemos a cuento por ejemplo a la Lógica de la argumentación jurídica<sup>20</sup>, también denominada “*Nueva Retórica*”<sup>21</sup>, a

<sup>16</sup> PEYRANO, Jorge W. “El indicio vehemente” en “Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales”, tomo 1, página 477.

<sup>17</sup> PEYRANO, Jorge W. “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”, Rosario 1997, Editorial Zeus, página 137.

<sup>18</sup> DEVIS ECHANDIA, ob. cit. página 105: agrega las reglas de la psicología judicial y de la equidad.

<sup>19</sup> FALCÓN, Enrique, “Derecho procesal”, Santa Fe 2003, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 1, página 597.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Aplicación judicial del Derecho y Lógica de la argumentación jurídica”, Madrid 1988, Editorial Civitas, passim.

<sup>21</sup> PERELMAN, Ch., “La Lógica Jurídica y la nueva retórica”, traducción de Luis Diez Picazo, Madrid 1977, Editorial Civitas, passim.

la Semiótica jurídica o análisis lógico del lenguaje jurídico<sup>22</sup> y, también, a la Lógica formal aristotélica<sup>23</sup> que edifica los principios generales del buen pensar a partir de cuatro principios. Faltaríamos a la verdad si no dijéramos que resulta bastante evidente que cuando la doctrina autoral menciona las reglas de la Lógica como parte integrante de la “sana crítica” se está refiriendo a la Lógica formal<sup>24</sup>. Despejado el punto, pues.

De ordinario, se dice que *“Los principios de la lógica tienen que ser complementados con las llamadas “máximas de experiencia”, es decir, con el conocimiento de la vida y de las cosas que posee el juez”*<sup>25</sup>. Le adelantamos al lector que consideramos a las máximas de experiencia no como un componente de las reglas de la sana crítica sino como un concepto sinónimo de ellas. De ellas, comenzó a hablarse en estudios de Stein y de Wach<sup>26</sup>, a fines del siglo XIX. Por lo común, se las describe del siguiente modo: *“reglas para orientar el criterio del juzgador directamente (cuando son de conocimiento general y no requieren, por lo tanto, que se les explique, ni que se dictamine si tiene aplicación al caso concreto) o indirectamente a través de las explicaciones que le den los expertos o peritos que concepitúan sobre los hechos del proceso (cuando se requieren conocimientos especiales): Debe tenerse en cuenta que la discusión radica sobre las segundas, ya que la doctrina acepta unánimemente que las de público conocimiento no son materia de prueba y las utiliza el juez como razones para la valoración del material de hecho del proceso, esto es, de las pruebas aportadas. No vemos diferencia real en los dos casos, en cuanto a la manera como operan esas máximas en la tarea judicial. Es decir, esas reglas o máximas le sirven al juez para rechazar las afirmaciones del testigo, o la confesión de la parte, o lo relatado en un documento, o las conclusiones que se pretende obtener de los indicios, cuando advierte que la contradicción con ellas, ya porque las conozca y sean comunes o porque se las suministre el peri-*

<sup>22</sup> PEYRANO, Jorge W., “Acerca de la Lógica de la argumentación jurídica”, en “Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales”, Rosario 2003, Editorial Juris, tomo 2, página 49.

<sup>23</sup> *Ibidem*, página 49.

<sup>24</sup> ARAZI, *ob. cit.*, página 355.

<sup>25</sup> *Ibidem*, página 355.

<sup>26</sup> CARNELLI, Lorenzo, “Las máximas de experiencia en el proceso de orden dispositivo”, en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina, Bs.As.1946, Ediar, página 126 al pie.

to técnico”<sup>27</sup>. Dichas máximas de experiencia –según opinión mayoritaria<sup>28</sup>, pero no unánime– no son objeto de prueba. Ellas, entonces, no deben ser acreditadas y determinan que quien en su versión indica un hecho incompatible con lo que la máxima de experiencia indica en el caso como normal, debe probarlo<sup>29</sup>.

Corresponde puntualizar que las verdaderas máximas de experiencia son formulaciones de contenido general e independiente de los casos concretos<sup>30</sup> en los cuales se aplican, tienen un valor autónomo y son invocables para la solución de otros casos. Bien ha dicho Carnelli en relación de las susodichas máximas, lo siguiente: “*Las máximas de experiencia no son, en principio, objeto de prueba, desde que tampoco son objeto determinativo de la demanda. Prestan su concurso a los silogismos que el juez desarrolla en su actuación. En su naturaleza, por tanto, son una generalización lógica fundada en la observación de los hechos que, por la regularidad o normalidad con que se producen, obligan a creer en la existencia de un juicio lógico, una regla empírica, una relación causal. El juez puede adoptar, entonces, las máximas que juzgue oportunas, sin necesidad de prueba, mediante su ciencia privada, transportándolas directamente de la vida práctica y en mérito sólo del normal andamiaje de los hechos a cuya categoría pertenece también el hecho que se discute*”<sup>31</sup>.

En otro orden de cosas, debe subrayarse que la correcta aplicación de las máximas de experiencia no es un tema baladí, puesto que su errónea aplicación puede dar lugar a que prosperen formas casatorias<sup>32</sup>.

## II- LA FALSA DICOTOMÍA ENTRE REGLA DE LA SANA CRÍTICA Y MÁXIMAS DE EXPERIENCIA

Que ya con todo el bagaje precedentemente desarrollado, estamos en condiciones de comenzar a delinear nuestra tesis.

<sup>27</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Compendio de la Prueba Judicial”, Santa Fe 1984, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 1, página 98.

<sup>28</sup> GOZAÍN, Osvaldo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado” Bs As.2003, Editorial La Ley, tomo 1, página 335.

<sup>29</sup> COLOMBO, Carlos, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, 4ta edición, Bs.As.1975, Editorial Abeledo Perrot, tomo 1, página 616.

<sup>30</sup> GOZAÍN, ob. cit. página 335.

<sup>31</sup> CARNELLI, ob. cit. página 148.

<sup>32</sup> MORELLO, Augusto, “El control de razonamiento judicial en el recurso de casación”, en Jurisprudencia Argentina 1991-II página 925 y siguientes.

La doctrina especializada en la materia, reconoce que las máximas de experiencia presuponen ingredientes empíricos y también otros provenientes de la Lógica formal<sup>33</sup>. Así las cosas, ¿nota el lector alguna diferencia de contenidos entre las máximas de experiencia y las reglas de la sana crítica? La respuesta debe ser contundente: no. Por ello pensamos que estamos hablando de la misma cosa, aunque distinguidas voces doctrinarias no parecen sustentar igual opinión<sup>34</sup>. Es decir “*reglas de la sana crítica*” y “*máximas de experiencia*” son el mismo producto. La primera formulación, como ya hemos visto, proviene de la doctrina española y es de frecuente uso en los cuerpos legales. La segunda, en cambio, reconoce fuentes germanas y no cuenta con numerosas alusiones legislativas. Pero algo más diferencia (aunque sea lo mismo, en esencia) a los referidos institutos jurídicos: las máximas de experiencia han sido identificadas jurisprudencialmente en mayor número que las reglas de la sana crítica que permanecen en una mayor penumbra. De todos modos, sea a título de “*máximas de experiencia*” o de “*reglas de la sana crítica*”, lo cierto es que constituye una tarea pendiente y premiosa identificar dentro del océano de precedentes judiciales cuáles máximas de experiencia (o reglas de la sana crítica, da lo mismo) son las aceptadas. Acierta Arazi cuando recuerda que “*a pesar de su uso, ninguna ley indica cuáles son las reglas de la sana crítica*”<sup>35</sup>.

Para verificar nuestra tesis puede el lector consultar dos autores emblemáticos en la materia como son Couture<sup>36</sup> y Stein<sup>37</sup>, quienes señalan iguales contenidos para las “*reglas de la sana crítica*” y para las “*máximas de la experiencia*”.

En suma: “*reglas de la sana crítica*” y “*máximas de experiencia*” son dos modos distintos de referirse a lo mismo. El cometido pendiente, insistimos, es entresacar del cúmulo de precedentes judiciales cuáles concretas reglas de la sana crítica (o de máximas de experiencia, si se prefiere esta formulación) han alcanzado el rango de fórmulas recibidas y aceptadas; debiendo recordarse que del “*desmoronamiento de máximas de experiencia está hecho el progreso cien-*

---

<sup>33</sup> CARNELLI, ob. cit., página 126.

<sup>34</sup> KIELMANOVICH, ob. cit., página 644.

<sup>35</sup> ARAZI, ob. cit., página 354.

<sup>36</sup> COUTURE, Eduardo, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Bs.As. 1974, Editorial Depalma, página 272.

<sup>37</sup> CARNELLI, ob. cit., página 26.

*tífico y técnico*<sup>38</sup>, por lo que la prohibición “*a priori*” de probar en contrario carecería de toda justificación científica<sup>39</sup>.

Asimismo, resulta necesario traer a cuento que la funcionalidad más trascendente de las reglas de la sana crítica (o de las máximas de experiencia, según se prefiera), se alcanza en el área de la interpretación y valoración de la prueba judicialmente producida<sup>40</sup>; llegando a su ápice cuando media un conflicto de pruebas que reclama una apreciación conjunta de la prueba<sup>41</sup>.

Igualmente, debe recordarse que cuando se trata de “máximas de experiencia” (o de reglas de la sana crítica) “*no rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio*”<sup>42</sup>; vale decir que su aplicación puede ser oficiosa.

A continuación, aportaremos algunos ejemplos de “máximas de experiencia” (o de reglas de la sana crítica, según se prefiera): a) es inusual y va contra el orden normal de las cosas que se adquiera un automotor, se abone totalmente su precio y se deje su tenencia y uso en manos del vendedor<sup>43</sup>; b) es inusual y va contra el orden normal de las cosas que quien alega que una operación de compraventa no se ha perfeccionado por no haberse cumplido una condición suspensiva, no reclame la devolución de una importante suma de dinero entregada al vendedor con anterioridad a la frustración de la operación<sup>44</sup>; c) resulta sugestivo que frente a graves acusaciones de haber cometido un ilícito penal que se deslizan en el escrito de demanda, el demandado se circunscriba a concretar una defensa técnica y aséptica<sup>45</sup>.

Los ejemplos proporcionados demuestran que para acuñar una máxima de experiencia (o reglas de la sana crítica, insistimos) es menester una cierta dosis de esfuerzo discursivo<sup>46</sup>. Ello las diferencia,

<sup>38</sup> COUTURE, ob. cit., página 230.

<sup>39</sup> *Ibidem*, página 230.

<sup>40</sup> CARNELLI, ob. cit., página 128.

<sup>41</sup> PEYRANO, Jorge W., “Apreciación conjunta en la prueba en materia civil y comercial” en “El proceso atípico.” Bs. As. 1993, Editorial Universidad, página 131 y siguientes.

<sup>42</sup> COUTURE, ob. cit., página 230.

<sup>43</sup> PEYRANO, Jorge W., “Anotaciones sobre la carga procesal de explicitación”, página 610.

<sup>44</sup> *Ibidem*, página 611.

<sup>45</sup> *Ibidem*, página 609.

<sup>46</sup> Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, por Guillermo Cabanellas, Bs.As. 1997, Editorial Heliasta, tomo V página 353: “Máximas de experiencias. Conjunto de juicios formulados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio (...)”.

nítidamente, del hecho notorio o evidente cual sería la hipótesis del supuesto consistente en que, por ahora, no es posible que una persona pueda trasladarse desde Europa a América en dos horas, ejemplo que suele darse como muestra de “*máxima de experiencia*”<sup>47</sup> y que pensamos que se trata de un ejemplo de hecho notorio ya que su diseño casi no reclama esfuerzo discursivo. De todos modos, reconocemos que las fronteras entre “el hecho notorio” y algunas “*máximas de experiencia*” son imprecisas y propensas a generar equívocos e incertidumbres.

### III- CONCLUSIONES

1. Las “*máximas de experiencia*” y las “*reglas de la sana crítica*” poseen los mismos componentes y deben ser considerados términos sinónimos.

2. Ambos conceptos encuentran su más fructífera aplicación en el área de la interpretación y valoración de la prueba judicial, especialmente cuando media conflictos de pruebas.

3. Su invocación puede ser oficiosa y su aplicación no presupone prueba; aunque debe admitirse la prueba en contrario de sus conclusiones.

4.- Su formulación se concreta, frecuentemente, a partir de lo que ocurre general y normalmente; diferenciándose de la génesis del hecho notorio porque la formulación de la “*máxima de experiencia*” (o de las reglas de la sana crítica) reclama un mayor esfuerzo discursivo.

---

<sup>47</sup> ARAZI, ob. cit., página 330.



## ASPECTOS DE LA FALTA DE SERVICIO COMO FUENTE DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

Urbano Marín Vallejo<sup>1</sup>

**RESUMEN:** *El autor analiza los principales aspectos asociados a la responsabilidad extracontractual del Estado, en particular los vinculados a la incorporación y desarrollo del concepto de falta de servicio en el Derecho Administrativo chileno, principal sistema de responsabilidad en la materia, sin perjuicio de otros que se consideran en el artículo, el cual revisa, además, problemas prácticos de relevancia como la distinción entre la falta personal y la falta de servicio y la frecuente no repetición en contra del funcionario público.*

**DESCRIPTORES:** *Falta de servicio - Falta personal - Repetición - Responsabilidad - Responsabilidad extracontractual del Estado - Responsabilidad objetiva*

**SUMARIO DE CONTENIDOS:** *I.- Normas específicas anteriores a la Constitución Política de 1980. II.- Incorporación de la noción de falta de servicio. III.- La responsabilidad estatal es materia de ley. IV.- La responsabilidad causada por falta de servicio no es responsabilidad objetiva. V.- Ámbito de aplicación de la falta de servicio. VI.- Otras vertientes de responsabilidad estatal. VII.- Falta de servicio y falta personal. VIII.- Dificultades crónicas en la materia.*

**ABSTRACT:** *The author reviews the main aspects associated with non-contractual liability of the State, basically as regards the inclusion and development of the concept of lack of service in the Chi-*

---

<sup>1</sup> URBANO MARÍN VALLEJO. Abogado asesor del Consejo de Defensa del Estado y ex Presidente de la Excelentísima Corte Suprema.

*lean administrative law, main system of liability in this field, without prejudice to others that are considered in the article. The study analyzes, moreover, practical problems as the distinction between personal fault and lack of service and the possibility of addressing against the civil servant in order to recover the compensation paid by the State.*

**KEY WORDS:** *Lack of service - Non-contractual liability of the State - Objective responsibility - Personal fault - Repetition against public servants - Torts*

**TABLE OF CONTENTS:** *I.- Rules prior to the Constitution of 1980. II. Incorporation of the notion of lack of service. III. State liability is a matter of law. IV.- The responsibility caused by lack of service is not an objective responsibility. V.- Scope of application of the lack of service. VI. Other aspects of State liability. VII.- Lack of service and personal fault. VIII.- Chronic difficulties in this area.*

Con mucha razón, Luis Cordero Vega apunta que “*la responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado en el derecho nacional ha estado sujeta a un conjunto de vaivenes difíciles de catalogar y muchas veces de comprender (...)*”<sup>2</sup>.

Como punto de partida de un somero examen de la materia, es útil la ponencia de Patricio Aylwin Azócar en la IV Conferencia Interamericana de Abogados de Santiago de Chile en octubre de 1945<sup>3</sup>. En ella planteó la teoría de la falta de servicio, nacida del Consejo de Estado y de la doctrina francesa, como manera idónea de superar las incongruencias que presentaba la aplicación forzada de los textos y concepciones de la ley civil en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

<sup>2</sup> CORDERO VEGA, Luis, “Bases de Comprensión para la Jurisprudencia Judicial de Responsabilidad Extrajudicial de la Administración”. En: Revista de Derecho Público, Volumen 66, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2004, pp. 371 y siguientes.

<sup>3</sup> AYLWIN AZÓCAR, Patricio, “La Responsabilidad del Estado”. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLIII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1946, pp. 7 y siguientes.

## **I.- NORMAS ESPECÍFICAS ANTERIORES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980**

En esa época, no existía en la Constitución Política de 1925 una norma general sobre responsabilidad por las actuaciones de la Administración estatal, pero otras disposiciones la recogían, v. gr., el inciso segundo del artículo 67 de la Ley N° 10.336 facultaba al Contralor General para ordenar el descuento en las remuneraciones del empleado autor del acto ejecutado en desempeño de sus funciones por el que el Estado fuera condenado a indemnizar perjuicios, a fin de reembolsarle el monto de la reparación. El inciso segundo del artículo 121 del Decreto con Fuerza de Ley N° 256, de 1953, obligaba al funcionario público a integrar en arcas fiscales la cantidad por la cual el Estado fuese responsable ante terceros como consecuencia de una infracción a sus deberes.

También se refirieron a responsabilidades estatales específicas el artículo 133 del Decreto con Fuerza de Ley N° 213, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas, que obligaba al Fisco a responder de toda pérdida o daño que sufriera la mercadería recibida en depósito por la Aduana. Conforme el artículo 69 de la Ley General de Ferrocarriles, en su texto fijado por el Decreto Supremo N° 1.157, de 1931, la responsabilidad de las empresas ferroviarias por los daños y perjuicios derivados de actos u omisiones relacionados con el servicio y que fueran causados por administradores o demás empleados, en los términos de los artículos 2314 y 2320 del Código Civil, pesaría sobre el Estado si la explotación del ferrocarril se hiciera por él o por su cuenta.

La referencia a las citadas normas del Código Civil no fue accidental, porque, en ausencia de reglas generales de Derecho Público en la materia, no quedaba otro camino que encuadrar la responsabilidad estatal en las prescripciones del derecho común relativas a la que tienen los empleadores por hechos de sus dependientes.

Así lo hicieron diversos fallos, sobre la base de la distinción clásica entre actos de autoridad y actos de gestión del Estado, condenando a éste como empleador por actuaciones de sus funcionarios (Rettig con Fisco (1941); Alegría con Municipalidad de Conchalí (1947); Piña con Fisco (1953) y Becker con Fisco (1965). Otras sentencias negaron esa calidad del Estado: Mario Granja con Fisco (1939), o habían recurrido a la ruptura del principio de igualdad ante

las cargas públicas o la inviolabilidad de la propiedad: Ábalos con Fisco (1889) y Lapostol con Fisco (1930).

## II.- INCORPORACIÓN DE LA NOCIÓN DE FALTA DE SERVICIO

Pese a su antigüedad como aporte del Derecho Francés, solamente se incorporó al régimen chileno merced al Decreto Ley N° 1.289, de 1976, ex Ley Orgánica de Municipalidades. Su artículo 62 prescribió que la responsabilidad extracontractual de los Municipios procedería *“principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales, cuando éstos no funcionen debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente”*. Esta regla se reiteró en la nueva Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, de 1989, mediante la norma de su artículo 83 (actual artículo 142), que eliminó de su texto la descripción de falta de servicio municipal.

## III.- LA RESPONSABILIDAD ESTATAL ES MATERIA DE LEY

Si bien el constituyente chileno ha recogido la responsabilidad de autoridades y funcionarios públicos, elemento esencial del sistema republicano, no definió qué tipo de responsabilidad irrogaban al Estado las actuaciones de sus agentes, sino que cometió esta tarea al legislador.

Así, la Carta Política de 1980, al formular el principio de legalidad como base de la acción de los órganos del Estado en sus artículos 6° y 7°, estableció en los incisos finales de ambos preceptos que su infracción generaría las responsabilidades y sanciones que *“determine la ley”* y que *“señale la ley”*, respectivamente.

Además, en el inciso segundo de su artículo 38 prescribió que *“cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contenciosos administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiese afectar al funcionario que hubiere causado el daño”*. La reforma aprobada por la Ley N°18.825, de 1989, reemplazó la mención de *“los tribunales contenciosos administrativos”* por la actual referencia *“a los tribunales que determine la ley”*.

En una primera época de vigencia de la Constitución Política de 1980, hubo diversos fallos de la Corte Suprema, que siguieron aplicando las normas de los artículos 2320 y 2322 del Código Civil sobre responsabilidad por hecho ajeno, para condenar al Estado como empleador de sus funcionarios, pero solo por actos de gestión: Bravo con Servicio de Salud Metropolitano Central (1984), Villar Pavez con el mismo Servicio (1989) y Meza Rivera con Servicio de Salud Metropolitano Occidente (1992). Otras sentencias declararon que la responsabilidad estatal es constitucional, objetiva e imprescriptible: Galletué con Fisco (1984), Hexagón con Fisco (1987) y Quintana Olivares con Servicio Agrícola y Ganadero (2001).

A pesar de que ella pugna con el sentido y el tenor del artículo 38 de la ley fundamental, se dictaron varias sentencias que dieron acogida a la tesis propugnada por algunos autores sobre la índole objetiva de la responsabilidad estatal sancionada en el artículo 38 de la Ley Fundamental: Hugo Caldera<sup>4</sup>, Enrique Silva Cimma<sup>5</sup> y Eduardo Soto<sup>6</sup>. Como lo anota Álvaro Quintanilla: *“Para ciertos juristas sigue hoy viva la idea de Tomás Hobbes de que el Estado es un Leviatán, colosal monstruo bíblico que rompe y arrasa con todo (...) Para quienes profesan esa ideología, la norma del Art. 38 inciso 2º resulta un instrumento maravilloso. Ha permitido fundar una doctrina de la responsabilidad pública que realiza su aspiración máxima: una responsabilidad especial del Estado, sustraída de la incomodidades del derecho común, liberada de las exigencias de la ilicitud y de culpa, no sujeta a prescripción extintiva y por tanto perpetua”*<sup>7</sup>.

Ha tocado a la ley precisar tanto la naturaleza de la responsabilidad estatal, cuanto los tribunales llamados a conocer las reclamaciones de las personas dañadas por la actuación del Estado y sus agentes, los que, en defecto de tribunales contenciosos administrativos especiales, no son otros que los que forman la Justicia ordinaria.

<sup>4</sup> CALDERA DELGADO, Hugo, Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980, Santiago, Editorial Jurídica, 1982 pp. 44 y 45.

<sup>5</sup> SILVA CIMMA, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público, Santiago, Editorial Jurídica, 2004; p. 217.

<sup>6</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, “Responsabilidad Administrativa Municipal”. En: Revista de derecho y Jurisprudencia; Tomo LXXVIII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, p. 39.

<sup>7</sup> QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro, “Responsabilidad del Estado por actos lícitos”. En: Revista de Derecho, Año 1 N° 1, Santiago, Consejo de Defensa del Estado, 2000, p. 65.

#### IV.- LA RESPONSABILIDAD CAUSADA POR FALTA DE SERVICIO NO ES RESPONSABILIDAD OBJETIVA

En cuanto al primer aspecto, como es sabido, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto fijó el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, de 2000, manifestó en el artículo 42 (ex artículo 44) de su Título II, que “*los órganos de la Administración serán responsables del daño que causaren por falta de servicio*” y que, “*No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal*”.

Esta declaración impide sostener valederamente que la responsabilidad causada por la actividad de la Administración del Estado sea de carácter objetivo. Así se confirmó en el procedimiento de aprobación de la denominada Ley de Probidad Administrativa, en el que el Ejecutivo, a solicitud del Consejo de Defensa del Estado, vetó la disposición que modificaba la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, enmendando su artículo 4° y eliminando el entonces artículo 44, ya que el nuevo precepto, por su analogía con el artículo 38 de la Carta Constitucional, podría conducir a que se estimara que esta norma define como objetiva la responsabilidad estatal y que no es solo una regla de competencia.

La responsabilidad derivada de una falta de servicio, aunque sea directa y ocasionada por actos ejecutados con culpa colectiva e incluso anónima, de esa Administración, no tiene esa naturaleza objetiva. La falta en el servicio, esto es, la ausencia de éste o su funcionamiento deficiente o tardío, debe probarse en juicio, pues contraría la operación regular y continua de los servicios para cumplir su cometido de satisfacer de modo permanente necesidades colectivas. Naturalmente, debe demostrarse la relación de causalidad entre la actuación incorrecta y el perjuicio cuya indemnización se pretende (Ajax con Municipalidad de Talcahuano (1999), Mesías Villalón con Servicio de Salud San Felipe (1999, Figueroa Gallardo con Fisco (2002); Godoy Villouta con Municipalidad de San Ramón (2008) y Godoy Díaz con Fisco (2010)).

Tampoco hay contradicción alguna entre las citadas reglas de las Leyes N°18.575 y 18.695 y el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política, ni ellas son inconstitucionales. (Entre otros, Gustavo Fiamma estima, por el contrario, que son incompatibles<sup>8</sup>).

---

<sup>8</sup> FIAMMA OLIVARES, Gustavo, “La acción constitucional de responsabilidad y

Lo anterior porque esta última norma, como lo han explicado Pedro Pierry<sup>9</sup> y Enrique Barros<sup>10</sup>, se limita a reconocer que quien ha sido lesionado por la Administración del Estado tiene acción judicial para reclamar de ello y a señalar qué tribunales son competentes para conocerla.

Por lo demás, el legislador ha sido perseverante desde 1976 en establecer que la vertiente de la responsabilidad de esa Administración es la falta de servicio y ha reiterado este predicamento en el artículo 38 de la Ley N° 19.966, de 3 de septiembre de 2004, en el campo sanitario. Los diversos fallos judiciales antes aludidos también la han admitido como fuente de responsabilidad causada por la actividad administrativa del Estado.

## V.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA FALTA DE SERVICIO

Otras son las dificultades que plantea ese concepto y se han resuelto con dispares criterios por la jurisprudencia. Una de ellas es su aplicación limitada por la Ley N° 18.575 a los organismos afectos a su Título II, ya que esta normativa, a la que pertenece el artículo 42 de este cuerpo legal, no rige a las instituciones enumeradas por el inciso segundo de su actual artículo 21 (ex 18), es decir, Contraloría General, Banco Central, Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, Gobiernos Regionales, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión y empresas públicas creadas por ley, las que se sujetan a las normas constitucionales pertinentes y a las respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda.

Esto no significa, obviamente, que deje de responderse por los perjuicios que causa la acción de tales organismos, los que, en todo caso, están sometidos al citado precepto del artículo 38 de la Carta Constitucional y a la regla que enuncia el artículo 4° de la misma Ley N° 18.575. Esta dice que el Estado “*será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus*

---

la responsabilidad por falta de servicio”. En: Revista Chilena de Derecho, Volumen 16 N°2, Santiago, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1989, p. 438.

<sup>9</sup> PIERRY ARRAU, Pedro, “La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio”. En: Revista de Derecho, Año 1 N° 1, Santiago, Consejo de Defensa del Estado, 2002, p. 19.

<sup>10</sup> BARROS BOURIE, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica; de Chile, 2006, p. 491.

*funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.*

Entre esos organismos figuran las municipalidades, cuya legislación orgánica las hace “*principalmente responsables por falta de servicio*” en su funcionamiento, así como las empresas públicas que cuentan con normas específicas dictadas a su respecto, aunque mayoritariamente están sujetas al derecho común en la materia.

Numerosas acciones en contra del Fisco, en demanda de resarcimiento de daños, se originan en acciones de los personales de las Fuerzas Armadas y de Orden, sea que lesionen a particulares, sea que los perjuicios los hayan sufrido otros integrantes de sus mismas dotaciones.

Para precisar cómo se origina la responsabilidad estatal en esas situaciones, se han indicado diversas alternativas que enumera Pierry<sup>11</sup>, quien desarrolla por su cuenta una interesante doctrina que sustenta un alcance amplio en el ámbito estatal de la noción de falta de servicio, a partir del artículo 2314 del Código Civil, que obliga a indemnizar el daño causado a quien ha cometido un delito o cuasidelito y de la idea de que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia.

En tal virtud, señala que puede “*no exigirse para responsabilizar a la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes, bastaría con que el comportamiento del servicio público fuese distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal, o sea, bastaría con probar una falta de servicio*” (Este predicamento fue seguido en fallo Seguel con Fisco).

Con esta concepción se extiende, pues, la falta de servicio a instituciones no regidas por el artículo 42 de la Ley N° 18.575. En abono de ella, puede sostenerse que el sistema fue establecido para la generalidad de los organismos que componen la Administración estatal por el artículo 42 de la Ley N° 18.575 y al asignársele un alcance amplio se evita la coexistencia de regímenes distintos en un mismo campo.

Pero, como lo destaca el propio autor, aun cuando la aplicación del artículo 18 de esa ley “*para excluir del sistema del artículo 42 sea absolutamente ilógica, es insostenible pretender desconocer el texto de la ley*”.

---

<sup>11</sup> PIERRY ARRAU, p. 31.

## VI.- OTRAS VERTIENTES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

De allí que bien pueda reconocerse que aunque la falta de servicio sea el más generalizado de los sistemas para hacer efectiva la responsabilidad estatal por las actuaciones de su Administración, no es el único que puede explicar cómo ésta opera tratándose de organismos marginados de su ámbito de aplicación por el legislador. En este sentido, no es ocioso anotar que en los artículos 62 del Decreto Ley N°1.289, de 1976, y 83 de la Ley N° 18.695, solo expresaron que la responsabilidad extracontractual de los Municipios procedería “*principalmente*” por falta de servicio.

Esta declaración implica admitir que para la ley existen otras fuentes de responsabilidad del Estado, además de la que señalaron tales preceptos, incluso en el plano municipal. Así sucede en caso de acogerse un reclamo en contra de resoluciones u omisiones ilegales de los Municipios, pues la letra j) del artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional Municipalidades faculta al interesado para “*demandar conforme a las reglas del juicio sumario la indemnización de los perjuicios que procedieren*”. El artículo 177 de la Ley N°18.290 hace responsables civilmente al Fisco y a las municipalidades de los daños que causen los accidentes que sean consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su señalización, los que aun cuando en el fondo puedan configurar faltas de servicio, son presunciones de responsabilidad por hechos propios de la Administración. Asimismo, el Fisco y los Municipios pueden ser solidariamente responsables con los conductores de los vehículos de que son dueños, por los daños causados por éstos, a menos que prueben que fueron tomados sin su conocimiento o autorización expresa o tácita, según lo dice el inciso segundo del artículo 174 del mismo texto legal.

En la situación de otras instituciones que no integran la Administración, el legislador optó por una fórmula distinta para definir sus responsabilidades. En el caso de los tribunales de Justicia, el N° 7 del artículo 19 de la Carta Fundamental la impone por una resolución judicial que la Corte Suprema declare “*manifiestamente errónea o arbitraria*” y que haya significado que se procesara o condenara a un individuo en cualquier instancia, una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria y de las “*conductas manifiestamente arbitrarias e injustificadas del Ministerio Público*”, a que alude el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional N°19. 640.

En relación con este aspecto, Osvaldo Oelckers Camus apuntaba que “*al no establecerse en el artículo 4° –de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración– el tipo de responsabilidad de que se trata –que puede ser la que es producto de falta personal o de falta de servicio o responsabilidad por riesgo– y sólo referirse al principio general de responsabilidad del Estado, nos veríamos en dificultades para establecer los fundamentos para hacer efectiva esa responsabilidad. Entendemos que en ese caso debería ser la jurisprudencia que frente a cada caso concreto decidiera sobre el asunto que se le presenta (...)*”.<sup>12</sup>

De esta suerte, en vez de forzar la extensión de la falta de servicio como causa de responsabilidad estatal a sectores de su Administración legalmente marginados de ella, mezclando elementos de esa modalidad con otros de la tradicional postura del derecho común, es posible aventurar que tal responsabilidad puede tener otra explicación. Porque la combinación de la falta de servicio con fundamentos de la responsabilidad pecuniaria civil por hecho ajeno, atenta en contra de su naturaleza específica, en cuanto ella se basa en una falla colectiva de la Administración y le impone una responsabilidad directa cuya autoría puede ser anónima para el usuario afectado.

Esa mixtura, por otra parte, abre la posibilidad de que el ente administrativo trate de excusarse de resarcir los perjuicios recurriendo a la eximente de responsabilidad por hecho ajeno que encierra el artículo 2320 del Código Civil.

El llamado riesgo administrativo que crea el Estado con su accionar frente a particulares tiene especial significado en la actuación de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, en la medida que se trata de instituciones cuyos personales usan armas en el desempeño de sus funciones como fuerza pública.

Esta condición de riesgo creada por la Administración puede valederamente estimarse como fuente de su responsabilidad por los daños que causen sus órganos, en los términos de los artículos 38 de la Carta Política y 4° de la Ley N°18.575, considerando al Estado como una especie de asegurador de los perjuicios que causa el funcionamiento de sus servicios.

---

<sup>12</sup> OELCKERS CAMUS, Osvaldo, “Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado”. En: Revista de Derecho, N°XI, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1987.

Ella puede hacerse efectiva precisamente utilizando la teoría del órgano para fundar la condena al Estado a indemnizar los perjuicios que causan los personales de Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicas y que pueden imputarse a la organización estatal<sup>13</sup>. Esto es válido para las lesiones o daños que sufran quienes integran tales instituciones. Diferentes sentencias de la Corte Suprema ha aplicado esta teoría, entre ellas: Beraud con Fisco (1995), Caro con Fisco (2005).

Para que se produzca la responsabilidad fiscal no es suficiente que el autor del daño sea calificado como órgano estatal por pertenecer a la estructura administrativa o esté relacionado con ella en calidad de agente. Es preciso que la acción u omisión que irroga el daño patrimonial o moral, tenga lugar justamente en el desempeño de la función pública propia del órgano o con ocasión de su actividad.

Esta condición deriva de la citada regla de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, que responsabiliza al Estado, a sus organismos y a las municipalidades, de los daños causados “*en el ejercicio de sus funciones*”.

Así lo indica José Miguel Valdivia Olivares al señalar que “*el funcionario no compromete la responsabilidad pública si no ha actuado en el ejercicio de sus funciones*” y agregar, invocando a Maurice Hauriou, que el agente sería órgano estatal, solamente en cuanto “*se mantuviera en la línea de la función y deja de serlo desde que se sale de esos límites*”<sup>14</sup>; a su vez, Hugo Caldera Delgado advierte que para que nazca la responsabilidad del Estado basta que la actuación del agente “*esté relacionada con el servicio u órgano público*” y que exista un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido<sup>15</sup>. El criterio expuesto fue adoptado por la Corte

---

<sup>13</sup> En el considerando Quinto de la sentencia de la Corte Suprema de 15 de mayo de 2002, recaída en los autos “Domic Bezic, Maja con Fisco”, se señaló que “ciertamente, la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normativa de Derecho Público lo que hace que las distintas responsabilidades que pueden causar esas acciones se sometan a normas y principios propios de esa rama del Derecho”.

<sup>14</sup> VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, “Teoría del Órgano y Responsabilidad Pública en la Ley de Bases de la Administración del Estado”. En: Revista de Derecho, Volumen XIX N°2, Valdivia, Universidad Austral, 2006, pp. 143-149.

<sup>15</sup> CALDERA DELGADO, p. 206.

Suprema en sentencia de 16 de marzo de 2010, que resolvió el recurso de casación en el fondo deducido en los autos “C/Castillo Puebla Marcel”, ingreso N° 2986/09.

## VII.- FALTA DE SERVICIO Y FALTA PERSONAL

Este asunto se vincula directamente con la coexistencia de la responsabilidad de la Administración con la personal del agente que causa el perjuicio de cuya reparación se trata.

Para la víctima del daño en la falta de servicio, esta cuestión no es relevante, salvo que le interese escoger el patrimonio en contra del cual dirigirá su acción indemnizatoria. Al Estado, en cambio, le interesa determinar la concurrencia de una falta personal del funcionario a fin de hacer uso de su facultad de repetir en su contra para lograr el reembolso de lo que debió pagar al usuario del servicio.

El sistema chileno ha contemplado constantemente la acumulación de responsabilidades, no solo desde la vigencia del artículo 38 de la Carta Constitucional de 1980, cuyo inciso segundo reconoce la del funcionario que hubiere causado el daño que la Administración debe indemnizar. A su turno, los artículos 4° y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración recogen la misma idea y el segundo de estos preceptos.

Reconoce que el Estado puede “*repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal*”. Igual regla recogieron los artículos 67 de la Ley N°10.336, de 1952, y 121 del Decreto con Fuerza de Ley N°256, de 1953, mencionados en un comienzo, al establecer la obligación del empleado público de reembolsar al Fisco las sumas a que haya sido condenado judicialmente a indemnizar perjuicios por actos ejecutados en el desempeño de sus funciones o con infracción de sus deberes, respectivamente. La misma Ordenanza de Aduanas, de 1953, también contemplaba la facultad del Fisco de repetir contra el funcionario o tercero personalmente responsables de las mercaderías recibidas en depósito por las Aduanas cuya pérdida o daño debía reparar el Estado.

Más recientemente, el inciso final del artículo 38 de la Ley N° 19.966, de 2004, expresa que “*los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado*”.

De esta manera, la configuración de una falta personal del funcionario en el perjuicio causado al particular no libera de responsabilidad a la Administración, sino franquea una facultad de elección a la víctima respecto del patrimonio en que la hará efectiva y confiere derecho a repetición al Estado en contra del funcionario que la cometió.

Más compleja es la tarea de precisar en cuáles casos, la acción del funcionario no compromete la responsabilidad estatal, pues son variados los criterios seguidos por la doctrina y la jurisprudencia francesa para definirlos, en su labor de perfeccionar la doctrina de la falta de servicio como fuente de esa responsabilidad. Entre ellos, pareciera adecuado el asumido por Hauriou, que postuló la “*separabilidad*” de la falta de la acción administrativa. De acuerdo con este temperamento, habría falta personal del agente e irresponsabilidad del Estado, si ella se presenta en una circunstancia separable de la actuación administrativa y ajena a su finalidad de servir a la comunidad. En cambio, si las acciones dañinas reprochables del funcionario conforman actos del servicio o realizados con ocasión de él son inseparables e irrogan responsabilidad al Estado.

Para estos efectos, corresponde considerar las condiciones en que se comete la acción dañina, respecto de la jornada de trabajo, la relación con la función del servicio y el lugar en que se lleva a cabo, como elementos que permiten decidir si se trata de una falta personal separable o inseparable del servicio.

Ciertamente, la aplicación de este criterio se ha desarrollado sobre bases casuísticas, en las que debe examinarse si la actuación del agente público se produce fuera de la función, desbordando la esfera de sus actividades propias y ejecutando acciones que no corresponden de ordinario al servicio, entre ellos, los actos delictivos o cometidos con extrema negligencia por el funcionario. Con todo, es preciso tener en cuenta la obligación de garantía que tiene el Estado sobre el accionar de su Administración, por el riesgo que ella implica, como ocurre, por ejemplo, por las muertes o lesiones provocadas por conductores de vehículos estatales.

Complica la solución de este asunto la antes aludida norma del artículo 38 de la Ley N° 19.966, que impondría responsabilidad a la Administración en el campo sanitario, incluso por los actos de funcionarios ejecutados con imprudencia temeraria o dolo, sin perjuicio de la facultad de repetir en su contra, porque según esta regla práctica-

mente no existirían faltas separables que excluyan la indemnización estatal, al menos en el ámbito sanitario.

### **VIII.- DIFICULTADES CRÓNICAS EN LA MATERIA**

Esta cuestión se suma a los tropiezos que surgen en el terreno de la responsabilidad estatal y que plantean desafíos para académicos, abogados y jueces, entre ellos, la carencia de políticas definidas en lo que se relaciona con el reembolso de las sumas pagadas por el Estado a la víctimas de faltas personales de sus funcionarios, a despecho de la antigüedad de las disposiciones que establecen incluso una vía administrativa para esa repetición. Otros factores contribuyen a dificultar la eficaz aplicación de la falta de servicio como fuente de esa responsabilidad: carencia de normativas precisas; falta de interés de estudiantes y abogados en la materia; déficit en la formación y capacitación de profesionales y magistrados en ellas; y contradicciones en la jurisprudencia de los tribunales superiores.

## PROTECCIÓN AMBIENTAL DE LAS AGUAS EN CHILE: AVANCES HACIA UNA GESTIÓN INTEGRADA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

María Isabel Mallea Álvarez<sup>1</sup>

**RESUMEN:** *El presente artículo aborda, en primer lugar, la relevancia del agua como sustento y desarrollo de la vida, los avances a nivel internacional para lograr una gestión integrada de cuencas y las experiencias en España y México. A continuación, en segundo lugar, se analiza el marco normativo de las aguas en Chile, integrando las reformas al Código del ramo y otras normativas que se refieren a este recurso, las que tienden a una protección ambiental del agua y, con ello, de los restantes componentes de un ecosistema. Destaca la autora que se requiere desarrollar un enfoque integrado de gestión de cuencas para mejorar el manejo de los recursos hídricos y proporcionar servicios ambientales con más eficiencia.*

**DESCRIPTORES:** *Aguas (marco normativo) - Aguas (protección) - Ecosistema - Gestión de cuencas - Manejo de recursos hídricos - Medio ambiente - Servicios ambientales*

**SUMARIO DE CONTENIDOS:** *1.- Introducción. 2.- Contexto internacional. 2.1.- Antecedentes generales: avances hacia una gestión integrada de los recursos hídricos. 2.2.- Experiencias en España y México. 3.- Régimen jurídico de las aguas en Chile. 3.1.- Constitución Política. 3.2.- Código de Aguas: del derecho de aprovechamiento. 3.2.1.- Constitución y requisitos del derecho de aprovechamiento.*

---

<sup>1</sup> MARÍA ISABEL MALLEA ÁLVAREZ. Abogado Unidad de Medio Ambiente Consejo de Defensa del Estado, Licenciada en Cs. Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, post título Universidad de Barcelona, Docente Legislación Medioambiental Universidad Andrés Bello.

3.2.2.- *De las aguas. Relación entre aguas superficiales y subterráneas.* 3.2.3.- *Relación entre aguas superficiales y/o subterráneas y protección de los ecosistemas. Caudal ecológico.* 3.2.4.- *Modificación de cauce contemplada en los artículos 41 y 171 del Código de Aguas.* 3.2.5.- *Exploración y explotación de aguas subterráneas en áreas de especial protección.* 4.- *Cuencas hidrográficas: estado actual.* 5.- *Calidad ambiental de las aguas.* 5.1.- *Antecedentes generales.* 5.2.- *Instrumentos de Protección Ambiental.* 5.2.1.- *Normas de Calidad Ambiental.* 5.2.2.- *Normas de Emisión.* 6.- *Conclusiones. Bibliografía.*

**ABSTRACT:** *This article discusses, firstly, the importance of water as the sustenance and development of life, advances at the international level to achieve integrated management of river basins and experiences in Spain and Mexico. Secondly, the author discusses the regulatory framework of the water in Chile, integrating reforms to the code of the branch and other regulations which refer to this resource, which tend to environmental protection for water, and therefore, for the remaining components of an ecosystem. The study indicates that it is required to develop an integrated approach to watershed management to improve the management of water resources and to provide environmental services more efficiently.*

**KEY WORDS:** *Ecosystem - Environment - Environmental services - Management of water resources - River basin management - Water (protection) - Water (regulatory framework)*

**TABLE OF CONTENTS:** *1. Introduction. 2 International context. 2.1 General background: progress towards an integrated management of water resources. 2.2 Experiences in Spain and Mexico. 3. Legal regime of the waters in Chile. 3.1. Constitution. 3.2 Code of water: the right of use. 3.2.1 Constitution and requirements of the right of use. 3.2.2. Waters. Relationship between surface waters and underground waters. 3.2.3. Relationship between surface or underground waters and protection of ecosystems. Ecological flow. 3.2.4.-Channel modification related in articles 41 and 171 of the code of waters. 3.2.5 Exploration and exploitation of groundwater in special protection areas. 4. River basins: current status. 5. Environmental quality of the waters. 5.1 General background. 5.2 Environmental protection instruments. 5.2.1. Environmental quality standards. 5.2.2. Emission standards. 6 Conclusions. Bibliography.*

## 1.- INTRODUCCIÓN

El agua es un recurso natural escaso, indispensable para la vida y para el ejercicio de la inmensa mayoría de las actividades económicas. Es por ello, que se ha vuelto un recurso valioso económicamente y esencial en términos de servicios y necesidades sociales.

El agua, en su doble faceta cuantitativa y cualitativa, es un activo natural esencial para una amplia variedad de ecosistemas. Una reducción en su disponibilidad o un deterioro en su calidad podrían ocasionar graves efectos nocivos sobre las funciones ecológicas y servicios económicos que proporcionan las aguas, reduciendo el bienestar social.

El reconocimiento del agua como elemento integrador dentro del ecosistema reviste fundamental importancia, ya que su íntima relación con los procesos funcionales de aquél hace que el uso y manejo del agua conlleve forzosamente a ver al ecosistema en su conjunto, como el objeto de explotación y conservación<sup>2</sup>.

## 2.- CONTEXTO INTERNACIONAL

### 2.1.- ANTECEDENTES GENERALES: AVANCES HACIA UNA GESTIÓN INTEGRADA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

Es innegable el lugar preponderante que ocupa el agua entre los recursos naturales y la importancia que reviste la utilización racional de aquélla, de manera tal que permita su aprovechamiento por las generaciones futuras. Tal afirmación fue proclamada en Estrasburgo por el Consejo de Europa en 1968, que entre los principios enunciados incluye los siguientes: a) valoración del agua como bien del patrimonio comúnpreciado e indispensable para la vida y toda actividad humana, como elemento de primera necesidad; b) finitud de los recursos hídricos y necesidad de su preservación de conformidad a los distintos usos previstos; (...); g) administración de los recursos hidráulicos dentro del marco de las cuencas naturales, teniendo en

---

<sup>2</sup> ROVERE Marta Brunilda, El agua como valor ambiental, social y económico: Gestión, planificación y protección de los recursos hídricos de conformidad al desarrollo sustentable, editado por WALSH Juan Rodrigo, Ambiente, Derecho y Sustentabilidad, La Ley S.A., Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 210.

cuenta la interdependencia de los diversos usos de las aguas superficiales o subterráneas<sup>3</sup>.

La gestión integrada de los recursos hídricos es un proceso que promueve el desarrollo y gestión coordinados del agua, la tierra y los recursos relacionados, con el fin de maximizar el bienestar económico y social resultante de manera equitativa sin comprometer la sostenibilidad de ecosistemas vitales<sup>4</sup>. Un enfoque integrado destaca las íntimas conexiones entre aspectos que casi siempre se regulan de forma separada, tales como la relación entre los usos de las aguas y de los suelos, la relación entre aguas subterráneas y superficiales, y la relación entre calidad y cantidad.

La validez de usar el espacio conformado por una cuenca, o cuencas interconectadas, como territorio base para la gestión integrada del agua, ha sido enfatizada y recomendada en todas las grandes conferencias internacionales sobre los recursos hídricos (CEPAL, 1998c). Así, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (Mar del Plata, Argentina, 14 al 25 de marzo de 1977), se recomendó que los países consideraran, *“como cuestión urgente e importante, el establecimiento y fortalecimiento de direcciones de cuencas fluviales, con miras a lograr una planificación y ordenación de esas cuencas más eficientes e integradas respecto de todos los usos del agua”*. En la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente *“El Desarrollo en la Perspectiva del Siglo XXI”* (Dublín, Irlanda, 26 al 31 de enero de 1992), se recalcó que la *“gestión eficaz establece una relación entre el uso del suelo y el aprovechamiento del agua en la totalidad de una cuenca hidrológica o un acuífero”* y que la *“entidad geográfica más apropiada para la planificación y gestión de los recursos hídricos es la cuenca fluvial”*<sup>5</sup>.

Dentro del marco de la Agenda 21, como Plan de Acción acordado por 179 países durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, o Cumbre de la Tierra, se contempla en su Sección II, Capítulo 18, la protección de la calidad

<sup>3</sup> ROVERE Marta Brunilda, ob. cit, pp. 236 y 237.

<sup>4</sup> BAUER Carl J., Canto de Sirenas, El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales, Resources for the Future, editado por Bakeaz, Washington, USA, 2004, p. 25, citando a Global Water Partnership, 2000b.

<sup>5</sup> DOUROJEANNI Axel, JOURAVLEV Andrei y CHÁVEZ Guillermo, Gestión del agua a nivel de cuencas: teoría y práctica, Serie N°47, CEPAL, Santiago de Chile, 2002. p. 7 y 8, disponible en [www.cepal.cl](http://www.cepal.cl).

del agua y de los ecosistemas acuáticos, y propone criterios integrados para su aprovechamiento.

Con posterioridad, la Unión Europea creó un marco común de acción en materia de política de aguas, a través de la aprobación de la Directiva Marco del Agua<sup>6</sup>, con la finalidad de proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos y terrestres y humedales, promover el uso sostenible del agua, garantizar la reducción progresiva de la contaminación del agua subterránea y contribuir a paliar los efectos de las inundaciones y sequías.

En la Conferencia Internacional sobre el Agua Dulce *“El Agua: Una de las Claves del Desarrollo Sostenible”* (Bonn, Alemania, 3 al 7 de diciembre de 2001), se señala que la *“clave de la armonía a largo plazo con la naturaleza y con nuestros semejantes reside en arreglos de cooperación a nivel de cuenca hidrográfica”* y que *“las cuencas hidrográficas son el marco de referencia indicado para la gestión de los recursos hídricos”*, y se destaca que las *“cuencas hidrográficas, las cuencas fluviales, los lagos y los acuíferos deben ser el marco de referencia primario para la gestión de los recursos hídricos”* y que es *“preciso crear mecanismos institucionales y participativos a este nivel”*.

## 2.2.- EXPERIENCIAS EN ESPAÑA Y MÉXICO

En España, el Derecho de Aguas es el conjunto de normas que regulan las aguas continentales, lo que incluye las aguas superficiales y las subterráneas que no tengan la condición de minerales. Esta regulación establece la naturaleza jurídica del recurso y sus formas de aprovechamiento, las obras hidráulicas y el régimen económico-financiero del agua, las condiciones de protección ambiental y el sistema administrativo para la planificación y gestión (autorizaciones, concesiones, sanciones) del agua por demarcaciones hidrográficas. El Derecho de aguas es un sistema complejo, elaborado por el Estado y por las Comunidades Autónomas, aunque también hay normas procedentes de los Ayuntamientos<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ NIETO Antonio, El Derecho de Aguas en España, disponible en [www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es), N°7366, 2010.

Su legislación de aguas que data de 1985, es compatible con la gestión integrada<sup>8</sup>, y a objeto de dar cumplimiento a la Directiva Marco del Agua 2000/60/CE, se aprobó con posterioridad, el Reglamento de Planificación Hidrológica por Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, que fue posteriormente desarrollado por la Orden ARM 2656/2008, en la que se regula la Instrucción de Planificación Hidrológica.

Dicha planificación se instrumenta a través de los Planes Hidrológicos de cuenca y el Plan Hidrológico Nacional. Dichos Planes son públicos y vinculantes, es decir, obligatorios para todos, el Estado, Comunidades Autónomas y demás Corporaciones y entidades públicas.

El Plan Hidrológico de cuenca es el instrumento básico y racionalizador del uso de las aguas. Se elabora por el Organismo de cuenca correspondiente, o por la Administración hidráulica de la Comunidad Autónoma cuando la cuenca esté íntegramente comprendida dentro del territorio una Comunidad Autónoma.

Por otra parte, es destacable la labor realizada por la Comisión Nacional del Agua (CNA) en México, que ha llevado a cabo el proceso de creación, instalación y puesta en marcha de los Consejos de Cuenca, como organizaciones colegiadas para la participación de los usuarios y de la sociedad en asuntos del agua.

Dichos Consejos, según el artículo 13 de la Ley de Aguas Nacionales, son instancias de coordinación y concertación entre la CNA, las dependencias y entidades de los gobiernos federal, estatal o municipal y los representantes de los usuarios de la cuenca respectiva, con el objeto de formular y ejecutar programas y acciones para la mejor administración de las aguas, el desarrollo de la infraestructura hidráulica y de los servicios respectivos y la preservación de los recursos de la cuenca.

Como instancias de coordinación, en sus sesiones se plantean, analizan y definen lineamientos de carácter general y medidas específicas para los asuntos relacionados con el agua de la cuenca, como es el caso de la distribución, siendo sus acuerdos obligatorios esencialmente en la medida en que sus integrantes los asuman e implementen. Ello es así, por cuanto la Ley de Aguas Nacionales no les otorga una

---

<sup>8</sup> Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

personalidad jurídica propia, por lo cual no se les permite el ejercicio de facultades reservadas a la autoridad (como otorgamiento de permisos o concesiones para el uso y aprovechamiento del agua), ni gozan de autonomía técnica, administrativa y financiera.

A pesar de sus limitaciones, entre diciembre de 1997 y marzo de 2002, la CNA logró la instalación de 25 Consejos de Cuenca en todo el país, lo cual representa una contribución al desarrollo institucional de la administración del agua en México y una experiencia útil para otros países que buscan crear instancias colegiadas para la participación de los usuarios y de la sociedad en asuntos del agua a nivel de cuencas.

### 3.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS EN CHILE

#### 3.1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución Política del Estado (CPE), aprobada en 1980, se refiere en forma expresa al derecho de aprovechamiento de aguas en el artículo 19 N° 24 inciso final, en que se establece la garantía constitucional de la propiedad sobre esos derechos.

La norma señala que la Constitución asegura a todas las personas “(...) *el derecho de propiedad en todas sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales*”, para agregar en el inciso final que “(...) *Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*”.

No obstante dicha afirmación, la CPE considera también aspectos que dicen relación con la protección de las personas y del entorno. Así, el artículo 19 N° 1° asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, los cuales en caso de contaminación de aguas que son utilizadas para agua potable, para riego, o simplemente que cruzan zonas donde pueden ocasionar enfermedades a la población aledaña, pueden ser considerados como vulnerados. El artículo 19 N° 8°, que asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, situación que además se considera un deber del Estado, tiene como objetivo fundamental la protección de las aguas, entre otros recursos naturales, esta vez como protección de la naturaleza en sí, sin vinculación hacia las personas.

Ante dichas situaciones, el artículo 20 consagra el recurso de protección, con el cual se pueden defender judicialmente todos los derechos anteriormente mencionados.

### 3.2.- CÓDIGO DE AGUAS: DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO

El Código de Aguas vigente aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley N°1.122<sup>9</sup>, del Ministerio de Justicia, abandonó los criterios técnicos del Código de Aguas del año 1969, y se fundamentó en la teoría económica del libre mercado, partiendo de la premisa que la eficiencia del uso del agua se mejoraría si este bien asumía un valor y precio real.

El Código establece en su artículo 5° que las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas. Su artículo 6° expresa que dicho derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código; este derecho se expresa en volumen por unidad de tiempo. De esta manera, el Código fortaleció los derechos de propiedad privada, aumentó la autonomía privada en el uso de las aguas, y por primera vez en la historia separó los derechos de agua de la propiedad de la tierra.

Como bien lo señala el informe de la OCDE-CEPAL, sobre evaluaciones del desempeño ambiental, aunque en Chile se considera que el agua es un bien nacional, las personas pueden poseer *derechos de aprovechamiento de agua* perpetuos e irreversibles, los cuales son independientes del uso y propiedad de la tierra. El comercio de los derechos de agua apenas está restringido, y de hecho existe un *mercado libre*, en el cual estos derechos se transan sin intermediación gubernamental<sup>10</sup>.

El Código no establece prioridades legales entre diferentes usos del agua, dejando tales determinaciones a los particulares y al mercado. Si no hay suficiente agua para satisfacer peticiones simultáneas de nuevos derechos, en teoría la DGA debe celebrar una subasta pública y vender los nuevos derechos al mejor postor<sup>11</sup>. En términos

<sup>9</sup> Publicado en el Diario Oficial el 29 de octubre de 1981.

<sup>10</sup> OCDE - CEPAL, Evaluaciones del desempeño ambiental CHILE, Naciones Unidas CEPAL, 2005, p. 83 y 85.

<sup>11</sup> BAUER J Carl., ob. cit., p. 59.

generales, no hay obligaciones para los propietarios de derechos de agua, salvo el pago de una patente anual en caso de no uso<sup>12</sup>.

### 3.2.1.- CONSTITUCIÓN Y REQUISITOS DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO

El Código distingue entre los derechos de aprovechamiento de agua “*constituidos*” y los derechos de agua “*reconocidos*”. Los primeros se constituyen originariamente por acto de autoridad (Dirección General de Aguas) y se adquieren con la competente inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo. En dicho caso, los requisitos que se deben reunir son los siguientes: a) que la solicitud sea “*legalmente procedente*”; b) que se constate técnicamente que existen recursos de aguas disponibles en la fuente natural; y c) que el nuevo uso no afecte a antiguos titulares de derechos vigentes (arts 22, 140 y 141 inciso final).

Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección General de Aguas al constituir un derecho, deberá considerar otras especificaciones técnicas relacionadas con la naturaleza especial del respectivo derecho y las modalidades que lo afecten, con el objetivo de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros, ello, conforme lo dispuesto en el artículo 149 N°7, modificado por la Ley 20.017<sup>13</sup>. Esta disposición se debe relacionar con el artículo 129 bis 1 que señala que la Dirección General de Aguas al constituir derechos de aprovechamiento, debe establecer un caudal ecológico, el que solo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial, con el objeto de velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente.

En cuanto a los derechos de aguas “*reconocidos*”, éstos surgen como tales en cuanto la legislación, el ordenamiento jurídico, reconoce la legitimidad del uso consuetudinario de las aguas, o de las que se encuentran en una situación especial. Son derechos de aguas reconocidos: los usos consuetudinarios, los usos mínimos o limitados, y, en fin, ciertos derechos antiguos que reconoce la legislación vigente<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Artículo 129 bis 4, para los derechos no consuntivos de ejercicio permanente (hidroelectricidad).

<sup>13</sup> Publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 2005.

<sup>14</sup> VERGARA BLANCO Alejandro, Derecho de Aguas, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1998, pp. 321, 322 y 327.

### 3.2.2.- DE LAS AGUAS. RELACIÓN ENTRE AGUAS SUPERFICIALES Y SUBTERRÁNEAS

El Código de Aguas divide las aguas en marítimas y terrestres, aplicando sus disposiciones a las aguas terrestres, las que señala, pueden ser superficiales o subterráneas. Las aguas superficiales son aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas; las aguas subterráneas son las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas.

El artículo 30 define álveo o cauce natural de una corriente de uso público como el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas.

Los cauces de aguas superficiales interactúan con las aguas subterráneas, de tal forma que los cauces superficiales pueden proveerse de agua subterránea por afloramiento, o bien viceversa, los primeros alimentar a los acuíferos, a través de la infiltración. Dicha relación puede ser afectada por la elevada demanda de este recurso, y por las actividades económicas que se desarrollen, que pueden conllevar una afectación en su cantidad y calidad.

El Código de Aguas reconoce esta relación cuando se refiere a la cuenca u hoya hidrográfica en su artículo 3°, indicando que la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente. Más adelante, en su artículo 22, se indica que la constitución del derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales debe considerar la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas.

Por otra parte, la Resolución N°425 de la Dirección General de Aguas<sup>15</sup>, que dispone normas de exploración y explotación de aguas subterráneas, indica en su artículo 22 que para la constitución del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas deben cumplirse diversos requisitos en forma conjunta, considerando entre ellos, que no se afecten derechos de terceros, tanto sobre aguas subterráneas como superficiales, considerando la posible interconexión entre ambos recursos.

---

<sup>15</sup> Publicada en el Diario Oficial el 16 de abril de 2008.

En este sentido, en el artículo 25 se expresa que no pueden constituirse derechos de aprovechamiento a una distancia menor de 200 metros de afloramientos o vertientes, si de ello resultare perjuicio o menoscabo a derechos de terceros o afectare la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas.

Sobre el particular cabe hacer presente que esta disposición, si bien está en la línea de considerar la relación entre aguas superficiales y subterráneas se estima insuficiente, toda vez que debería abordarse en un contexto más amplio, abarcando todos los cauces superficiales, sea esteros, ríos o lagos. Lo anterior se plantea, por cuanto se pueden configurar situaciones como una extracción ilegal o afectación del caudal ecológico.

Respecto a la primera, se podría plantear que un particular haciendo valer supuestos derechos ancestrales sobre pozos de aguas subterráneas que no han sido regularizados ante la Dirección General de Aguas, extraiga ilegalmente aguas desde un cauce superficial, en que la cercanía entre los pozos y el cauce natural puede hacer suponer dicha hipótesis, sin perjuicio además, de la configuración del delito de usurpación de aguas.

En cuanto a la segunda situación, una extracción ilegal desde un cauce natural bajo la argucia que se trataría de aguas subterráneas por la habilitación de pozos, puede afectar el caudal ecológico de dicho cauce, principalmente en períodos de baja pluviosidad y de esta forma, además, generar perjuicios a derechos de terceros legalmente constituidos por la disminución del caudal disponible a extraer. El artículo 129 bis 1 del Código de Aguas, anteriormente mencionado, dispone que la Dirección General de Aguas al constituir derechos de aprovechamiento, debe establecer un caudal ecológico el cual no podrá ser superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial, con el objeto de velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente.

Atendido lo expuesto, se estima necesario considerar el distanciamiento de los puntos de captación de aguas subterráneas, respecto de todos los cursos de aguas superficiales a objeto de evitar extracciones ilegales, afectación del caudal ecológico y derechos de terceros.

### 3.2.3.- RELACIÓN ENTRE AGUAS SUPERFICIALES Y/O SUBTERRÁNEAS Y PROTECCIÓN DE LOS ECOSISTEMAS. CAUDAL ECOLÓGICO

La creciente demanda social de un medio ambiente más limpio ha impuesto en la planificación hidráulica la consideración de que en los cauces regulados circulen, al menos, unos “caudales ecológicos” o “caudales mínimos medioambientales”. El concepto de estos “caudales ecológicos” comprende enfoques científicos que normalmente ocupan a profesionales diferentes, con áreas de trabajo disjuntas. El término caudal es elemento básico de hidráulicos e ingenieros gestores del recurso agua, mientras que el adjetivo ecológico nos refiere al mundo de la biología y de la gestión de la naturaleza. Por ello, la fijación de caudales ecológicos es una tarea con una clara vocación multidisciplinar<sup>16</sup>.

El objetivo del caudal ecológico es la preservación de la biodiversidad. Se puede definir el caudal ecológico como el flujo que debe mantenerse en cada sector hidrográfico, de tal manera que los efectos abióticos (disminución del perímetro mojado, profundidad de calado, velocidad de corriente, difusión turbulenta, incremento en la concentración de nutrientes, etc.), producidos por la reducción de caudal no alteren la dinámica del ecosistema. Es decir, caudal ecológico habrá de ser aquél que permita que un río siga siendo un río y que, además, garantice el mantenimiento de sus características propias y por ello, la conservación del patrimonio biológico del medio fluvial. Por lo tanto, es necesario contemplar metodologías que integren variables biológicas que permitan la vigilancia del cumplimiento de unos objetivos ambientales de conservación del ecosistema.

Son objetivos de los caudales ecológicos: i) ser coherente con la distribución hidrológica de caudales circulantes por ese tramo, es decir, ser representativo de un porcentaje importante de los volúmenes de agua circulantes; ii) ser coherente con las variaciones estacionales de la distribución de caudales circulantes por el tramo; iii) perseguir la conservación de las comunidades naturales del ecosistema fluvial en el tramo de estudio; iv) asegurar la conservación de la diversidad ecológica mediante el establecimiento de un caudal que

---

<sup>16</sup> GARCÍA DE JALÓN Diego y GONZÁLEZ DEL TÁNAGO Marta, El concepto de caudal ecológico y criterios para su aplicación en los ríos españoles, Universidad Politécnica de Madrid, disponible en [ocw.um.es/ciencias/ecologia](http://ocw.um.es/ciencias/ecologia).

actúe como nivel base, por debajo del cual las poblaciones de las especies más exigentes experimentarían riesgo de extinción; y v) permitir en los tramos fluviales contaminados o degradados una mejora de la composición fisicoquímica del agua, así como de las condiciones del hábitat<sup>17</sup>.

En Chile, a partir de la modificación introducida al Código de Aguas por medio de la Ley N° 20.017, se incorpora un acápite (Título X) referido a la protección de las aguas y cauces, en que el artículo 129 bis 1 ya mencionado, define el caudal ecológico, para cuya determinación la Dirección General de Aguas dictó la Resolución N°240<sup>18</sup>. El Código de Aguas expresa en dicho artículo que al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, 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, el cual solo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial.

De acuerdo a estudios de la CEPAL, la aplicación del concepto de caudales ecológicos es muy restringida, debido a que en la mayoría de las cuencas hidrográficas de la zona central y norte, los caudales de los ríos fueron comprometidos íntegramente muchos años atrás. Por lo tanto, hoy en día, al otorgarse derechos de aprovechamiento sobre corrientes superficiales, en cuencas hidrográficas que no han sido declaradas agotadas (principalmente de la IX Región hacia el sur) la DGA formula una exigencia de caudal mínimo ecológico que debe dejarse pasar por el cauce en el punto de extracción. Esto obliga a que el usuario, o la organización de usuarios, respete el caudal mínimo establecido en el río. El concepto es de tan reciente aplicación que no es posible formular aún algún diagnóstico relativo a si, en la práctica de la administración del agua, se respeta o no la exigencia.

Por otro lado, en la zona del país en la que los derechos de aprovechamiento superficiales han sido otorgados en su totalidad, no es posible establecer exigencias de caudales ecológicos, salvo que el Estado expropiara los derechos de aprovechamiento necesarios, o bien abriera un poder comprador a través de una licitación; esto, dado

---

<sup>17</sup> DOUROJEANNI Axel, JOURAVLEV Andrei, y CHÁVEZ Guillermo, ob. cit., p. 70.

<sup>18</sup> Publicada en el Diario Oficial el 15 de diciembre de 2009.

que, en caso contrario, se estaría violando el derecho de propiedad consagrado en la Constitución. Por el momento, no se visualiza que el Estado pueda emprender acciones en el sentido señalado.

### *3.2.4.- MODIFICACIÓN DE CAUCE CONTEMPLADA EN LOS ARTÍCULOS 41 Y 171 DEL CÓDIGO DE AGUAS*

Para efectuar una modificación de cauce natural o artificial para los objetivos que expresa el artículo 41, esto es, construcción de obras, urbanizaciones y edificaciones, se requiere de la autorización de la Dirección General de Aguas, si con ello se altera de alguna manera el régimen de escurrimiento de las aguas, o se pueda causar daño a la vida, salud o bienes de la población. En caso que se ejecuten dichas obras sin contar con la autorización de la Dirección General de Aguas, de conformidad a lo expresado en el artículo 172, dicho servicio tiene la facultad de apercibir al infractor para que modifique o destruya las obras, y en caso de no cumplir dicha orden, se puede imponer una multa mínima de 100 y máxima de 1.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA), y además encomendar a terceros la ejecución de lo ordenado<sup>19</sup>.

Cabe hacer presente que los criterios para determinar la imposición de la multa son la magnitud del entorpecimiento ocasionado al libre escurrimiento de las aguas o el peligro para la vida o salud de los habitantes, criterios que finalmente quedan a la discrecionalidad de la autoridad. Además, llama la atención la redacción de ambos artículos, en cuanto para configurar la infracción está la posibilidad de causar daño y para aplicar una multa se debe configurar un peligro; como técnica legislativa hemos de entender que significan lo mismo, aun cuando la mera constitución de un peligro sería de un alcance mayor que la posibilidad de causar daño.

Por otra parte el artículo 129 bis 2 añade una mención referente a que una modificación de cauce signifique una disminución en la recarga natural de los acuíferos, en cuyo caso se pueden considerar medidas mitigatorias apropiadas; de no considerarse, se denegará la autorización.

Ahora bien, sin perjuicio de estas disposiciones, en el Código de Aguas no se hace referencia a que, a consecuencia de una modifi-

---

<sup>19</sup> Artículo modificado por la Ley 20.304 publicada en el Diario Oficial el 13 de diciembre de 2008.

cación de cauce, se pueda afectar un ecosistema, especialmente aquellos de mayor fragilidad, dado que el agua es un elemento vital para su sustentación; los componentes de un ecosistema se relacionan entre sí, por lo que la afectación a uno de ellos, impacta, necesariamente, a los demás.

Para ilustrar esta situación se plantea la hipótesis de que derivado de una modificación ilegal efectuada por particulares a un estero, se produzca la desecación del humedal conformado en el área ubicada inmediatamente aguas abajo, en una extensión importante de terreno.

Las regiones clasificadas como humedales tienen un elemento en común: el agua, la que permite el nacimiento y mantención de ecosistemas diversos y muy productivos, esenciales para la conservación de la biodiversidad. Los humedales cumplen importantes funciones ecológicas como reguladores de los regímenes hidrológicos y como hábitat de una flora y fauna características, especialmente de aves acuáticas, y prestan diversos servicios ambientales, entre ellos, dotar de agua para uso doméstico, industrial y agrícola, proveer de belleza escénica para el turismo y recreación, evitar inundaciones y recargar los acuíferos, constituyendo una de las bases fundamentales para la biodiversidad.

La Dirección Regional de Aguas tiene facultades para ordenar la restitución del cauce, orden que puede acatarse finalmente, pero ello no pudo impedir que el humedal haya sido afectado.

Luego de esta exposición se plantea entonces la conveniencia de que se incorpore como factor de atribución en los artículos 41 y 172, que se pueda causar daño a un ecosistema o a los recursos naturales, y que además sea una agravante a considerar en la fijación de la multa a aplicar.

### *3.2.5.- EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN ÁREAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN*

Los artículos 63 y 64 del Código de Aguas señalan que las zonas que corresponden a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las Regiones de Tarapacá y Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, sin perjuicio que la Dirección General de Aguas puede alzar dicha prohibición conforme el resultado de nuevas investigaciones. Asimismo, la Resolución N°425/08 de la Dirección General de Aguas establece normas

de carácter general aplicables a la exploración y explotación de aguas subterráneas.

En efecto, el artículo 13 en relación al artículo 5° letra f) exige para las exploraciones que se realicen tanto en bienes privados como en bienes nacionales, que se acompañe a la Dirección General de Aguas la resolución de calificación ambiental pertinente en caso que la solicitud recaiga o afecte directamente áreas tales como, zonas que alimenten áreas de vegas o bofedales de las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta, áreas que integran el SNASPE<sup>20</sup>, humedales inscritos o incluidos en el listado de humedales de importancia internacional de la Convención Ramsar, y cualquiera otra área bajo protección oficial según lo establecido en el artículo 10 de la Ley N° 19.300.

De igual manera, el artículo 22 letra f) de la mencionada resolución, exige idéntico requisito para la constitución de un derecho de aprovechamiento.

Al respecto, cabe hacer los siguientes comentarios:

a) El listado de proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), está determinado por el artículo 10 de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente<sup>21</sup>, en relación al artículo 3° del Decreto Supremo N° 95, de 2002, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia<sup>22</sup>, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), con el cual entró en vigencia dicho instrumento en abril de 1997.

De esta forma, el ingreso a dicho sistema fue predeterminado por el legislador optando por un listado taxativo cuyas precisiones en cuanto a dimensiones, cantidades o habitualidad están determinadas en el RSEIA, sin perjuicio de que siempre se puedan ingresar voluntariamente.

Entre aquellos proyectos o actividades que deben someterse al SEIA, el artículo 10 letra p) de la Ley N° 19.300 señala aquellos que se ejecuten en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, par-

---

<sup>20</sup> Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado.

<sup>21</sup> Publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1994.

<sup>22</sup> Publicado en el Diario Oficial el 7 de diciembre de 2002.

ques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita. Es decir, para estos efectos el ingreso al SEIA lo define el que el proyecto se realice en un área perteneciente al SNASPE, o esté considerada en la Ley de Monumentos Nacionales o protegida por cualquier otra normativa vigente, no siendo suficiente que la zona o lugar reúna características que ameriten su protección, como es el caso de los sitios prioritarios de conservación de la biodiversidad.

La Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente consideró en su oportunidad que las áreas de vegas y bofedales constituían áreas bajo protección oficial para efectos del SEIA<sup>23</sup>. Partiendo de dicho análisis, la Resolución N°425/08 vino a explicitar lo dispuesto en el Código de Aguas, al exigir una resolución de calificación ambiental en el caso que el proyecto se emplace o afecte las zonas que alimenten áreas de vegas o bofedales.

b) El 27 de junio de 1989, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, uno de los instrumentos más antiguos e importantes de protección a las comunidades indígenas. Con la entrada en vigencia del Convenio en nuestro país el 15 de septiembre de 2009<sup>24</sup>, se va a requerir adicionalmente la consulta previa a los pueblos indígenas en caso que la exploración o explotación se solicite al interior de sus tierras o territorios.

El Convenio, en efecto, establece la obligación de realizar una consulta con los pueblos indígenas en una amplia variedad de casos susceptibles de afectarlos directamente, tales como la adopción de medidas legislativas o administrativas (art. 6°), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (arts. 6° y 7°), y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15). El Convenio determina que la consulta debe hacerse de buena fe y que su finalidad debe ser intentar obtener el consentimiento de la comunidad o por lo menos llegar a un acuerdo<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Ord. N°43710 de 28 de diciembre de 2004.

<sup>24</sup> Fue ratificado el 15 de septiembre de 2008 y publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008.

<sup>25</sup> MORRIS Meghan, RODRÍGUEZ GARAVITO César, ORDUZ SALINAS Natalia y BURITICÁ Paula, La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Documento N°2, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, 2009, p. 11.

El Comité de Derechos Humanos ha considerado que la omisión de consulta en casos de explotación y exploración de recursos naturales en los territorios indígenas atenta contra el derecho de las minorías étnicas a preservar su propia cultura, contemplado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa.

El Convenio diferencia entre los derechos sobre el territorio y los derechos sobre los recursos; sobre estos últimos se comprenden el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los mismos.

La Corte Interamericana estableció en las sentencias *Yakye Axa v. Paraguay* y *Sawhoyamaxa v. Paraguay* “*que los pueblos indígenas tienen derechos propietarios sobre los recursos existentes en sus territorios que han usado tradicionalmente, bajo el mismo razonamiento sobre su estrecha vinculación cultural, económica y social por lo cual ha aplicado derechos propietarios sobre sus tierras y territorios*”<sup>26</sup>.

En cuanto a la consulta, que tiene por objeto obtener el consentimiento libre, previo e informado, existe una ambigüedad entre las fuentes de derecho internacional y confusión en la práctica sobre los efectos que debe tener dicha consulta.

En la Guía de Aplicación del Convenio 169, la OIT afirma que las disposiciones del Convenio no implican que las comunidades tengan poder de veto sobre las políticas de desarrollo. Por el contrario, sostiene que “*ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo*”, y luego aclara que “*el artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones*”, lo cual significa que “*los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo*”. Es decir, los Estados tienen el deber de permitir a las comunidades participar en el proceso de toma de decisiones sobre políticas que puedan afectar su desarrollo

---

<sup>26</sup> MORRIS Meghan, RODRÍGUEZ GARAVITO César, ORDUZ SALINAS Natalia y BURITICÁ Paula, ob. cit., p. 32.

económico, social o cultural, pero no tienen el deber de adoptar las opiniones de las comunidades respecto de este tipo de políticas<sup>27</sup>.

Sobre el particular cabe destacar la sentencia de la Corte Suprema de 14 de octubre de 2010, Rol N°4078-2010, dictada en el Recurso de Protección caratulado “*Javier Nahuelpán y Otros con COREMA Región de Los Ríos*”, en que se expresa en su Considerando Segundo “*(...) que jamás dicha forma de participación podría constituirse en una consulta popular vinculante ni afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina. (...) los pueblos indígenas, al igual que el resto de los habitantes de este país, están sometidos al ordenamiento constitucional vigente, sin que se les hayan transferido potestades, que impliquen, en los hechos, un ejercicio de la soberanía (...)*”, y en su Considerando Cuarto, que “*(...) la participación consultiva contemplada en el Convenio no conlleva dotar a los pueblos indígenas de poderes o potestades públicas, sino consolidar el derecho que les asiste a ser consultados en las materias que les atañen*”.

#### 4.- CUENCAS HIDROGRÁFICAS: ESTADO ACTUAL

La cuenca, sea en forma independiente o interconectada con otras, es reconocida como la unidad territorial más adecuada para la gestión integrada de los recursos hídricos. Sin embargo, desde que las jurisdicciones político-administrativas (países, estados, provincias, municipios o regiones) no coinciden con los límites territoriales de las cuencas, gran parte de las decisiones que afectan el ciclo hidrológico, el aprovechamiento del agua y a los habitantes de una cuenca, no considera las interrelaciones que ocurren en la totalidad de este sistema integrado, como tampoco el efecto que tiene el drenaje del agua de la cuenca en las franjas costeras y el mar<sup>28</sup>.

No existen en Chile organizaciones ni normativas que propendan hacia una gestión integrada de cuencas. En efecto, a partir de 1990 se propuso una serie de modificaciones al Código de Aguas a fin de abordar la preocupación creciente de la opinión pública por la gestión de las cuencas hidrográficas, la protección ambiental, los

<sup>27</sup> MORRIS Meghan, RODRÍGUEZ GARAVITO César, ORDUZ SALINAS Natalia y BURITICÁ Paula, ob. cit., p. 45.

<sup>28</sup> DOUROJEANNI Axel, JOURAVLEV Andrei y CHÁVEZ Guillermo, ob. cit., p. 7.

monopolios y la especulación (...). La primera propuesta consistía en fomentar la gestión de las cuencas hidrográficas, a fin de: i) abordar la complejidad creciente de la gestión de los recursos hídricos debido a la demanda creciente en todos los usos, así como la necesidad de gestionar tanto las aguas superficiales como las subterráneas, y ii) establecer algún método de regulación de los mercados del agua y atender asuntos como los caudales aguas abajo, la calidad del agua y los caudales ambientales. En 1992, sobre la base de las experiencias francesa y española, se propuso formar empresas de gestión de cuencas como complemento de las asociaciones de usuarios del agua, primordialmente dedicadas a la agricultura. Sin embargo, la idea no fructificó<sup>29</sup>.

No obstante lo anterior, en el mes de abril de 2008, el Gobierno lanzó oficialmente la Estrategia Nacional de Cuencas Hidrográficas, que propone a nivel nacional, constituir un Consejo Ministerial de Cuencas, que tendrá por misión asesorar al Presidente de la República y establecer un marco de funcionamiento general, conciliando los diversos intereses. Adicionalmente, se propone una Secretaría Técnica integrada por la Dirección General de Aguas y CONAMA (hoy Ministerio de Medio Ambiente), que actuaría como ente operativo del Consejo, y a nivel local, se plantea la creación de un Organismo de Cuenca, que tendrá como objetivo la gestión del recurso hídrico para satisfacer los usos prioritarios del mismo, y armonizar la adecuada protección de los ecosistemas con el desarrollo de las actividades. Este Organismo tendrá un carácter público-privado, estará integrado por los principales agentes o actores vinculados al recurso hídrico a nivel territorial, representantes de los distintos usuarios del agua y actores relevantes de la cuenca.

Asimismo, la Ley N° 20.417<sup>30</sup> que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente contiene un avance en esta línea, al señalar en su artículo 7° bis que siempre deberán someterse a evaluación ambiental estratégica (...) el *manejo integrado de cuencas*, para lo cual un reglamento establecerá el procedimiento y plazos en virtud del cual se tramitará este tipo de evaluación (artículo 7° ter). Lo anterior significa un gran desafío para la Administración, en este caso, enten-

<sup>29</sup> OCDE - CEPAL, ob. cit., p. 87.

<sup>30</sup> Publicada en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010.

demos, para la Dirección General de Aguas, la que ha de contar con la colaboración del Ministerio del Medio Ambiente (artículo 70 letra e) de la Ley N° 20.417).

Ante la complejidad de la materia, se estima recomendable, por una parte, tener en consideración experiencias extranjeras, como las señaladas en el Capítulo 2.2, y, por la otra, aprovechar la capacidad instalada en materia de gestión de las aguas en nuestro país.

Respecto al segundo aspecto a considerar, para el desafío que significa el manejo integrado de cuencas, sería aconsejable considerar la opinión de las Juntas de Vigilancia<sup>31</sup>, dada su amplia experiencia en lo que se refiere a la administración y distribución del agua, y por el conocimiento respecto al comportamiento de la respectiva cuenca.

## 5.- CALIDAD AMBIENTAL DE LAS AGUAS

### 5.1.- ANTECEDENTES GENERALES

La calidad natural o intrínseca de las aguas es la que tendrían en un medio natural, sin intervención humana, lo que permitiría que fueran utilizadas para riego y para el abastecimiento de la población; no obstante, la influencia de las actividades humanas ha provocado que dicho estado natural se haya deteriorado gravemente, ya sea por la disposición de aguas servidas sin tratar, vertido de residuos líquidos industriales, aplicación de fertilizantes y plaguicidas en la agricultura, entre otros.

En relación a las aguas servidas, desde fines de la década de 1990, Chile ha realizado una importante reforma del sector del agua y los servicios sanitarios en lo que atañe al suministro de agua potable y los servicios de alcantarillado. Como consecuencia, se ha producido un formidable aumento de la provisión de infraestructura sanitaria de acuerdo con la regionalización y la privatización de las empresas de aguas. A fines de 2003, el suministro público de agua llegaba al 99,8% de los hogares urbanos y el 94,7% estaba conectado al alcantarillado. Estas dos cifras son altas con respecto a los promedios lati-

---

<sup>31</sup> El artículo 263 del Código de Aguas señala que las personas naturales o jurídicas y las organizaciones de usuarios que en cualquier forma aprovechen aguas superficiales o subterráneas de una misma cuenca u hoyo hidrográfica, podrán organizarse como junta de vigilancia que se constituirá y regirá por las disposiciones de este párrafo.

noamericanos. En las áreas rurales, un programa de agua potable ha aumentado el suministro público de agua al 98%<sup>32</sup>.

Según el “*Informe de Gestión del Sector Sanitario 2009*” de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)<sup>33</sup>, los niveles de cobertura alcanzados por el sector en agua potable, a nivel nacional, se mantuvo en 99,8%, igual que en 2008, y la de alcantarillado creció de 95,3% a 95,6%, y en el caso del saneamiento de las aguas servidas, se aumentó la cobertura a un 83,3%, superior a 2008, que correspondió a 82,7%. La alta cobertura en tratamiento de aguas servidas en 2009 sitúa a Chile como país líder en los Objetivos del Milenio establecidos por Naciones Unidas para contribuir de forma determinante al bienestar de la población. Este logro es un éxito indiscutible que ha sido reconocido internacionalmente por Naciones Unidas, BID y la OCDE.

Conjuntamente con la cobertura de tratamiento de aguas servidas alcanzadas por el sector sanitario, el control de la normativa de descargas de residuos líquidos industriales (Riles) a cursos de agua, ha permitido avanzar en forma significativa en la descontaminación y protección de los cuerpos receptores.

## 5.2.- INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

Por instrumentos de gestión o protección ambiental debe entenderse el conjunto de medidas de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental. Entre dichos instrumentos se encuentran las normas de calidad y las normas de emisión.

### 5.2.1.- NORMAS DE CALIDAD AMBIENTAL

Las normas de calidad ambiental, también conocidas como normas de inmisión, son normas técnicas propias del Derecho Ambiental, en virtud de las cuales se fijan los niveles de contaminación tolerables en un entorno o medio determinado. En virtud de esta clase de normas lo que se busca es alcanzar una finalidad de protección de un bien jurídico a través de la fijación de un estándar (target standard). La importancia de las normas de calidad ambiental radica en que a través de ellas se hace posible la determinación de lo que debe ser

<sup>32</sup> OCDE - CEPAL, ob. cit., pp. 68, 74 y 75.

<sup>33</sup> Más información en [www.siss.cl](http://www.siss.cl)

entendido por medio ambiente libre de contaminación, concepto que, según la definición del artículo 2 m) LBGMA, atiende a las concentraciones y niveles de contaminación en el entorno<sup>34</sup>.

Las normas de calidad ambiental se caracterizan por consistir en preceptos protectores de la salud de las personas o de la conservación del medio ambiente, elaboradas conforme a un proceso de generación participativo, es decir, nacen de la voluntad del Estado como autoridad y de los particulares como interesados, que es la que asigna a la norma de calidad ambiental, que la comunidad desea tener u obtener.

En el año 1978 se estableció la primera norma de calidad del agua, como norma técnica: Norma Chilena Oficial N°1.333 contenida en el Decreto Supremo N°867, del Ministerio de Obras Públicas<sup>35</sup>, relativa a requisitos de la calidad del agua para diferentes usos. Esta norma define, de acuerdo a criterios físicos, químicos y biológicos, las concentraciones de los distintos contaminantes que se pueden descargar o incorporar a las aguas, dependiendo de los distintos usos que éstas tengan, tales como, agua para la bebida de animales, agua para riego, agua para usos recreacionales, estéticos y escénicos. Entre los parámetros que regula se encuentran el arsénico, boro, cobre, hierro, coliformes fecales (uso de riego), coliformes fecales (uso recreacional) y oxígeno disuelto (organismos acuáticos); sin embargo, no están incluidos los metales pesados, antibióticos y pesticidas. El Servicio Agrícola y Ganadero vela por el cumplimiento de esta norma técnica.

En el año 1984 se dicta la Norma Chilena Oficial N°409, que establece los requisitos de calidad que debe cumplir el agua potable, contenida actualmente en el Decreto Exento N°446, del Ministerio de Salud<sup>36</sup>, que establece requerimientos físicos, químicos, radiactivos y bacteriológicos que debe cumplir el agua para dicho uso; corresponde a dicho Ministerio fiscalizar su cumplimiento.

Con posterioridad, en la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, el legislador optó por fijar dos clases de normas de calidad, cuya distinción se encuentra en los tipos de bienes jurídicos protegidos: normas primarias y secundarias de calidad ambiental.

---

<sup>34</sup> BERMÚDEZ SOTO Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2007, pp. 143 y 144.

<sup>35</sup> Publicada en el Diario Oficial el 05 de abril de 1978.

<sup>36</sup> Publicado en el Diario Oficial el 27 de junio de 2006, reemplaza al Decreto Supremo N°11 de 1984.

Las norma primaria está definida en el artículo 2° letra n) como “*aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados, químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población*”. Este concepto hace referencia a una norma de salud pública, en cuanto a que sus objetivos de protección son la vida y la salud de la población, con la diferencia que las normas de calidad fijan valores en un medio ambiente determinado y las normas de salud se circunscriben a un espacio más restringido, como el de los lugares de trabajo.

Las normas primarias son dictadas para todo el territorio nacional y están contenidas en un decreto supremo que lleva las firmas del Ministro de Medio Ambiente y del Ministro de Salud.

Entre las normas primarias dictadas a la fecha se encuentran las que regulan los componentes aire y agua. Para el caso del elemento aire, están los Decretos Supremos N°59/98 (material particulado respirable MP10), N°136/00 (plomo), N°112/02 (ozono), N°113/02 (dióxido de azufre), N°114/02 (dióxido de nitrógeno) y N°115/02 (monóxido de carbono), todos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, MINSEGPRES, y para el caso del agua, están los Decretos Supremos N°143/08 (aguas continentales superficiales aptas para actividades de recreación con contacto directo) y N°144/08 (aguas marinas y estuarinas aptas para actividades de recreación con contacto directo), ambos del mismo ministerio ya mencionado<sup>37</sup>.

La norma secundaria de calidad ambiental se define en el artículo 2° letra ñ), como “*aquella que establece los valores de concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza*”.

A diferencia de las normas primarias, en las secundarias los bienes jurídicos protegidos no son la vida y la salud de las personas, sino bienes propiamente ambientales que apuntan a una mejor calidad de vida, como son la protección o conservación del medio ambiente y la preservación de la naturaleza, términos cuyo alcance ha de de-

---

<sup>37</sup> Todas disponibles en [www.mma.gob.cl](http://www.mma.gob.cl).

terminarse en conformidad a lo prescrito en el artículo 2° de la Ley N° 19.300.

Las normas secundarias se contienen en un decreto supremo que lleva las firmas del Ministro de Medio Ambiente y del ministro competente, según la materia de que se trate. A diferencia de las primarias, las normas secundarias tienen un alcance territorial más restringido, dadas las características del país, en particular su reconocida diversidad climática, lo que conlleva una variabilidad química, física y biológica del medio ambiente natural.

Para el caso del componente aire, el MINSEGPRES dictó el Decreto Supremo N°22/09 que regula el anhídrido sulfuroso (SO<sub>2</sub>)<sup>38</sup>; en tanto, para el caso del componente agua, la Comisión Nacional del Medio Ambiente, hoy Ministerio del Medio Ambiente, elaboró en su oportunidad la denominada “*Guía Conama para el establecimiento de las normas secundarias de calidad ambiental para aguas continentales superficiales y marinas*”, cuyo objetivo era servir de base técnica para la elaboración y homogeneización de dichas normas en el país. Para dichos efectos, a la fecha se han aprobado las normas secundarias de calidad para la cuenca del río Serrano (Región de Magallanes y Antártica Chilena)<sup>39</sup> y el Lago Llanquihue (Región de Los Lagos)<sup>40</sup>, y se encuentran en etapa de estudio otras cuencas del territorio nacional, entre ellas, las del río Elqui, Aconcagua, Maipo-Mapocho, Cachapoal y Bío Bío, y el Lago Villarrica.

El proceso de elaboración de las normas de calidad, primarias y secundarias, está sujeto al procedimiento fijado en el Decreto Supremo N°93/95 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, debiendo ser revisadas al menos cada cinco años.

#### 5.2.2.- NORMAS DE EMISIÓN

Las normas de emisión establecen los niveles de contaminación admisible en relación con cada fuente contaminante. Ellas apuntan al control durante la ejecución de las actividades contaminantes y hacen posible el monitoreo continuo en la empresa o en la fuente de emisión del contaminante. Desde esta perspectiva las normas de

---

<sup>38</sup> Publicado en el Diario Oficial el 16 de abril de 2010.

<sup>39</sup> Decreto Supremo N°75 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Diario Oficial de 19 de marzo de 2010.

<sup>40</sup> Decreto Supremo N°122 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Diario Oficial de 04 de junio de 2010.

emisión constituyen unos de los instrumentos más eficaces para la protección del medio ambiente. Ello en el entendido que la norma de emisión puede ser fiscalizada directamente por la autoridad, siempre que cuente con los medios y la voluntad de hacerlo, determinándose en cada caso si la emisión contaminante está dentro o fuera del estándar fijado por la norma<sup>41</sup>.

El desarrollo de las normas de emisión comenzó con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300, en 1994. Su artículo 2° letra o) las define como “*las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora*”. Lo que se debe entender como fuente emisora es fijado caso a caso, según la norma de emisión de que se trate. Al efecto, pueden distinguirse tres clases de fuente emisora: a) Fuentes de carácter fijo (fábricas, talleres); b) Fuentes de carácter móvil (vehículos); y c) Estándares por producto (niveles permisibles de contaminante para el proceso de fabricación).

Estas normas se establecerán mediante decreto supremo que llevará las firmas del Ministro de Medio Ambiente y del Ministro competente según la materia de que se trate, pudiendo tener una vigencia territorial del todo o parte de la República. El proceso de elaboración de las normas de emisión se sujeta al mismo procedimiento de las normas de calidad.

Entre las normas de emisión vigentes en Chile, podemos mencionar el Decreto Supremo N°609/1998, del Ministerio de Obras Públicas, sobre regulación de descargas de residuos líquidos industriales a sistemas de alcantarillado; el Decreto Supremo N°90/00 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (MINSEGPRES), sobre descarga de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales, y el Decreto Supremo N°46/03 del mismo ministerio, que regula la descarga de residuos líquidos a aguas subterráneas.

Atendido que las actividades económicas que dispongan sus residuos líquidos en cuerpos de agua pueden alterar su calidad y afectar con ello a los ecosistemas acuáticos y terrestres, se hace necesario conectar la Guía CONAMA para el establecimiento de las normas secundarias de calidad ambiental, con las normas de emisión, D.S. N°90/00 del MNSGPRES, y D.S. N°609/98 del Ministerio de Obras Públicas. Asimismo, se debería considerar en la elaboración de una

---

<sup>41</sup> BERMÚDEZ SOTO Jorge, ob. cit., p. 160.

norma secundaria, el D.S. N°46/03, del MINSEGPRES, dado que la calidad del agua de un cuerpo de agua superficial puede afectar a las aguas subterráneas por infiltración.

## 6.- CONCLUSIONES

a.- El agua constituye un recurso natural escaso, esencial para los ecosistemas, cuyo deterioro, en su calidad, puede ocasionar graves efectos nocivos sobre las funciones ecológicas y servicios económicos que proporcionan las aguas, reduciendo el bienestar social.

b.- El agua ocupa un lugar relevante en el contexto internacional, habiendo sido objeto de discusión y análisis en diversos foros internacionales. La Unión Europea creó un marco común, a través de la aprobación de la Directiva Marco del Agua, Directiva 2000/60/CE.

c.- En Chile, la Constitución Política del Estado asegura a todas las personas, en su artículo 19 N° 24 inciso final, los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgando a sus titulares la propiedad sobre ellos.

d.- El Código de Aguas establece que las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, quienes podrán usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.

e.- El Código de Aguas clasifica los derechos de aprovechamiento distinguiendo entre los derechos de aguas “*constituidos*” y los derechos de aguas “*reconocidos*”. Los primeros surgen en cuanto el ordenamiento jurídico reconoce la legitimidad del uso consuetudinario de las aguas, y los segundos se constituyen por acto de autoridad.

f.- El Código de Aguas se aplica a las aguas terrestres, las que pueden ser superficiales o subterráneas, reconociendo la relación entre ambas al referirse a la cuenca u hoyo hidrográfica. Por otra parte, la Resolución N°425, de la Dirección General de Aguas, dispone normas de exploración y explotación de aguas subterráneas, considerando la posible interconexión entre ambos recursos.

g.- Se puede definir el caudal ecológico como el flujo que debe mantenerse en cada sector hidrográfico, de tal manera que los efectos abióticos producidos por la reducción de caudal no alteren la dinámica del ecosistema. En Chile, la Dirección General de Aguas al constituir derechos de aprovechamiento, debe establecer un caudal ecológi-

co, el cual no podrá ser superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial, con el objeto de velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente.

h.- Para efectuar una modificación de cauce natural o artificial se requiere de la autorización de la Dirección General de Aguas, si con ello se altera de alguna manera el régimen de escurrimiento de las aguas, o se pueda causar daño a la vida, salud o bienes de la población.

i.- La Resolución N°450, de 2008, de la Dirección General de Aguas, exige para la exploración y explotación de aguas subterráneas que afecte zonas bajo protección oficial, que se cuente con la resolución de calificación ambiental pertinente. Con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, se va a requerir adicionalmente la consulta previa a los pueblos indígenas en caso que la exploración o explotación se solicite al interior de sus tierras o territorios.

j.- La cuenca, sea en forma independiente o interconectada con otras, es reconocida como la unidad territorial más adecuada para la gestión integrada de los recursos hídricos.

k.- En Chile no se cuenta con normativa expresa que tienda hacia una gestión integrada, por ello resultan relevantes las experiencias extranjeras, como la española por medio de los Planes Hidrológicos y la mexicana con los Consejos de Cuenca.

l.- En relación a la calidad de las aguas, desde fines de la década de 1990, Chile ha realizado una importante reforma del sector del agua y los servicios sanitarios en lo que atañe al suministro de agua potable y los servicios de alcantarillado.

m.- Como instrumentos de protección ambiental de las aguas, la Ley N° 19.300 establece las normas de calidad, primarias y secundarias, y las normas de emisión. Las normas primarias de calidad se aplican en todo el territorio nacional y tienen por objeto resguardar la vida o salud de la población; en tanto, las normas secundarias se aplican a parte del territorio y su objetivo es la protección de los ecosistemas. Las normas de emisión miden el nivel de los contaminantes en el efluente de la fuente emisora. El proceso de elaboración de todas estas normas se sujeta al mismo procedimiento.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BAUER Carl J., Canto de Sirenas, El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales, Resources for the Future, editado por Bakeaz, Washington, USA, 2004.
- 2.- BERMÚDEZ SOTO Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2007.
- 3.- DOUROJEANNI Axel, JOURAVLEV Andrei y CHÁVEZ Guillermo, “Gestión del agua a nivel de cuencas: teoría y práctica”, Serie N°47, CEPAL, Santiago de Chile, 2002.
- 4.- GARCÍA DE JALÓN Diego y GONZÁLEZ DEL TÁNAGO Marta, El concepto de caudal ecológico y criterios para su aplicación en los ríos españoles, Universidad Politécnica de Madrid, disponible en [ocw.um.es/ciencias/ecologia](http://ocw.um.es/ciencias/ecologia).
- 5.- MARTÍNEZ NIETO Antonio, “El Derecho de Aguas en España”, disponible en [www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es), N°7366, 2010.
- 6.- MORRIS Meghan, RODRÍGUEZ GARAVITO César, ORDUZ SALINAS Natalia y BURITICÁ Paula, La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, 2009.
- 7.- OCDE - CEPAL, Evaluaciones del desempeño ambiental CHILE, Naciones Unidas – CEPAL, 2005.
- 8.- ROVERE Marta Brunilda, El agua como valor ambiental, social y económico: Gestión, planificación y protección de los recursos hídricos de conformidad al desarrollo sustentable, editado por WALSH Juan Rodrigo, Ambiente, Derecho y Sustentabilidad, La Ley S.A., Buenos Aires, Argentina, 2000.
- 9.- VERGARA BLANCO Alejandro, “Derecho de Aguas”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.



**CORTE SUPREMA****Munilla de la Jara, Gregorio con Fisco de Chile****13 de enero de 2011**

**RECURSO PLANTEADO:** *Recursos de casación, en la forma y en el fondo.*

**DOCTRINA:** *El recurso discurre sobre la base de hechos diferentes de aquéllos establecidos por los jueces del fondo, sin que se hubiese comprobado infracción de normas reguladoras de la prueba. En efecto, el recurso en estudio pretende establecer que la falta de servicio en que incurrió el Fisco fue apta para provocar el daño sufrido por los actores, circunstancia fáctica alegada por el objetante que no fue determinada por los jueces del mérito y que, por el contrario, fue desestimada por éstos.*

*La Corte se encuentra, entonces, impedida de modificar la referida situación fáctica e instalar la que sirve de fundamento al yerro jurídico que se atribuye a la sentencia impugnada, por lo que el presente recurso de casación en el fondo no puede prosperar.*

*Santiago, trece de enero de dos mil once.*

**VISTOS:**

En estos autos Rol N° 7725-2008, juicio ordinario de indemnización de perjuicios, caratulados “Munilla de la Jara Gregorio con Fisco de Chile”, la parte demandante ha deducido recurso de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que revoca la sentencia de primer grado que acogía la demanda y decide, en cambio, su rechazo sin costas.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:****EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA:**

**Primero:** Que el recurso de nulidad formal alega como primera causal la contenida en el artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, esto es el extender la decisión a defensas no invocadas por las partes, lo que se produce al imputar el fallo culpa al actor por detención imprudente e indebida que no fue formulada por la defensa del Fisco.

Sostiene el recurrente que en sus escritos de contestación y réplica el Fisco demandado, respecto de la responsabilidad que le asistiría al actor en los hechos, señaló que “no se puede desconocer que en el caso se encuentra comprometida la conducta y responsabilidad personal del demandante don Gregorio José Pablo Munilla de la Jara, quien, en su calidad de conductor del automóvil en que se desplazaba junto a su familia, estaba sujeto a una serie de obligaciones impuestas, especialmente responsabilidad por la ley del Tránsito, cuyo cumplimiento no nos consta”. Estima el recurrente que ello no constituye una alegación en orden a que el señor Munilla se detuvo en lugar prohibido o que no conducía atento a las condiciones del tránsito del momento, lo que habría tenido que acreditar la demandada.

Añade que por haberse limitado la demandada a sostener sólo que era posible que existiera una infracción por parte del actor, el vicio se produce al extender la sentencia sus razonamientos y decisión a aspectos que no fueron materia de alegaciones o defensas.

Agrega que la misma infracción se produce al concluir los sentenciadores que el actor no se detuvo en la faja fiscal adyacente a la berma, teniendo la posibilidad de hacerlo, circunstancia no alegada por el Fisco y que lleva a modificar la causa alegada por el demandado para eximirse de responsabilidad, incorporando al proceso un hecho nuevo que no fue parte de la defensa.

**Segundo:** Que el recurrente indica que el vicio denunciado es trascendental ya que de no haberse producido se habría confirmado la sentencia de primer grado, perjuicio que sólo es enmendable mediante la invalidación del fallo recurrido.

**Tercero:** Que como segunda causal de casación en la forma el recurrente alega aquella contenida en el numeral 5° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación a lo que dispone

el artículo 170 del mismo cuerpo de leyes en sus numerales 4° y 6°. Fundamenta la concurrencia de esta causal indicando que por un lado el fallo recurrido no emitió pronunciamiento respecto de la excepción principal opuesta por el Fisco, cual es el caso fortuito, y por otro carece de consideraciones de hecho y de derecho que sirvan de fundamento al fallo por falta de análisis de la prueba rendida y por ausencia de consideraciones.

Respecto a la falta de decisión del asunto controvertido explica que el Fisco fundó su falta de responsabilidad en dos aspectos: el primero, que el responsable del accidente habría sido un camión; y el segundo, que el Fisco de Chile no estaba en condiciones de evitar que el demandante no percibiera o no pudiera esquivar el hoyo en la carretera. Añade que lamentablemente el fallo omite pronunciarse respecto del caso fortuito alegado. Lo anterior, al decir del recurrente, resulta fundamental pues si el Fisco no acreditó la responsabilidad del camión y tampoco probó que no pudo haber evitado la caída al hoyo, entonces una clara responsabilidad le asiste en lo sucedido, en particular a la detención obligada del señor Munilla en la carretera debido al mal estado de la vía, acreditada y establecida por los jueces de fondo.

En cuanto a la falta de fundamentación del fallo sostiene que tal circunstancia se configura por una falta de examen de la prueba rendida al determinar la negligencia del actor. Aduce que una atenta lectura del fallo recurrido permite comprobar que no se ha cumplido con el requisito en cuestión, pues pese a la profusa prueba rendida por su parte, entre la que figuran tres informes periciales, catorce testigos y abundante prueba documental, los sentenciadores optaron por no mencionarla en sus razonamientos. Indica que en el fallo no se explica cómo se ponderó la prueba, ya que aun cuando la menciona y en algunos pasajes la transcribe, no expone por qué razón prefiere y otorga pleno valor a la medición que sobre el ancho de la berma se efectuó en otro proceso por sobre la prueba pericial rendida en autos, ni la razón para considerar la zarpa con desnivel que existe en el lugar contigua a la berma para determinar el ancho de ésta, ni por qué se prefiere la declaración del testigo del Fisco señor Rebolledo por sobre la declaración de tres testigos de su parte.

Sobre el segundo hecho en que se fundamenta esta causal señala que el fallo carece de fundamentos pues en su motivo undécimo sostiene que el actor detuvo su vehículo en la berma por tener espacio

suficiente y en cambio en el fundamento trigésimo segundo expresa que el vehículo del actor se estacionó en la berma ocupando parte de la calzada. De ello concluye que se trata de dos considerandos contradictorios que no pueden subsistir porque uno descarta el otro, lo que deja al fallo desprovisto de fundamentación y configura la causal esgrimida.

**Cuarto:** Que al explicar el perjuicio producido por el vicio denunciado indica que ello impide saber la razón que ha tenido el sentenciador para descartar la abundante prueba rendida por su parte y la contradicción entre sus fundamentos han llevado a rechazar la demanda que, a su juicio, debió ser acogida por encontrarse acreditados sus fundamentos.

**Quinto:** Que respecto de la primera causal alegada, esto es ultrapetita y que reprocha a la sentencia impugnada el haberse extendido a puntos no sometidos a su decisión, se debe consignar que lo sometido a conocimiento y resolución del tribunal es la determinación de la responsabilidad que le cabría al Fisco en los hechos que ocasionaron el accidente en que resultaron lesionados los ocupantes del vehículo que conducía don Gregorio Pablo Munilla de la Jara, responsabilidad que proviene de la mala mantención de la carretera y que a juicio de la demandante constituye una falta de servicio.

**Sexto:** Que la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el fallo recurrido, rechazó la demanda considerando que si bien en la especie existió falta de servicio por el regular estado en que se encontraba la ruta E-66, no existió relación de causalidad entre esa circunstancia y los daños cuyo pago se demanda.

En consecuencia, de la lectura y análisis completo del fallo que se revisa es posible concluir que en éste se contiene la decisión del asunto que fue sometido a su conocimiento.

**Séptimo:** Que a mayor abundamiento el Fisco de Chile, al contestar la demanda, dentro de sus alegaciones incluyó una eventual responsabilidad del conductor del vehículo siniestrado señor Munilla, quien estaba sujeto a una serie de obligaciones impuestas especialmente por la Ley del Tránsito, cuyo cumplimiento no le consta y que estima derechamente incumplió, por lo que el fallo no incurre en ultrapetita al referirse a la determinación de esa circunstancia.

**Octavo:** Que, de este modo, la primera de las causales invocadas para sustentar el recurso de nulidad formal en la especie no concurre.

**Noveno:** Que respecto a la segunda causal referida a la falta de decisión del asunto controvertido, baste para rechazar el recurso lo expresado en los motivos quinto y sexto en que se ha dejado establecido que la controversia versó sobre la falta de servicio del Fisco y su responsabilidad en los perjuicios sufridos por los demandantes, cuestión sobre la cual precisamente se pronuncia el fallo recurrido rechazando la demanda.

A mayor abundamiento, del motivo sexto letra b) de la sentencia de fs. 1164 se advierte que en ella se contienen los razonamientos que se refieren a los supuestos fácticos que constituyen el caso fortuito alegado y que se retoman en el motivo decimosexto, en el que se concluye que los daños sufridos por los actores se produjeron como consecuencia de la colisión de que fueron víctima los demandantes por parte de un camión conducido por un tercero que se dio a la fuga, motivo que lleva a los sentenciadores a rechazar la demanda.

**Décimo:** Que respecto a esta misma causal en cuanto denuncia la omisión de consideraciones de hecho y de derecho en que se fundamenta el fallo por falta de examen de la prueba rendida, cabe consignar que el fallo impugnado por el presente arbitrio, en sus motivos sexto en adelante hace un extenso análisis de la prueba rendida en la causa, deteniéndose en su motivo trigésimo segundo en aquélla que justifica la responsabilidad que le habría cabido al conductor del vehículo en que viajaban los actores.

De este modo, los supuestos en que se apoya la causal no resultan efectivos.

**Undécimo:** Que finalmente la contradicción que el recurrente advierte entre los motivos undécimo y duodécimo no es tal, ya que en ambos se concluye que la berma tenía el ancho apropiado para que un vehículo pudiera estacionarse completamente dentro de ella, pero que de las declaraciones prestadas por el actor en la causa criminal ésta sería insuficiente por lo que ocupó parte de la calzada, hecho que además se incluye en la demanda para fundamentar el mal estado de la vía.

**Duodécimo:** Que por lo expuesto, no concurriendo los supuestos sobre los cuales se fundamenta la petición de nulidad formulada por el recurso de casación en la forma, éste no podrá prosperar.

**EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO:**

**Décimo Tercero:** Que en un primer capítulo el recurso denuncia infracción a los artículos 2314, 2317, 2329 y 2330 del Código Civil y del artículo 4° de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado por una errónea aplicación de dichas normas. Señala que la vulneración se produce al concluir el fallo en forma errónea que no hay relación de causalidad entre la negligencia del Fisco y los daños demandados, no obstante haber dado por acreditada la responsabilidad del Fisco en el mal estado del camino, que provocó que uno de los neumáticos del vehículo en que transitaba el actor se reventara por haber caído a uno de los baches existentes en la ruta; y además porque la circunstancia de que el señor Munilla se haya expuesto imprudentemente al riesgo, según la tesis que desarrolla el fallo, sería a lo sumo una causal atenuante para reducir la apreciación del daño, pero en caso alguno de eximente de responsabilidad.

**Décimo cuarto:** Que el segundo capítulo del arbitrio denuncia vulneración de los artículos 45 y 1698 del Código Civil, por haberse hecho una incorrecta aplicación de tales normas. Refiere el recurrente que al omitir el fallo la determinación respecto a si el caso fortuito alegado por el Fisco concurrió o no en la especie, pero dar por implícitamente acreditada la responsabilidad del conductor del camión que impactó al vehículo conducido por Gregorio Munilla, sin reparar que la detención de él en la berma se debió al mal estado de la calzada, el fallo infringe estos preceptos.

**Décimo quinto:** Que el tercer capítulo del recurso estima vulnerados los artículos 384, 408, 425 y 428 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 1698, 1702, 1703, 1704 y 1705 del Código Civil, normas que califica de reguladoras de la prueba, y que se habría producido por una errónea aplicación de estas normas al dar por establecido el fallo que la berma poseía el ancho adecuado para que los vehículos en caso de emergencia pudieran estacionarse en el lugar, cumpliendo con el objetivo para el cual fue diseñada, elemento determinante de la responsabilidad del Fisco, conclusión que se contrapone a lo informado por el perito señor Reyes no objetado de contrario, en el que concluye que la berma tiene un ancho de 1 metro, por lo que no permite la detención completa de un vehículo en ella. Asimismo estima que ha existido un error al determinar el valor probatorio de las fotografías tomadas en la inspección ocular. Añade que esta conclusión es contradictoria con la que atribuye completa responsabilidad

al camión, ya que si la berma tenía el ancho suficiente el camión no pudo tener responsabilidad alguna en los hechos. Finalmente extiende esta infracción a aquella parte del fallo que atribuye responsabilidad al conductor señor Munilla en relación a la velocidad que conducía su vehículo al momento de sufrir el desperfecto del neumático que lo obligó a su detención, porque ello se concluye sin imputarle una responsabilidad específica o un manejo descuidado por exceso de velocidad.

**Décimo sexto:** Que al explicar la forma en que los errores denunciados influyen en lo dispositivo del fallo indica que de haberse dado correcta aplicación a las normas citadas se habría concluido que entre la responsabilidad del Fisco y los daños existía relación de causalidad, por lo que debió ser acogida la demanda.

**Décimo séptimo:** Que en primer término es conveniente analizar si se ha producido infracción a las normas reguladoras de la prueba, tal como se sostiene en el tercer capítulo del recurso, la que, como es sabido, se produce cuando los sentenciadores invierten el onus probandi o carga probatoria, rechazan medios que la ley admite o aceptan otros que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las pruebas producidas en juicio o alteran el orden de precedencia que la ley ha impuesto. De esta manera, el estudio de una eventual infracción de ley por este motivo queda circunscrito a verificar si la sentencia incurrió en alguna de tales situaciones. Precisado lo anterior, puede advertirse que ninguno de los antedichos supuestos ha sido denunciado en el recurso, toda vez que, como se ha puesto en evidencia en los considerandos precedentes, se ha limitado a plantear una divergencia en cuanto a la apreciación de la prueba rendida en la presente causa, lo que difiere del error jurídico que constituye la causal de nulidad de que se trata.

**Décimo octavo:** Que, en consecuencia, corresponde desestimar este capítulo de casación denunciado por la demandante, por cuanto no se ha desconocido el valor del informe pericial evacuado por don Ricardo Reyes Díaz sino que se ha ponderado tal antecedente de una manera diversa de la que sostiene el recurrente de casación. Asimismo, tanto las fotografías cuestionadas como la declaración de don Nicolás Augusto Mackay Alliende fueron ponderadas como parte integrante de la causa criminal que se tuvo a la vista y en tales circunstancias forma parte de la prueba agregada a ella, lo que no constituye vulneración a las leyes reguladoras de la prueba.

**Décimo noveno:** Que para analizar los otros dos capítulos del recurso es necesario consignar que los sentenciadores del grado dieron por establecidos como hechos de la causa los siguientes:

a) Que la carretera E-66 por la cual los demandantes transitaban el día 16 de septiembre del año 2002 se encontraba en regular estado, producto de las imperfecciones que la afectaban, lo que constituye una falta de servicio por parte de la Administración, por lo que el vehículo que conducían cayó a uno de los hoyos que había en dicha ruta, dañándose el neumático trasero derecho del mismo.

b) Que la causa del daño producido en el presente caso fue el impacto que un camión produjo en el vehículo que transportaba a los demandantes, camión que una vez ocurrido el hecho dañoso se dio a la fuga.

**Vigésimo:** Que como se advierte, el motivo de nulidad sustancial en que se denuncia infracción de los artículos 2314, 2317, 2329 y 2330 del Código Civil y 4º de la Ley N° 18.575 de acuerdo a su primer capítulo y 45 y 1698 del Código Civil, en su segundo capítulo, discurre sobre la base de hechos diferentes de aquéllos establecidos por los jueces del fondo, sin que se hubiese comprobado infracción de normas reguladoras de la prueba. En efecto, el recurso en estudio pretende establecer que la falta de servicio en que incurrió el Fisco fue apta para provocar el daño sufrido por los actores, circunstancia fáctica alegada por el objetante que no fue determinada por los jueces del mérito y que por el contrario fue desestimada por éstos, al expresar que la causa de los daños que se demandan en autos fue el impacto que un camión produjo en el vehículo que transportaba a los demandantes.

**Vigésimo primero:** Que de tal forma este tribunal se encuentra impedido de modificar la referida situación fáctica e instalar la que sirve de fundamento al yerro jurídico que se atribuye a la sentencia impugnada, por lo que el presente recurso de casación en el fondo no puede prosperar.

De conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767 y 808 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos contra la sentencia de doce de septiembre de dos mil ocho, escrita a fs. 1164, en lo principal y primer otrosí de la presentación de fs. 1180, respectivamente.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.  
Rol N° 7725-2008.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sr. Haroldo Brito, Sr. Guillermo Silva y el Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández. No firman, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro Sr. Silva por estar con permiso y el Abogado Integrante señor Hernández por estar ausente al momento de firmar. Santiago, 13 de enero de 2011.

Autorizada por la Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a trece de enero de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



## CORTE SUPREMA

**Mundaca Solís, Carlos con Fisco de Chile**

**30 de mayo de 2011**

**RECURSO PLANTEADO:** *Recursos de casación en el fondo.*

**DOCTRINA:** *Al no pesar sobre la Administración del Estado, desde el 1 de mayo de 2002, la obligación de nombrar una Comisión Médica Especial que examine a los bomberos accidentados en actos de servicio, en conformidad a lo establecido en el artículo 2° inciso 2° del Decreto Ley N° 1757, no pudo ella incurrir en “falta de servicio” por no nombrar las mismas desde la señalada fecha. En virtud de ello infringen los sentenciadores recurridos lo establecido en los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575 al concluir existió falta de servicio por la Intendencia Regional, pues dicho órgano administrativo cumplió, mientras le fue exigible, con la obligación de nombrar una Comisión Médica Especial para Bomberos, y ello impide, entonces, que se genere la responsabilidad extracontractual del Estado pues falta su elemento básico, cual es el hecho o acto generador de la misma.*

Santiago, treinta de mayo de dos mil once.

### **VISTOS:**

En estos autos rol N° 2484-2009 sobre indemnización de perjuicios en procedimiento de hacienda, caratulados “Mundaca Solís, Carlos con Fisco de Chile”, el demandado dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que revocó la sentencia de primera instancia y acogió la demanda, condenando al Fisco al pago de la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000) a título de indemnización de perjuicios por daño moral.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

Primero: Que como un primer capítulo el recurso denuncia la infracción del artículo 2°, inciso 2°, del Decreto Ley N° 1757, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 19.798.

Explica el recurrente que en el artículo 2° de la referida ley, que entró en vigencia el 1° de mayo de 2002, el legislador reguló la situación de las indemnizaciones y beneficios otorgados a bomberos con anterioridad, es decir, bajo el amparo del Decreto Ley N° 1757. Se dejó así sin regular los casos en que la indemnización y el beneficio no hayan sido concedidos en forma previa, lo que implica que el régimen intertemporal no puede hacerse extensivo ni a la designación ni al funcionamiento de la comisión de médicos nombrados por el Intendente, cobrando plena eficacia lo obrado por las Comisiones Médicas del Compín que evaluaron al demandante y que determinaron que no estaba inválido ni parcial ni totalmente y que su dolencia no era producto del accidente bomberil.

La sentencia, señala, incurre en error de derecho al no haber aplicado lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 19.798, que establece que la comprobación de accidentes bomberiles quedó a cargo de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez correspondiente al territorio del Servicio de Salud donde ocurrió el accidente y en esas circunstancias no es posible indemnizar al actor por no haberse nombrado una comisión a la fecha del accidente.

Agrega que es un hecho acreditado en la causa y reconocido por el demandante que éste se sometió a evaluación de las comisiones médicas del Compín que lo examinaron y declararon que no tenía invalidez.

De haberse dado estricta aplicación a las disposiciones de la Ley N° 19.798 se habría concluido que las comisiones nombradas por la Intendencia Regional, las cuales evaluaron al actor, cumplieron efectivamente con lo dispuesto en la normativa legal que las creó, debiendo confirmar la sentencia de primera instancia y rechazar la demanda por falta de servicio.

Segundo: Que como un segundo capítulo denuncia la infracción del artículo 42 de la Ley N° 18.575, pues al actor le correspondía acreditar la falta de servicio; sin embargo no probó los hechos en que fundó su acción, no dándose los presupuestos para calificar como falta de servicio las actuaciones de la Intendencia Regional. Agrega que

se ha hecho una errada interpretación del artículo señalado, pues no basta la relación causal entre el hecho y el daño ocasionado para que nazca la responsabilidad reclamada, y aun en el caso de aceptarse tal hipótesis el nexo causal no se acreditó. Indica que la Ley N° 18.575 reglamenta la responsabilidad del Estado por los daños que causen sus órganos administrativos y que el artículo 42 dispone que los órganos o servicios de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. Existe esa falta de servicio cuando algún órgano del Estado no funciona o no actúa teniendo la obligación de hacerlo, cuando funciona en forma deficiente o tardíamente, por lo que la responsabilidad del Estado sigue siendo subjetiva, basada en la culpa del servicio, lo que implica un juicio de reproche que excluye la responsabilidad objetiva del Estado.

Tercero: Que, continúa exponiendo como nuevo capítulo, la infracción al artículo 1698 del Código Civil en relación al 384 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a que el actor debió probar los hechos que motivaron la demanda. Correspondía al actor acreditar la existencia de la falta de servicio alegada. Sin embargo, el demandante limitó su actividad procesal a tratar de probar un supuesto daño moral, pero no la relación de causalidad entre su eventual daño y la causa del mismo.

Expresa que, en relación a la forma de establecer la falta de servicio se infringieron los artículos señalados, pues con un oficio se dio por establecida la falta de servicio al haber nombrado las comisiones fuera de los plazos establecidos en la ley. Este razonamiento infringe las normas señaladas, por cuanto se encuentra acreditado con la declaración de tres testigos contestes en los hechos y circunstancias esenciales, sin tachas, legalmente examinados, quienes dieron razón de sus dichos, que las comisiones fueron nombradas y que el actor se sometió a sus evaluaciones cuando lo requirió. Así, tales declaraciones constituyen plena prueba atendido que no fueron desvirtuadas por otra prueba en contrario, de acuerdo al artículo 384 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 1698 del Código Civil, en cuanto a la existencia de las comisiones y de haberse efectuado la evaluación del demandante.

Agrega en relación a la forma de establecer el daño moral, que se infringió el artículo 1698 del Código Civil en relación con el artículo 1712, porque sobre la base de una presunción de molestias se determina que el actor sufrió un daño moral no probado, es decir me-

diante una simple presunción se revoca el fallo de primer grado acogiendo la demanda, lo que constituye un error atendido que el artículo 1712 del Código Civil establece que las presunciones que deduce el juez deben ser graves, precisas y concordantes.

Cuarto: Que además expone que se incurrió en infracción a los artículos 2314 y 2329 del Código Civil en relación al artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, ello porque el artículo 2314 establece como requisito esencial para indemnizar la ocurrencia del daño, el que no se encuentra acreditado. En la especie, el demandante no probó suficientemente los hechos que serían constitutivos de daño moral, atendido que desde 1985 a esta fecha ha trabajado. Se infringe además el artículo 2329, ya que la sentencia declaró que se debe reparar o indemnizar lo que parece un daño, en circunstancias que sólo se trataba de una molestia, por el retardo en la designación de una comisión.

Por último, señala, las disposiciones legales infringidas lo fueron en relación al artículo 160 del Código de Procedimiento Civil que establece que las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, lo que no ocurrió en la especie toda vez que en estos autos no se acreditó el daño.

Quinto: Que como último capítulo señala que se infringe por los sentenciadores el artículo 19 del Código Civil, pues no se ajustaron al tenor literal del inciso segundo del artículo 1° del Decreto Ley N° 1757 modificado por el artículo 1° ordinal 1, N° 1, de la Ley 19.798, como tampoco han interpretado en forma armónica las distintas normas contenidas en los artículos 1698, 1712, 2314 y 2329 del Código Civil, que resultan atinentes como se ha denunciado.

Sexto: Que el recurso explica que las infracciones de ley denunciadas influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo por cuanto, de no haberse configurado, la sentencia habría confirmado la de primera instancia, por lo que pide se invalide el fallo y se dicte sentencia de reemplazo que confirme la de primer grado y rechace la demanda.

Séptimo: Que para entrar al análisis del recurso es preciso tener presente que se establecieron como hechos de la causa, en la sentencia de primer grado y en considerandos que la de segunda instancia mantuvo:

a) Que el actor en el año 1985, como voluntario del Cuerpo de Bomberos de Chillán, sufrió un accidente en acto de servicio.

b) Que en el año 2000 solicitó al Intendente Regional el nombramiento de la Comisión Médica que debía examinarle para evaluar las consecuencias del accidente sufrido.

c) Que las tres últimas comisiones médicas fueron nombradas por el Intendente de la Región el 24 de mayo de 2000, el 18 de abril de 2001 y el 25 de marzo de 2002.

d) Que el actor fue examinado por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez de Ñuble, el 14 de febrero de 2002, la cual fijó un 0% de incapacidad.

e) Que el demandante luego fue examinado el 03 de abril de 2002 por la Comisión Médica para Bomberos, nombrada por el Intendente, estableciéndose como incapacidad del actor un 75%, con permanencia definitiva de la enfermedad desde el año 2002.

f) Que por último el actor fue nuevamente evaluado por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez el 08 de abril de 2003, organismo que reiteró en dictamen del 16 de julio de 2003 el diagnóstico inicial, esto es un 0% de incapacidad con motivo del accidente en el año 1985.

Luego la sentencia de segunda grado establece:

g) Que conforme lo establece el Decreto Ley N° 1757, el Intendente debía nombrar comisión de médicos dentro de los 15 últimos días cada año para el análisis de la naturaleza de las incapacidades por accidentes y enfermedades de miembros de Cuerpos de Bomberos; y que dicha obligación de nombrar comisiones cesó con la modificación introducida por la Ley N° 19.798, así a partir del 01 de mayo de 2002 dicho análisis es realizado por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez.

h) Que el Intendente Regional sólo cumplió con su obligación legal de nombrar la comisión dentro de los últimos 15 días de cada año en el año 1992, pues el resto de los años lo hizo fuera de los plazos establecidos en la normativa.

Octavo: Que sobre la base de tales hechos los sentenciadores concluyen que es evidente el incumplimiento, por parte del Intendente Regional, de nombrar la Comisión Médica dentro del plazo establecido en el Decreto Ley N° 1757 y que esa irregular situación no puede soslayarse con nombramientos efectuados en épocas distintas a las establecidas. Exponen que no tiene mayor importancia que el actor se sometiere voluntariamente a ser examinado por comisiones

nombradas fuera de plazo o por órganos distintos a los previstos, pues lo que interesa es que los órganos de la Administración cumplan debidamente con las funciones que legal y reglamentariamente se les asignen y de la forma que se establezca.

Concluyen que el periplo que sufrió el demandante, quien era derivado de una oficina a otra, en un primer momento lo fue bajo la vigencia del Decreto Ley N° 1757, efectivamente le causó un daño moral, manifestado en las molestias de carácter psicológico que éste sufrió y sufre con motivo del constante deambular por diversas oficinas en busca de solución, daño que debe ser indemnizado por haberse configurado una falta de servicio, pues éste claramente no se prestó en forma oportuna, en conformidad a lo establecido en los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575, fijando prudencialmente la suma a indemnizar en \$10.000.000 (diez millones de pesos).

Agregan, sin embargo, que desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.798, el 01 de mayo de 2002, no debe el Intendente Regional nombrar la Comisión de Médicos para Bomberos pues la evaluación de los mismos es realizada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, por lo que rechazan la demanda en relación a la solicitud de ordenar al Intendente Regional nombrar la Comisión que examine al actor.

Noveno: Que en relación a los antecedentes de autos se debe destacar que el fundamento último de la demanda —y que representa el núcleo del asunto— radica en que los perjuicios que el actor dice haber sufrido tienen su origen en el hecho que el Intendente Regional no nombró la Comisión Médica que debía examinarlo, al ser requerido en el año 2001 y hasta la fecha, por lo que fue examinado por órganos no competentes. Ello conforme a la interpretación que realiza el recurrente de la normativa legal aplicable, en que concluye que atendido que el accidente que le causó la incapacidad cuya evaluación reclama se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.798, debe ser evaluado, aun en la actualidad, por una Comisión Médica nombrada por el Intendente Regional y no por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, razón por la cual además de la indemnización de perjuicios solicitó se ordene a la autoridad regional el nombramiento de una comisión que examine su estado de salud.

Décimo: Que útil resulta para resolver el asunto controvertido el análisis de las normas que regulan la materia. El artículo 1° inciso 1° del decreto ley N° 1757 establece “que los accidentes que sufran

y las enfermedades que contraigan los miembros de los Cuerpos de Bomberos, en actos de servicio, con ocasión de concurrir a ellos o en el desarrollo de labores que tengan relación directa con la institución bomberil, darán derecho a las indemnizaciones y beneficios que contempla el presente decreto ley". Por su parte el inciso 2° establecía: "Las circunstancias de hecho señaladas en el artículo precedente serán certificadas por Carabineros de Chile. La naturaleza de la incapacidad producida y la enfermedad contraída serán comprobadas y certificadas por una comisión de médicos que, en los últimos 15 días de cada año, designará el intendente regional respectivo". Dicho inciso segundo fue sustituido por la Ley N° 19.798 que entró en vigencia el 01 de mayo de 2002, el que actualmente establece: "Las circunstancias de hecho señaladas en el inciso precedente serán certificadas por Carabineros de Chile. La naturaleza de la incapacidad producida y de la enfermedad contraída, según corresponda, serán comprobadas y certificadas por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez del Servicio de Salud del territorio administrativo en que ocurriere el siniestro o acto que originare la prestación reclamada. La certificación deberá contener y determinar la naturaleza de la incapacidad producida o de la enfermedad contraída, calificando la incapacidad como temporal o permanente y determinando, en cada caso, el grado o porcentaje de incapacidad física o intelectual que afecte al accidentado o enfermo. Sin perjuicio de lo anterior, y en tanto se produzca la certificación señalada precedentemente, para obtener los beneficios que otorga este decreto ley por incapacidad temporal bastará un certificado otorgado por el médico tratante".

Undécimo: Que corresponde analizar el primer capítulo de infracción denunciado por el recurrente, esto es la infracción del artículo 2° inciso 2° del Decreto Ley N° 1757 modificado por el artículo 2° de la Ley N° 19.798, lo que en definitiva se traduce en determinar si en conformidad a la modificación introducida por este último texto legal, desde el 1 de mayo de 2002 es de competencia de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez del Servicio de Salud del territorio en el cual ocurrió el accidente del actor determinar la naturaleza de las dolencias del mismo para los efectos de establecer la procedencia de las indemnizaciones establecidas en el Decreto Ley N° 1757, lo cual se encuentra íntimamente relacionado con uno de los argumentos del segundo capítulo de infracción, esto es la vulneración del artículo 42 de la Ley N° 18.575, pues al concluirse la competencia de la Comi-

sión de Medicina Preventiva e Invalidez para examinar al actor desde la fecha indicada –atendido los hechos sentados en la causa– se excluye la hipótesis de haber incurrido el órgano del Estado –Intendencia Regional– en "falta de servicio", al no pesar sobre dicho órgano la obligación de nombrar una comisión especial para examinar a los bomberos accidentados, no concurriendo, por ende, los requisitos de responsabilidad extracontractual demandada.

Duodécimo: Que en primer término se debe descartar para el análisis del caso concreto realizar un análisis de legalidad de los actos de la Administración del Estado, pues ello escapa al margen de la presente acción que es una demanda de indemnización de perjuicios y no una demanda de nulidad de derecho público.

Décimo Tercero: Que centrado así el fondo de la cuestión a dilucidar, necesariamente se debe estar a los hechos sentados por los jueces de grado, en los cuales claramente se establece que el actor requirió el nombramiento de una comisión especial en conformidad a lo establecido en el artículo 2° inciso 2° del Decreto Ley N° 1757 el año 2001 y que el Intendente Regional nombró una Comisión Médica para Bomberos que examinó al actor el 03 de abril del año 2002. Además se dejó sentado que antes y después de ello fue examinado por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez.

Décimo Cuarto: Que, además, tal como lo concluyen los jueces de fondo, desde el 01 de mayo de 2002 ya no pesa sobre el Intendente Regional la obligación de nombrar una Comisión Médica para Bomberos, sino que la determinación de la naturaleza de las dolencias de los mismos para efectos de indemnizaciones establecidas en el Decreto Ley N° 1757 es de competencia de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez del Servicio de Salud del territorio administrativo en que ocurre el siniestro. Así desde la mencionada fecha ninguna actividad pudo exigirse al Intendente Regional en relación al nombramiento de la Comisión de Médicos, y en virtud de ello cobra absoluto valor el dictamen de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez del 18 de julio de 2003 que determinó un 0% de incapacidad del demandante derivada del accidente que sufrió en el año 1985, pues concluyó que sus actuales dolencias no tienen origen en aquel siniestro.

Décimo Quinto: Que, en consecuencia, no se configura el primer requisito de la responsabilidad del Estado por "falta de servicio", contemplada en el artículo 42 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, esto es

el hecho o acto generador de la responsabilidad demandada, pues el Intendente Regional cumplió con su obligación de nombrar la Comisión Médica que debía examinar al actor, no siéndole imputables las razones por las cuales la Superintendencia de Seguridad Social requirió un nuevo dictamen.

Décimo Sexto: Que de lo expuesto cabe concluir que yerran los jueces de fondo al establecer la responsabilidad del Estado por “falta de servicio” derivándola del hecho de no nombrar en los últimos 15 años el Intendente Regional las comisiones médicas que debían examinar a los bomberos accidentados en actos de servicio, dentro de los plazos establecidos por la ley, pues en primer término sólo en el año 2000 hubo requerimiento del actor en tal sentido, nombrándose la comisión en abril de 2002; así, aun en el caso de haberse nombrado extemporáneamente, dicho acto administrativo existió y si está afecto a algún vicio de legalidad es una cuestión que escapa al marco de la litis por no ser éste un juicio en que se discuta su anulación, no pudiendo ello de modo alguno afectar al recurrente.

Décimo Séptimo: Que en el mismo orden de ideas, al no pesar sobre el Órgano de la Administración del Estado, desde el 1 de mayo de 2002, la obligación de nombrar una Comisión Médica Especial que examine a los bomberos accidentados en actos de servicio en conformidad a lo establecido en el artículo 2º inciso 2º del Decreto Ley Nº 1757, no pudo incurrir en “falta de servicio” por no nombrar las mismas desde la señalada fecha. En virtud de ello infringen los sentenciadores lo establecido en los artículos 4 y 42 de la Ley Nº 18.575 al concluir que se incurrió en falta de servicio por la Intendencia Regional, pues dicho órgano administrativo cumplió, mientras le fue exigible, con la obligación de nombrar una Comisión Médica Especial para Bomberos, y tal como se adelantó, ello impide que se genere la responsabilidad extracontractual del Estado pues falta su elemento básico, cual es el hecho o acto generador de la misma.

Décimo Octavo: Que las señaladas transgresiones de ley influyeron sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia recurrida, pues indujeron a hacer lugar a la demanda.

Conforme a lo precedentemente razonado, procede acoger la impugnación.

Y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 764, 767, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fojas 653 en contra

de la sentencia de treinta de enero de dos mil nueve, escrita a fojas 648, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.

Rol N° 2484-2009.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B., Sr. Haroldo Brito C. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. No firman los Ministros señor Carreño y señora Araneda, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con permiso el primero y en comisión de servicios la segunda. Santiago, 30 de mayo de 2011.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a treinta de mayo de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

## CORTE SUPREMA

**Consejo de Defensa del Estado con Sociedad de Inversiones Piedras Moras S.A., Forestal Candelaria de Río Puelo S.A. y González Asencio, Mario**

**31 de agosto de 2010**

**RECURSO PLANTEADO:** *Recursos de casación en el fondo.*

**DOCTRINA:** *El daño ambiental definido en el artículo 2° letra e) de la Ley de Bases del Medio Ambiente puede tener efectos de carácter temporal, como en el caso que se produce contaminación acústica por faenas que producen un ruido que sobrepasa las normas permitidas, los que llegarán a su fin cuando se concluyan las obras y que, además, pueden ser mitigados con medidas tales como sistemas de aislamiento de ruido; o de carácter permanente, lo que se produce, por ejemplo, en el caso en estudio, con la tala de alguna especie natural protegida y cuya recuperación no resulta posible cualquiera sea la medida que al respecto se adopte.*

*Esta afectación de carácter permanente que se ha producido en el presente caso y que se traduce en la pérdida definitiva e irreparable de veinticinco ejemplares de la especie “alerce”, protegida como monumento natural por el Estado de Chile, constituye una disminución de la biomasa o biodiversidad, definida en el artículo 2° letra a) de la Ley N° 19.300, la que conforma el patrimonio ambiental de la Nación, lo que evidentemente constituye un daño o perjuicio que otorga al Estado el derecho para solicitar a través de los organismos correspondientes su resarcimiento compensatorio por medio de la acción indemnizatoria deducida en autos.*

*Además, de estimarse lo contrario, implicaría que la función de prevención especial y general que debe cumplir la responsabilidad*

*ambiental se vería disminuida si sus propias normas la limitaran solamente a la reparación en naturaleza, negando al Estado, que aparece como garante del patrimonio ambiental de la Nación, solicitar la indemnización correspondiente por aquella parte que resulta imposible de reparar:*

*Voto disidente: De la sola lectura del artículo 53 de la Ley N° 19.300 es posible apreciar el sentido de dicho texto, en cuanto, distinguiendo claramente dos acciones, reparatoria del medio ambiente e indemnizatoria, solamente respecto de la primera cuidó de sindicarse expresamente como legitimado activo a todo evento entre otros, al Estado de Chile, en tanto reservó la segunda, esto es la indemnizatoria, al “directamente afectado”, calidad o titularidad que el Estado de Chile no tiene pues indiscutidamente no se trata de bienes fiscales ni de bienes nacionales de uso público.*

Santiago, treinta y uno de agosto de dos mil diez.

#### VISTOS:

En estos autos Rol 5027-2008 tanto la parte demandante del Fisco de Chile como los demandados Sociedad Forestal Candelaria Río Puelo, Inversiones Piedras Moras S.A. y Mario González Asencio interpusieron recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que revocó la sentencia de primera instancia en cuanto acogía la demanda indemnizatoria deducida por el Fisco, rechazando dicha acción y confirmó el mismo fallo en cuanto por éste se condena a las sociedades demandadas a la restauración y reparación material del medio ambiente dañado, con costas. Se trajeron los autos en relación.

#### Considerando:

#### EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO DEDUCIDO A FS. 487 POR LOS DEMANDADOS:

Primero: Que el recurso denuncia que la sentencia impugnada, al rechazar su alegación de falta de legitimación pasiva, ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil y en los artículos 3°, 51 y 53 de la Ley N° 19.300, infracción que se produce al realizar una interpretación extensiva y errónea de las citadas normas de la Ley N° 19.300 referida.

Segundo: Que al explicar la forma en que se ha producido la infracción indica que la norma contenida en el artículo 51 de la Ley N° 19.300, junto con el artículo 3° de la misma ley, que constituyen la piedra angular de la responsabilidad por daño ambiental, establecen un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa que contiene el Código Civil, para lo cual es necesario acreditar la culpa o dolo del autor del daño. Añade que el artículo 52 de la misma ley establece una presunción de responsabilidad del autor del daño en los casos que allí se indican, presunción que a su juicio sólo libera de la carga de probar la culpa o dolo del autor del daño ambiental, mas no de la carga de probar la autoría del mismo. Sostiene que, en consecuencia, era el Fisco quien debía acreditar la autoría en los hechos que atribuye a cada uno de los demandados, pues así lo exige el artículo 1698, lo que en la especie no ha ocurrido.

Tercero: Que en cuanto a la forma en que los errores denunciados han influido en lo dispositivo del fallo, las recurrentes indican que de haberse interpretado correctamente el ámbito de aplicación de la presunción contenida en el artículo 52 de la Ley N° 19.300, junto con la carga de la prueba contenida en el artículo 1698 del Código Civil, necesariamente se habría revocado la sentencia de primer grado por no haberse acreditado los actos que se imputan a cada uno de los demandados, lo que es exigido por los artículos 3 y 51 de la Ley citada.

Cuarto: Que a fin de resolver el recurso resulta conveniente consignar que se han establecido como hechos de la causa los siguientes:

a) Que los hechos que dieron origen a la demanda acaecieron en el predio denominado La Candelaria, de propiedad de la Sociedad de Inversiones Piedras Moras S.A., y la demandada Forestal Candelaria del Río Puelo S.A. es titular del contrato de explotación del bosque del mismo.

b) Que se ha provocado al medio ambiente un daño significativo con motivo de las cortas ilegales de alerce verde, coihue y mañío, afectando así componentes del ambiente, agua, suelo y biota.

c) Que se produjo un daño irreparable respecto al corte de 25 especies de alerce declarado monumento natural y que alcanzaban un diámetro de tres metros, los que podrían llegar a tener unos 3.000 años.

Quinto: Que asimismo consta que por sentencia ejecutoriada pronunciada en los autos Rol 420-2000 seguidos ante el Segundo Juz-

gado de Policía Local de Puerto Montt, iniciados con ocasión de los mismos hechos que motivan la presente causa, se condenó a la Sociedad de Inversiones Piedras Moras S.A., por infracción a la Ley de Bosques, a una multa de \$ 22.967.200, la que fue rebajada a la mitad por la Corte de Apelaciones de esa ciudad.

Sexto: Que el artículo 52 de la Ley N° 19.300 establece: “Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección o conservación ambientales, establecida en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”.

Séptimo: Que habiéndose establecido la responsabilidad infraccional de la demandada Sociedad de Inversiones Piedras Moras S.A. respecto de las normas sobre protección y conservación del medio ambiente, al producirse la tala de alerce vivo en el predio de su propiedad, cuya explotación se encontraba a cargo y bajo la responsabilidad de la Sociedad La Candelaria Río Puelo S.A., resulta plenamente aplicable la presunción establecida en el artículo 52 de la Ley N° 19.300 transcrito en el motivo anterior, sin que se pueda cuestionar nuevamente la existencia de tal responsabilidad so pretexto de no haberse verificado en forma cierta la identidad del autor material de la tala indiscriminada.

Octavo: Que por lo expuesto, al razonar como lo han hecho los jueces de la instancia, han dado correcta aplicación a las normas que se dicen infringidas, por lo que el recurso de casación en el fondo deducido por las sociedades demandadas no podrá prosperar.

#### EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO DEDUCIDO POR EL FISCO DE CHILE A FS.473.

Noveno: Que la parte demandante deduce recurso de casación en el fondo en el que denuncia que en el fallo recurrido se han vulnerado dos grupos de normas. En primer lugar, los artículos 2314, 2315 y 2329 del Código Civil, con relación a los artículos 3, 53 y 54 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. En segundo término, los artículos 19 inciso primero, 20, 22 inciso primero y 23 parte final del Código Civil.

Décimo: Que explica que la vulneración al primer grupo de normas se produce al restringir la sentencia recurrida la titularidad del Estado de Chile para ejercer la acción indemnizatoria, en circunstancias que la ley sólo limita tal acción al "directamente afectado" por el daño ambiental. Añade además que ninguna de las normas legales indicadas supedita la procedencia de la indemnización de perjuicios a la necesidad que la víctima o afectado sea propietario o poseedor del bien dañado, como lo hace la sentencia impugnada, bastando que este daño constituya una lesión a un interés jurídicamente protegido, que en el presente caso tiene el Estado de Chile sobre su patrimonio ambiental.

Undécimo: Que respecto del segundo grupo de normas que indica vulneradas explica que la infracción se produce al efectuar el tribunal de alzada una errada interpretación de las normas decisorias litis, esto es los artículos 2314, 2315 y 2329 del Código Civil y 3, 53 y 54 de la Ley N° 19.300, exigiendo requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria que la ley no establece.

Duodécimo: Que al explicar la forma en que estos errores han influido en lo dispositivo del fallo, sostiene que de no haber mediado estos errores de interpretación los sentenciadores habrían concluido que la legitimación activa del Estado de Chile para solicitar una indemnización de perjuicios no está dada por su calidad de propietario del predio en el que se ubican los alerces, sino por la afectación o detrimento de su patrimonio ambiental, esto es, por la lesión a un interés jurídicamente protegido. Concluye que de haber razonado como lo sostiene, los sentenciadores habrían confirmado la sentencia de primer grado, condenando a los demandados a reparar materialmente e íntegramente el daño ambiental causado y además a indemnizar al Estado de Chile por tal daño.

Décimo tercero: Que para resolver el recurso se debe consignar que ha quedado establecido como un hecho de la causa "que se produjo un daño irreparable respecto al corte de 25 especies de alerce declarado monumento natural y que alcanzaban un diámetro de tres metros, que podrían llegar a tener unos 3.000 años".

Décimo cuarto: Que ha de recordarse, además, que el artículo 53 de la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente autoriza el ejercicio de dos acciones diversas, a saber, la acción ambiental, que persigue la reparación del daño ambiental causado y cuyos titulares se enumeran en el artículo 54 de la misma ley; y la acción indemnizato-

ria, que entrega al directamente afectado por el daño y respecto de la cual se aplican las normas de la responsabilidad delictual y cuasidelictual contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

A su vez, el estatuto de la responsabilidad extracontractual exige para su procedencia la existencia de un hecho voluntario, la culpa o ilicitud de la conducta, el daño y la relación de causalidad.

En el presente caso, la legitimación activa del Fisco para deducir la acción indemnizatoria se cuestiona por no revestir éste la calidad de propietario de las especies dañadas con el actuar ilícito que se atribuye a los demandados, por lo que no tendría la calidad de "directamente afectado con el daño".

Décimo quinto: Que a fin de resolver este punto se debe tener presente que por Decreto Supremo N° 490 del Ministerio de Agricultura, de 1° de octubre de 1976, se declaró Monumento Natural a la especie forestal Alerce o Lahuén, cuyo nombre científico corresponde al de *Fitzroya cupressoides*, declaración que se sustenta en el Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 531, de 23 de agosto de 1967, que previa aprobación del Congreso Nacional ordenó cumplir como ley de la República la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, firmada en la ciudad de Washington el 12 de octubre de 1940.

Tal declaración reviste particular importancia respecto de especies vegetales en peligro de extinción o cuya densidad poblacional se encuentre evidentemente reducida o puedan calificarse como vulnerables, raras o escasamente conocidas, ya que prohíbe su corta, descepadura o explotación a fin de conservarlas en su medio ambiente natural, preservando su diversidad genética y evitando su extinción o menoscabo por cualquier medio o alcance del hombre. La importancia de declaración de monumento natural para una especie vegetal radica en que ella equivale a poner la especie en veda permanente, ya que la protección absoluta o inviolabilidad supone que ningún ejemplar de la especie, donde quiera que se encuentre, puede ser intervenido de modo alguno ni para ningún fin, excepto para realizar investigaciones científicas. De esta manera se protege los ejemplares que se encuentren fuera de las áreas de explotación prohibida, tanto en terrenos de dominio público como privado.

Décimo sexto: Que continuando con el análisis seguido hasta ahora, se debe tener presente que el daño ambiental definido en el artículo 2° letra e) de la Ley de Bases del Medio Ambiente puede tener

efectos de carácter temporal, como en el caso que se produce contaminación acústica por faenas que producen un ruido que sobrepasa las normas permitidas, los que llegarán a su fin cuando se concluyan las obras y que además pueden ser mitigados con medidas tales como sistemas de aislamiento de ruido, o cuando se produce contaminación atmosférica por una chimenea industrial que emite determinadas partículas contaminantes, la que se evitará ordenando cesar el uso de la fuente emisora y que con condiciones climáticas favorables verá disminuido su impacto. Pero también los efectos del daño ambiental pueden ser de carácter permanente, lo que se produce, por ejemplo, como en el caso en estudio, con la tala de alguna especie natural protegida y cuya recuperación no resulta posible cualquiera sean las medidas que al respecto se adopten, lo que como se estableció por los sentenciadores de la instancia se tradujo en el corte de 25 especies de alerce declarado monumento natural y que alcanzaban un diámetro de tres metros, que podrían llegar a tener unos 3.000 años, especies que no será posible recuperar ni aun por medio de la reforestación.

Décimo séptimo: Que esta afectación de carácter permanente que se ha producido en el presente caso y que se traduce en la pérdida definitiva e irreparable de 25 ejemplares de la especie "alerce", protegido como monumento natural por el Estado de Chile, constituye una disminución de la biomasa o biodiversidad, definida como tal en el artículo 2° letra a) de la Ley N° 19.300, que conforma el patrimonio ambiental de la Nación, lo que evidentemente constituye un daño o perjuicio que otorga al Estado el derecho para solicitar a través de los organismos correspondientes su resarcimiento compensatorio por medio de la acción indemnizatoria deducida en autos.

Décimo octavo: Que lo anterior se ve reforzado por lo que dispone el artículo 3° de la Ley N° 19.300, que establece la obligación de indemnizar el daño ambiental de conformidad a la ley. Ello, porque esa norma usa la conjunción "e", lo que implica que la reparación ambiental y la indemnización son compatibles y pueden acumularse, cuando la primera no es suficiente para resarcir la dimensión del daño causado, aplicándose a este respecto el estatuto de la responsabilidad extracontractual contenido en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, que obligan al responsable de un delito o cuasidelito al pago de una indemnización.

Además, de estimarse lo contrario, implicaría que la función de prevención especial y general que debe cumplir la responsabilidad

ambiental se vería disminuida si sus propias normas la limitaran sólo a la reparación en naturaleza, negando al Estado, que aparece como garante del patrimonio ambiental de la Nación, solicitar la indemnización correspondiente por aquella parte que resulta imposible de reparar, lo que significaría burlar el principio de responsabilidad contenido en la propia ley. (Alvaro Vidal Olivares. "Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley N° 19.300". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Año 2007).

Décimo Noveno: Que al no haberlo estimado así los sentenciadores de la instancia han incurrido en una infracción a lo dispuesto en los artículos 2314, 2315 y 2329 del Código Civil, en relación con los artículos 3, 53 y 54 de la Ley N° 19.300, por lo que el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco será acogido.

De conformidad asimismo con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 807 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I.- Que se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fs. 487 por las sociedades demandadas en contra de la sentencia de catorce de julio de dos mil ocho, escrita a fs. 468.

II. Que se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fs. 473 por el Fisco de Chile en contra de la misma sentencia, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta separadamente y a continuación.

Acordada en la parte que acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile con el voto en contra de la Ministra señora Egnem, quien estuvo por rechazar también ese arbitrio procesal toda vez que, en su concepto, no se ha vulnerado por los jueces del fondo las normas que en el mismo se señalan como infringidas, en virtud de las siguientes argumentaciones:

Primero: Que en primer lugar, de la sola lectura del artículo 53 de la Ley 19.300 es posible apreciar el sentido de dicho texto, en cuanto, distinguiendo claramente dos acciones, reparatoria del medio ambiente e indemnizatoria, sólo respecto de la primera cuidó de sindicarse expresamente como legitimado activo a todo evento entre otros, al Estado de Chile, en tanto reservó la segunda, esto es la indemnizatoria, al "directamente afectado" bajo la premisa de ser aplicables en este caso las normas generales de Código Civil, lo que no ha sido cuestionado.

Segundo: Que en la normativa de responsabilidad por daño antes referida del Código Civil, artículo 2314 y siguientes, emerge como

víctima del daño patrimonial –acotado de esta forma a partir del hecho que la demanda sobre el punto se funda aludiendo al daño producido al patrimonio ambiental y particularmente de las especies "más valiosas"– y por ende, como legitimado para ejercer la acción pertinente, quien ha sufrido menoscabo o detrimento en su patrimonio. Evidentemente se trata de un daño que traduce un significado económico que es necesario compensar o resarcir, sea porque se produjo una pérdida o disminución de su haber (daño emergente) o porque se amagó o disminuyó la posibilidad de incremento (lucro cesante). En cualquiera de estos escenarios, quien sufre o experimenta tales detrimentos es el titular de los bienes corporales dañados, en la especie declarados monumento nacional, calidad o titularidad que el Estado de Chile no tiene pues indiscutidamente no se trata de bienes fiscales ni de bienes nacionales de uso público, sino de especies privadas sujetas a las limitaciones del dominio para quien lo detenta, atendida la calidad ya mencionada de las especies de que se trata.

Tercero: Que precisamente por estar comprometido, en la preservación de la especie arbórea que es materia de esta causa, el interés general de la comunidad –que por lo mismo corresponde al Estado cautelar y asegurar– es que la ley acuerda expresamente a este último legitimidad activa para incoar y llevar adelante la acción reparatoria en relación con el medio ambiente. Sin embargo, ello no puede significar que se haga extensiva a favor del Estado, por esta vía, la acción para cobrar perjuicios por daño patrimonial, acudiendo –como lo revela el tenor de la demanda de autos– a una difusa conceptualización de daño que se desmarca del contenido y categorías de los perjuicios ya referidos en lo que precede y que corresponden a lo que el derecho común regula como patrimoniales.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño y del voto disidente su autora.

Rol N° 5027-2008. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito, Sra. Rosa Egnem y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, el Abogado Integrante Sr. Mauriz por estar ausente. Santiago, 31 de agosto de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a treinta y uno de agosto de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, treinta y uno de agosto de dos mil diez.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de su motivo séptimo, que se elimina.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que el Consejo de Defensa del Estado ha ejercido, además de la acción por daño ambiental, la acción de indemnización de perjuicios en contra de los demandados Sociedad de Inversiones Piedras Moras S.A., Forestal Candelaria de Río Puelo S.A. y de don Mario González Ascencio, fundándola en la responsabilidad civil extracontractual.

Segundo: Que las sociedades demandadas han alegado la falta de legitimación activa del Estado para solicitar la indemnización que establece en su parte final el artículo 53 de la Ley N° 19.300, la que se encuentra reservada al directamente afectado por el daño ambiental, calidad que a su juicio no reviste el Fisco de Chile.

Tercero: Que el artículo 53 de la Ley 19.300 contempla la posibilidad de solicitar indemnización por el daño ambiental causado al directamente afectado, calidad que no define, por lo que ha de estarse a la situación particular de cada caso concreto a fin de establecer quién es el autorizado para accionar por esta vía.

Cuarto: Que en primer término se debe considerar que el estatuto de la responsabilidad extracontractual del Código Civil, aplicable a la acción indemnizatoria en comento, no exige para su ejercicio revestir la calidad de propietario del bien afectado por el actuar ilícito, reconociendo en su artículo 2315 la posibilidad de solicitar la indemnización a quienes revisten calidades diversas, como poseedor, usufructuario, usuario o habitador, bastando que quien solicita el resarcimiento se haya visto lesionado en su patrimonio.

Quinto: Que tal como se razonó en el fallo de casación, el Estado de Chile reviste la calidad de "directamente afectado" atendida la especial situación jurídica de la especie vegetal sobre la cual recayó el daño, ya que por haberse declarado el alerce como Monumento Natural

con las consecuencias que ello implica, tanto su tala como su explotación se encuentran prohibidas. Asimismo, por tratarse de un perjuicio de carácter permanente que no admite reparación y que constituye una disminución en la biodiversidad que conforma el patrimonio ambiental de la Nación, el Estado de Chile se encuentra legitimado en este caso particular para demandar la indemnización que solicita.

Sexto: Que son requisitos para que exista responsabilidad extracontractual la existencia de un acto voluntario, la culpa o dolo del agente de esa conducta, el daño y la relación de causalidad, elementos todos que concurren en la especie ya que se ha determinado la responsabilidad infraccional de las sociedades demandadas, el daño sufrido por el Estado de Chile (en los términos que se indican en los motivos que preceden) y la relación existente entre el actuar que se reprocha a los demandados y el perjuicio producido.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 2314, 2315, 2329 del Código Civil y 186 del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia apelada de treinta de agosto de dos mil siete, escrita a fs. 269.

Acordada con el voto en contra de la Ministro señora Egnem, quien estuvo por revocar la sentencia de primer grado y rechazar la demanda deducida por el Fisco, en razón de las consideraciones formuladas en su disidencia contenida en el fallo de casación.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.

Rol N° 5027-2008. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito, Sra. Rosa Egnem y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Abogado Integrante Sr. Mauriz por estar ausente. Santiago, 31 de agosto de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a treinta y uno de agosto de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



**LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ESTADO DE CHILE  
EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS  
DERIVADOS DE DAÑOS AMBIENTALES EN PREDIOS DE  
PROPIEDAD PRIVADA. EL CASO DEL ALERCE**

**Rubén Saavedra Fernández<sup>1</sup>**

**1.- ANTECEDENTES**

El fallo que se comenta, constituye, a la fecha, una de las cinco sentencias dictadas por la Corte Suprema, en los más de ochenta juicios por responsabilidad ambiental iniciados por el Consejo de Defensa del Estado, desde el año 1999. Esta sentencia, sin duda, es una de las más relevantes, no solo por sus consecuencias prácticas en orden a dar una clara señal de protección del Patrimonio Ambiental de la Nación, sino por la doctrina jurídica que ha sentado en materia de legitimación activa del Estado de Chile en el ámbito indemnizatorio.

En el caso que nos convoca, la Corte Suprema ha establecido la legitimación activa del Estado de Chile respecto de la acción de indemnización de perjuicios derivados de daños ambientales en especies protegidas ubicadas en bienes de dominio privado, sentando un importante precedente jurisprudencial en la materia. En concepto de la Corte Suprema, el derecho a la indemnización no solo es procedente en casos en que el demandante sea propietario o poseedor de los bienes afectados –derechos subjetivos absolutos–, sino también cuando se trate de lesión o menoscabo a intereses jurídicamente

---

<sup>1</sup> RUBÉN SAAVEDRA FERNÁNDEZ. Abogado de la Universidad de Valparaíso, Magíster en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente se desempeña en la Unidad de Medio Ambiente del Consejo de Defensa del Estado.

protegidos. En el caso del Estado, por constituir la conservación del patrimonio ambiental de la nación un interés jurídico de carácter público, no resulta pertinente la distinción relativa a si el daño se produjo en bienes privados o públicos. La sentencia de la Corte Suprema presupone entender que en la tutela de los bienes ambientales que pertenecen al Patrimonio Ambiental de la Nación, se configura un claro interés público que legitima al Estado de Chile para un resarcimiento pecuniario, sin perjuicio de la eventual lesión de derechos subjetivos que podrían reclamar terceros, según sea el caso.

Como se puede constatar, la Corte Suprema ha sentado una importante doctrina en una materia en que si bien existe una línea jurisprudencial mayoritaria, abonada por importantes precedentes emanados de la propia Corte, no existe unanimidad. Así lo atestigua la existencia de un voto de minoría, que efectuó un esfuerzo de fundamentación, a fin de mantener el tópico del daño indemnizable y sus consecuentes aspectos de legitimación activa, dentro de los cánones de interpretación más restrictivos y clásicos en la materia.

Este proceso tuvo su origen en una demanda de reparación ambiental e indemnización de perjuicios interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado en representación del Estado de Chile, en contra de la empresa Forestal Candelaria del Río Puelo S.A., la Sociedad Inversiones Piedras Moras S.A. y un particular, por la tala ilegal de bosque nativo (sesenta y cinco ejemplares de las especies coigüe y mañío) y especialmente por la corta de veinticinco ejemplares de la especie forestal Alerce, con diámetros de tres metros y edades de hasta 3000 años. La corta ilegal y consecuente daño ambiental, se ejecutó por los demandados, en el predio “La Candelaria”, ubicado en la comuna de Cochamó, X Región, propiedad de una de las demandadas, a saber, la Sociedad Inversiones Piedras Moras S.A.

En el libelo ambiental, el Estado de Chile demandó junto con la reparación material del medio ambiente dañado –lo que se traduce principalmente en la ejecución de medidas de reforestación–, una indemnización de perjuicios por la destrucción y pérdida de alerces vivos, indemnización cuyo monto, en definitiva será discutido en la etapa de cumplimiento incidental de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 173 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil, en atención a la especialísima naturaleza del daño ambiental.

Mediante sentencia de primera instancia, de 30 de agosto de 2007, dictada por don Gonzalo Figueroa Edwards, Juez Titular del

Primer Juzgado Civil de Puerto Montt, se acogió íntegramente la demanda del Estado de Chile, condenándose a los demandados a ejecutar medidas de reparación ambiental y a indemnizar al Estado de Chile por los perjuicios ocasionados al patrimonio ambiental de la nación debido a la corta ilegal y pérdida de alerces vivos.

Apelada la sentencia por los demandados, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, mediante sentencia de fecha 14 de julio de 2008, manteniendo la condena civil respecto de la acción de reparación ambiental, desestimó la acción indemnizatoria, considerando en lo esencial, que los alerces cortados se encontraban en un predio de propiedad de un particular y no en un predio fiscal o bajo administración del Estado de Chile.

Casada la sentencia por el Consejo de Defensa del Estado, la Corte Suprema, en sentencia de fecha 31 de agosto de 2010, bajo el rol de ingreso N° 5027-2008, acogió el recurso de casación en el fondo y anuló la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, acogiendo en definitiva la acción indemnizatoria.

El Consejo de Defensa del Estado, sostuvo como tesis jurídica en su demanda que el Estado de Chile se encuentra legitimado activamente para solicitar una indemnización de perjuicios, por daños en bienes ambientales sujetos a especiales estatutos de protección, aun cuando se trate de especies ubicadas en bienes de dominio privado.

La sustancia de la controversia jurídica fue recogida por la Corte Suprema, en el considerando décimo cuarto de la sentencia de casación, que en lo pertinente, señaló: *“En el presente caso, la legitimación activa del Fisco para deducir la acción indemnizatoria se cuestiona por no revestir éste la calidad de propietario de las especies dañadas con el actuar ilícito que se atribuye a los demandados, por lo que no tendría la calidad de directamente afectado con el daño”*.

## 2.- LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DE MAYORÍA

Los aspectos más relevantes del voto de mayoría, a cargo de los Ministros Sres. Carreño, Araneda, Brito y Mauriz, que en definitiva condujeron a acoger la acción indemnizatoria, se encuentran en lo esencial en la sentencia de reemplazo, sin perjuicio de existir importantes prevenciones, conclusiones y fundamentos en la sentencia de casación.

En lo esencial, señalan los sentenciadores que el artículo 53 de la Ley N° 19.300, “*contempla la posibilidad de solicitar indemnización por el daño ambiental causado al directamente afectado, calidad que no define, por lo que ha de estarse a la situación particular de cada caso concreto a fin de establecer quién es el autorizado para accionar por esta vía*” (Considerando Tercero).

A continuación, esclarecen que “*el estatuto de la responsabilidad extracontractual del Código Civil, aplicable a la acción indemnizatoria en comento, no exige para su ejercicio revestir la calidad de propietario del bien afectado por el actuar ilícito, reconociendo en su artículo 2315 la posibilidad de solicitar la indemnización a quienes revisten calidades diversas, como poseedor, usufructuario, usuario o habitador, bastando que quien solicita el resarcimiento se haya visto lesionado en su patrimonio*” (Considerando Cuarto).

Concluyen señalando que, en definitiva, “*tal como se razonó en el fallo de casación, el Estado de Chile reviste la calidad de directamente afectado atendida la especial situación jurídica de la especie vegetal sobre la cual recayó el daño, ya que por haberse declarado el alerce como Monumento Natural con las consecuencias que ello implica, tanto su tala como su explotación se encuentran prohibidas. Asimismo, por tratarse de un perjuicio de carácter permanente que no admite reparación y que constituye una disminución en la biodiversidad que conforma el patrimonio ambiental de la Nación, el Estado de Chile se encuentra legitimado en este caso particular para demandar la indemnización que solicita*” (Considerando Quinto).

### 3.- EL FUNDAMENTO DEL VOTO DE MINORÍA

El voto de minoría, a cargo de la Ministra Sra. Egnem, discurre sobre la base que conforme al estatuto de responsabilidad civil consagrado en el artículo 2314 y siguientes del Código Civil, “*emerge como víctima del daño patrimonial (...) y por ende, como legitimado para ejercer la acción pertinente, quien ha sufrido menoscabo o detrimento en su patrimonio*”. En este entendido, “*quien sufre o experimenta tales detrimentos es el titular de los bienes corporales dañados, en la especie declarados monumento nacional, calidad o titularidad que el Estado de Chile no tiene pues indiscutidamente no se trata de bienes fiscales ni de bienes de uso público, sino de especies privadas sujetas a las limitaciones del dominio para quien lo detenta, atendida la ca-*

*lidad ya mencionada de las especies de que se trata*". Como se puede constatar, revisando el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, hasta aquí el voto de minoría, reproduce el razonamiento del fallo de alzada recurrido por el Consejo.

Por otra parte, la disidente señala que por estar comprometida la preservación del interés general de la comunidad, cuya defensa corresponde al Estado cautelar, *"es que la ley acuerda expresamente a este último legitimidad activa para incoar y llevar adelante la acción reparatoria en relación con el medio ambiente"*. Pero esto, agrega, no puede llevar a hacer extensiva la acción para cobrar perjuicios por daño patrimonial, *"acudiendo (...) a una difusa conceptualización de daño que se desmarca del contenido y categorías de los perjuicios ya referidos en lo que precede y que corresponden a lo que el derecho común regula como patrimoniales"*.

#### 4.- COMENTARIOS

La sentencia en comento, ha relevado aspectos jurídicos que por su importancia merecen ser comentados. Son éstos, en nuestra opinión los siguientes:

1.- La lesión de un interés jurídicamente protegido constituye un daño o perjuicio que confiere legitimación activa para reclamar una indemnización de perjuicios.

2.- El *"directamente afectado"* (artículo 53 de la Ley N° 19.300), para los efectos de la pretensión indemnizatoria, al no estar definido en la ley, debe ser analizado caso a caso.

3.- La indemnización de perjuicios constituye un resarcimiento compensatorio procedente en casos de daños ambientales irreparables.

4.- La responsabilidad ambiental, a través de la indemnización de perjuicios, también cumple una función de prevención especial y general.

5.- El Estado de Chile en cuanto garante del Patrimonio Ambiental de la Nación, se encuentra legitimado sustantiva y procesalmente para obtener una indemnización de perjuicios por la lesión de este interés jurídicamente protegido.

## I.- LA LESIÓN DE UN INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO CONSTITUYE UN DAÑO O PERJUICIO QUE CONFIERE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECLAMAR UNA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

La Corte Suprema reconoce por primera vez al Estado de Chile el derecho a solicitar una indemnización de perjuicios por daños en bienes privados, en este caso alerces que están sujetos a un estatuto especial de protección absoluta, y que forman parte del Patrimonio Ambiental de la Nación, cuyo garante es el Estado de Chile.

Esta sentencia marca un precedente jurisprudencial para el Estado de Chile respecto de la legitimación activa en materia de indemnización de perjuicios, pues en concepto de la Corte Suprema, el derecho a la indemnización no sólo es procedente en los casos en que el demandante sea propietario o poseedor de los bienes afectados, sino también cuando se trate de lesión o menoscabo a intereses jurídicamente protegidos, sin distinción –para el caso del Estado– de si en definitiva, se trata de daños en bienes públicos o privados.

Así lo estableció la Corte en los considerandos tercero, cuarto y quinto de la sentencia de reemplazo, ya transcritos precedentemente.

De este modo, la Corte Suprema, aun cuando no lo señala explícitamente, ha reconocido que el eje o centro de gravedad de la indemnización de perjuicios en nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, lo constituye la violación del *interés legítimo o jurídicamente protegido*<sup>2</sup> y no de derechos subjetivos absolutos, como por ejemplo la propiedad. Es por ello que el usufructuario, el usuario o el habitador (que no son dueños de la cosa) pueden pedir una indemnización de perjuicios por el deterioro de la cosa y la consecuente lesión de sus respectivos intereses legítimos, conforme lo dispone el artículo 2315 del Código Civil.

Esta toma de posición jurisprudencial tiene su anclaje en normas del Código Civil, y fue reconocida tempranamente por nuestra doctrina. Así, como lo señalara el profesor Alessandri, alejándose en este punto del criterio de los hermanos Mazeaud<sup>3</sup>, en nuestro sistema

---

<sup>2</sup> Como señalan Alessandri, Somarriva y Vodanovic, “en nuestro ordenamiento jurídico no encontramos regulación alguna sobre el llamado interés legítimo, pero dado que al invocarlo también se alega el interés público o general vinculado a aquél, parece justo y lógico que debe ser amparado”. Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Partes Preliminar y General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 325.

<sup>3</sup> Díez Schwerter José Luis, El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 19.

de responsabilidad civil extracontractual, todo daño debe ser reparado, y “no es necesario que el perjuicio, detrimento o menoscabo consista en la lesión o pérdida de un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora, como sostienen algunos. El Código no lo ha exigido. Se limita a decir que el que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización (arts. 1437, 2314, 2316, 2323, 2326 a 2329) y daño, según su sentido natural y obvio, es el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien”<sup>4</sup>.

La posición de Alessandri ha sido refrendada por la opinión de los profesores Pablo Rodríguez Grez y Ramón Domínguez Águila, entre otros. El primero de ellos expresa, “Nuestra opinión, como puede apreciarse, se aproxima mucho más a la de quienes sólo exigen el compromiso de un interés. Si éste se encuentra tutelado o amparado por la ley, se tratará de un derecho subjetivo. Si, por el contrario, este no encuentra reconocimiento y amparo legal expreso, pero no contraviene el ordenamiento jurídico, se tratará de un mero interés suficiente, sin embargo, para desencadenar una reacción reparatoria por parte del derecho”<sup>5</sup>. El profesor Domínguez señala que “el daño implica la privación de algún bien, de un derecho o la alteración de alguna situación jurídica o lesión de un interés, presente o futuro”<sup>6</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales superiores ha sostenido la tesis del daño como lesión a un simple interés<sup>7</sup>.

En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que: “El artículo 2314 del Código Civil no permite deducir que la indemnización del daño sólo puede reclamarla aquel que ha recibido una disminución en su patrimonio con un hecho delictuoso, por medio del cual se haya lesionado un derecho de que sea dueño o poseedor, pues tales circunstancias no las establece la ley y, además, vulnerarían el principio imperativo sustentado por esa disposición de que todo daño que proviene de un hecho indemnizable debe ser reparado. Basta sólo la existencia del daño motivado por un acto doloso o culposo para que el autor del mismo sea obligado a repararlo, a favor, lógicamente, del perjudicado. Dicho principio lo enuncia la ley sin consideración

<sup>4</sup> Alessandri Rodríguez Arturo, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur Ltda., Santiago, 1983, p. 210.

<sup>5</sup> Rodríguez Grez Pablo, Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica, 1999, p. 259.

<sup>6</sup> Rodríguez Grez, op. cit., p. 257.

<sup>7</sup> Véase Díez Schwerter José Luis, op. cit. p. 21 y siguientes.

a la naturaleza del daño, ni a quienes sean las personas a las cuales alcance el mal producido por el hecho ilícito”<sup>8</sup>. Asimismo, la Corte Suprema ha definido el daño indemnizable como “la violación de un interés legítimo”<sup>9</sup>. En otras palabras, para nuestra Corte Suprema, si existe violación de un interés legítimo, existe daño y en consecuencia procede la indemnización de perjuicios.

Y es que el derecho civil chileno, en definitiva, como lo ha hecho ver el profesor Barros, “no establece una limitación legal expresa de los daños indemnizables, como ocurre en los derechos alemán e italiano”.<sup>10</sup>

Cabe hacer presente que esta tesis también ha sido reconocida en el ámbito de la doctrina comparada y particularmente en lo referente a la indemnización de daños en bienes ambientales de carácter privado. Así, el civilista Javier Tamayo Jaramillo, analizando el problema del daño resarcible a la luz del Código Civil Colombiano, que como se sabe sigue al Código de Bello, ha señalado: “En efecto, aunque la colectividad no sea dueña de los bienes afectados por la acción dañina, lo cierto es que el daño colectivo consiste en la disminución o supresión del beneficio que para esa colectividad representaba la existencia de los bienes afectados. Inclusive si esos bienes, un bosque por ejemplo, pertenecían a un particular, nada impide que ese particular reclame indemnización por el daño económico derivado de la destrucción de dichos bienes, y que la colectividad reclame indemnización del daño colectivo consistente en el deterioro del paisaje o del entorno”<sup>11</sup>.

De este modo, la Tercera Sala de la Corte Suprema en la sentencia que comentamos, ratificando la que ha sido la posición jurisprudencial mayoritaria, vuelve a desterrar la tesis restrictiva del daño indemnizable, entendida como lesión de derechos subjetivos<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias, tomo X, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 107.

<sup>9</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LI, sec. 1º, p. 488.

<sup>10</sup> Barros Bourrie Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica, 2006, p. 221.

<sup>11</sup> Tamayo Jaramillo Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, tomo II, Editorial Legis, 2007, p. 333.

<sup>12</sup> En efecto, como señala R. de Ángel Yagüez, esta tesis clásica relativa a la ilicitud del daño entiende “que es injusta toda conducta que lesione un derecho subjetivo de otro. Concretando más, algún autor sostiene que daño es el que lesiona un derecho de los llamados absolutos, entre los que dan cuenta la propiedad y los demás derechos sobre las cosas, así como la integridad física y moral de la persona”. De Ángel Yagüez y otros, Tratado de Responsabilidad Civil, Bosch,

## **II.- EL “DIRECTAMENTE AFECTADO” (ARTÍCULO 53 DE LA LEY N° 19.300), PARA LOS EFECTOS DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA, AL NO ESTAR DEFINIDO EN LA LEY, DEBE SER ANALIZADO CASO A CASO.**

La sentencia de reemplazo se pronuncia sobre el alcance de la expresión “*directamente afectado*” que utiliza el artículo 53 de la Ley N° 19.300, para establecer la legitimación activa respecto de la acción de indemnización de perjuicios que puede derivar del daño ambiental.

Al respecto, el considerando tercero constata que la calidad de directamente afectado no se encuentra definida por la ley en comento, “*por lo que ha de estarse a la situación particular de cada caso concreto a fin de establecer quién es el autorizado para accionar por esta vía*”. Esta correcta conclusión nos parece por lo demás forzosa si se tiene en cuenta que conforme al artículo 51 inciso 3 de la Ley N° 19.300, en todo lo no previsto por esta ley se aplican supletoriamente las normas pertinentes del Código Civil.

En consecuencia, dado que el estatuto de la responsabilidad extracontractual del Código Civil, aplicable a la acción indemnizatoria, “*no exige para su ejercicio revestir la calidad de propietario del bien afectado por el actuar ilícito*”, la Corte concluye en el considerando quinto de la misma sentencia que “*el Estado de Chile reviste la calidad de “directamente afectado” atendida la especial situación jurídica de la especie vegetal sobre la cual recayó el daño*”, a saber, el Monumento Natural Alerce.

Con lo expuesto, se despeja la duda que cierta doctrina<sup>13</sup> ha albergado sobre la procedencia de la indemnización de perjuicios para el Estado de Chile, en calidad de “*directamente afectado*” por un daño ambiental.

## **III.- LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS CONSTITUYE UN RESARCIMIENTO COMPENSATORIO PROCEDENTE EN CASOS DE DAÑOS AMBIENTALES IRREPARABLES.**

Como se puede constatar de la lectura de los considerandos pertinentes de la sentencia de casación, el fundamento de la indemnización

---

Barcelona, 2008, p. 331. Sin duda, el voto de minoría de la Ministra Sra. Rosa Egnem, se inserta en la posición mencionada.

<sup>13</sup> En este sentido, Bermúdez Soto Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2007, p. 246.

zación de perjuicios que la Corte Suprema ha concedido al Estado de Chile, en este caso, también obedece a razones de justicia correctiva.

En efecto, señaló la sentencia que *“esta afectación de carácter permanente que se ha producido en el presente caso y que se traduce en la pérdida definitiva e irreparable de 25 ejemplares de la especie alerce, protegido como monumento natural por el Estado de Chile, constituye una disminución de la biomasa o biodiversidad, definida como tal en el artículo 2° letra a) de la Ley N° 19.300, que conforma el patrimonio ambiental de la Nación, lo que evidentemente constituye un daño o perjuicio que otorga al Estado el derecho para solicitar a través de los organismos correspondientes su resarcimiento compensatorio por medio de la acción indemnizatoria deducida en autos”* (Considerando Décimo Séptimo).

Luego se expresa, *“Que lo anterior se ve reforzado por lo que dispone el artículo 3° de la Ley N° 19.300, que establece la obligación de indemnizar el daño ambiental de conformidad a la ley. Ello, porque esa norma usa la conjunción “e”, lo que implica que la reparación ambiental y la indemnización son compatibles y pueden acumularse, cuando la primera no es suficiente para resarcir la dimensión del daño causado, aplicándose a este respecto el estatuto de la responsabilidad extracontractual contenido en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, que obligan al responsable de un delito o cuasidelito al pago de una indemnización”* (Considerando Décimo Octavo).

En otras palabras, la Corte Suprema ha establecido también un criterio de reparación necesario, esto es, que la indemnización de perjuicios constituye un resarcimiento compensatorio en casos de daños ambientales irreparables o de difícil o incierta reparación. Porque como bien lo señala la sentencia, la reparación ambiental y la indemnización son compatibles y pueden acumularse, cuando la sola reparación material no es suficiente para resarcir la dimensión del daño causado.

Es necesario tener presente, que en el caso de autos, se cortaron y perdieron definitivamente ejemplares de alerces de hasta 3000 años de edad. Cuando nos encontramos frente a la destrucción de una especie milenaria, cuyo pleno desarrollo y madurez requiere un espacio de tiempo que supera el horizonte de vida de varias generaciones, resulta lícito preguntarse sobre la factibilidad, viabilidad o eficacia real de la reparación de un daño ambiental de tal entidad y gravedad.

En este contexto, limitar los efectos de la condena únicamente a una reforestación mediante las respectivas plantas de alerce, puede constituir solo una reparación “*simbólica*”, porque habrá que esperar 1000 o 3000 años para poder “*restaurar*” y reponer esas especies en el Patrimonio Ambiental de la Nación, y en definitiva gozar de su singular belleza escénica.

Por ello, una elemental razón de justicia correctiva, junto a una sana aplicación del principio de reparación integral que corona nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, exigía en este caso una indemnización de perjuicios por la pérdida de estas especies únicas del Patrimonio Ambiental de la Nación.

#### **IV.- LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL, POR MEDIO DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS, TAMBIÉN CUMPLE UNA FUNCIÓN DE PREVENCIÓN ESPECIAL Y GENERAL.**

Señala la sentencia de la Corte Suprema, citando al profesor Alvaro Vidal Olivares, que de no aceptarse la indemnización de perjuicios, “*implicaría que la función de prevención especial y general que debe cumplir la responsabilidad ambiental se vería disminuida si sus propias normas la limitaran sólo a la reparación en naturaleza, negando al Estado, que aparece como garante del patrimonio ambiental de la Nación, solicitar la indemnización correspondiente por aquella parte que resulta imposible de reparar, lo que significaría burlar el principio de responsabilidad contenido en la propia ley*” (Considerando Décimo octavo sentencia de casación).

La función preventiva de la responsabilidad civil, ya sea desde la perspectiva del análisis económico del derecho o de los “*daños punitivos*” ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina civil sobre la materia<sup>14</sup>. Así, Genevieve Viney ha señalado que “*la responsabilidad civil juega igualmente un papel preventivo real cuando sanciona los atentados a los derechos de la personalidad o a algunos intereses colectivos, profesionales o no materiales o morales, de los cuales algunos asociados toman hoy cada vez más eficazmente la defensa. Aquí también, la condena pronunciada por el juez civil tiene muchas veces un impacto moral no despreciable, sobre todo cuando es objeto*

---

<sup>14</sup> Reglero Campos Fernando (Coordinador), Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Parte General, Thomson-Aranzadi, España, 2008, p. 64 y siguientes. Asimismo, Barros Bourie Enrique, op. cit. p. 43 y siguientes.

*de una publicación, y ella es a veces más disuasiva que una pena pecuniaria si el provecho obtenido de la culpa cometida sobrepasa el monto de la multa*<sup>15</sup>.

Sin duda, desde este punto de vista, la sentencia de la Corte Suprema, está llamada a cumplir un importante rol de disuasión en resguardo de nuestro Patrimonio Ambiental.

**V.- EL ESTADO DE CHILE EN CUANTO GARANTE DEL PATRIMONIO AMBIENTAL DE LA NACIÓN, SE ENCUENTRA LEGITIMADO SUSTANTIVA Y PROCESALMENTE PARA OBTENER UNA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR LA LESIÓN DE ESTE INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO.**

La Carta Fundamental de 1980 creó un nuevo bien jurídico, a saber, el Patrimonio Ambiental, cuya conservación exige el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política. Sin embargo, el Constituyente de la época no precisó el contenido material de este Patrimonio ni estableció explícitamente su garante o titular. Ha sido la doctrina la que ha venido, en parte, a suplir este vacío, y así por ejemplo, el profesor José Luis Cea ha entendido que el contenido del Patrimonio Ambiental lo constituye la riqueza de la flora y fauna de Chile.<sup>16</sup> Sin embargo, nada se ha dicho sobre el garante y el titular de este Patrimonio<sup>17</sup>.

Esta sentencia de la Corte Suprema, viene a definir este último aspecto, señalando que el Estado es garante del Patrimonio Ambiental de la Nación, configurando a su respecto un interés legítimo o jurídicamente protegido cuya lesión o afectación legitima la correspondiente indemnización de perjuicios.

La vinculación entre el Estado y su Patrimonio Ambiental no implica necesariamente que aquel sea su propietario, en el sentido civil de la expresión, sino más bien que el Estado tiene una potestad sobre los bienes que lo integran, que lo facultan para regular su uso,

---

<sup>15</sup> Viney Genevieve, Tratado de Derecho Civil, Introducción a la responsabilidad, Universidad Externado de Colombia, 2007, Colombia, p. 91.

<sup>16</sup> Cea Egaña José Luis, Derecho Constitucional Chileno, tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 539.

<sup>17</sup> Hecha la excepción de que en el Informe CONICYT, contenido en las Actas de Sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se entendía que la titularidad del patrimonio ambiental corresponde a las actuales y futuras generaciones, ya que su contenido es "patrimonio de todos". Guzmán Rosen Rodrigo, La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile, Aspectos Sustantivos y Adjettivos, LexisNexis, 2005, p. 140.

protegerlo y exigir una indemnización por la lesión del interés jurídico que tiene el Estado en la conservación del mismo<sup>18</sup>.

La relación de garante y titular de un interés legítimo del Estado respecto de su Patrimonio Ambiental, se entenderá mejor si se conceptualiza adecuadamente -más allá de su definición legal- la noción de daño ambiental. En este sentido, hay que tener presente que el daño ambiental, no es un “*daño común*”, sino una lesión a un bien jurídico colectivo de carácter público. El daño ambiental puede consistir en un daño a bienes privados, a bienes públicos (aguas) o fiscales o incluso a los denominados *res nullius* (aire, peces). Sin embargo, y pese a eso, el daño ambiental siempre será una entidad distinta de los bienes afectados, y que existe con independencia del titular o propietario del bien o componente ambiental dañado. Como expresa Gomis Catala, “*la mayoría de los autores reservan el calificativo de “medioambiental” para definir aquel daño que afecta al conjunto del medio natural o a alguno de sus componentes considerado como patrimonio colectivo independientemente de sus repercusiones sobre las personas y los bienes*”<sup>19</sup>.

En definitiva, la Corte Suprema ha establecido que la conservación del alerce constituye un interés jurídicamente protegido, cuya lesión, por tratarse de una lesión a un interés relevante del Estado, lo legitima para reclamar la respectiva indemnización de perjuicios, más aún cuando como lo destaca la sentencia de casación en la parte final del considerando décimo quinto, nuestro ordenamiento protege cada uno de los ejemplares de alerces, sea que estos se encuentren en terrenos de dominio público o privado.

---

<sup>18</sup> Sigo aquí el razonamiento de Raúl Brañes, en Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 160.

<sup>19</sup> Gomis Catala Lucía, Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 65-66. Es por ello que en algunas legislaciones comparadas, v.gr. la Ley italiana de 8 de julio de 1986, acentuándose la naturaleza pública del daño ambiental, se estableció que “El daño ambiental es un daño al Estado, y por ello este daño debe ser resarcido a favor del Estado, titular de un derecho subjetivo al ambiente.” (Cabanillas Sánchez Antonio, La Reparación de Daños al Medio Ambiente, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 136).



**RECORDANDO A MANUEL GUZMÁN VIAL Y RICARDO RIVADENEIRA MONREAL****Guillermo Piedrabuena Richard<sup>1</sup>**

Han fallecido recientemente dos ilustres abogados que pertenecieron al Consejo de Defensa del Estado y que además tuvieron una destacada participación en la vida pública y en el foro.

En primer término, nos referiremos a **Manuel Guzmán Vial**, abogado, nacido el 25 de junio de 1925. Estudió en la Pontificia Universidad Católica, recibiendo de abogado en 1950 aproximadamente. Poco después pasó a integrar la oficina del recordado jurista Eduardo Novoa Monreal. Esta asociación profesional duró hasta fines de la década de los 60 en que Manuel Guzmán se separa y forma una nueva oficina con varios abogados entre los cuales se encontraba Pedro Doren.

Manuel Guzmán fue docente en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica, siendo primero ayudante, luego Profesor Auxiliar y finalmente Profesor Titular, en dicha casa de estudios.

Tuve la ocasión de conocerlo cuando efectué mi práctica profesional en el segundo semestre de 1959 en el Consultorio del Colegio de Abogados de Buin, donde Manuel se desempeñaba como Abogado Jefe de la Oficina. Así como era amigable y tenía un buen trato con los postulantes y patrocinados, era bastante estricto para exigir un buen rendimiento y además para defender las prerrogativas del abogado ante la judicatura. Al tener un buen desempeño en la práctica, en el año 1960, cuando ya me había recibido de abogado, Manuel me

---

<sup>1</sup> GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD. Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Fiscal Nacional del Ministerio Público entre los años 1999 y 2007 y Presidente del Consejo de Defensa del Estado entre los años 1990 y 1993.

propuso y acepté reemplazarlo por seis meses como Jefe de la Oficina porque había pedido un permiso.

Ya en esa época Manuel Guzmán era Abogado del Consejo de Defensa del Estado, servicio al cual había ingresado como Abogado Auxiliar en 1954. A fines del año 1962 fue designado Consejero, siendo además asesor del Ministro de Justicia, Enrique Ortúzar. En tal carácter patrocinó al Gobierno en varias querellas por infracción a la Ley de Seguridad del Estado. En esos años, Manuel Guzmán tenía una posición política más bien de derecha, sin militar en ningún partido, pero posteriormente evolucionaría hacia la Democracia Cristiana.

Durante el Gobierno de Frei Montalva, había cuatro Consejeros proclives a la Democracia Cristiana: Manuel Guzmán Vial, Ignacio Echeverría Maroto, Raúl Oliva y Hernán Larraín Ríos. Ninguno de ellos tenía una actividad política, salvo Raúl Oliva que había sido candidato a diputado por la Falange en Valparaíso, el año 1945.

Manuel Guzmán tuvo una destacada actuación en varios procesos penales como abogado patrocinante del Consejo, recordándose especialmente el proceso que se siguió por malversación de caudales públicos en el Banco Central de Chile y que terminó hacia 1962 con la condena de Fernando Jaramillo Phillips. En dicho proceso obtuvo que la Corte Suprema aceptara la tesis de la comunicabilidad del delito de malversación a partícipes que no eran funcionarios públicos.

Otra actuación relevante que tuvo Manuel Guzmán estuvo relacionada con unas investigaciones en Iquique efectuadas en el año 1972, en que junto con el Abogado Procurador Fiscal Julio Cabezas, descubrieron una red de corrupción y de vinculación con el tráfico de drogas en que aparecían coludidos algunos funcionarios judiciales. Manuel Guzmán viajó varias veces al norte y trabajó estrechamente con Julio Cabezas. Luego, el Consejo solicitó la intervención de la Corte Suprema que ordenó una investigación administrativa que se llevó a cabo por el Ministro de la Corte Suprema Enrique Correa, con la sanción de varios jueces y Ministros, incluyendo el traslado de algunos. Esta situación la seguí muy de cerca porque como abogado auxiliar también envié instrucciones al Procurador Fiscal para efectuar otras investigaciones en contra de traficantes y funcionarios judiciales. Recuerdo que fui a ver varias veces al Ministro Enrique Correa para expresarle la gravedad de lo que estaba ocurriendo e instándolo para que viajara prontamente al norte, viaje que se había visto retardado por problemas administrativos. Sin embargo, esta labor era

paralela a la principal investigación que impulsaba el Consejero Manuel Guzmán.

Esta labor activa de Julio Cabezas y de Manuel Guzmán trajo consecuencias bastante graves para ambos, en especial para el primero que fue obligado a presentarse ante la autoridad militar el 11 de septiembre de 1973, siendo posteriormente fusilado luego de una condena sumaria de un Consejo de Guerra<sup>2</sup> en que el fiscal instructor fue un juez del crimen de Iquique que había sido investigado por el Consejo y que en represalia había prohibido ingresar al juzgado al Procurador Fiscal, motivando un reclamo del Consejo ante la Corte de Apelaciones de Iquique. El expediente del proceso en que se pronunció sentencia condenatoria en contra de Julio Cabezas nunca pudo ser ubicado por los funcionarios del Consejo y su caso fue conocido por la Comisión Rettig.

A Manuel Guzmán, como Presidente Subrogante y en representación del Consejo, le correspondió officiar a la máxima autoridad militar de la I Región, intercediendo por Julio Cabezas por su excelencia funcionaria y para solicitar un debido proceso que defendiera sus derechos.

Además, en los meses siguientes, uno de los jueces sancionados por la Corte Suprema que había sido trasladado a la Región Metropolitana, en presencia de un abogado auxiliar que había pedido una audiencia sobre un asunto de interés del Consejo, profirió y envió claras amenazas en contra de Manuel Guzmán diciendo que le ocurriría lo mismo que a Julio Cabezas. Esto se conoció rápidamente en todo el Consejo y supe que este organismo había resuelto proteger a Manuel Guzmán, tomando contacto para estos efectos con las autoridades pertinentes del nuevo Gobierno y con la Corte Suprema.

Durante el período de la Unidad Popular, Manuel Guzmán estuvo en una postura abiertamente contraria al Gobierno de Salvador Allende. En efecto, en el día del Silencio Nacional, el 24 de octubre de 1972, Manuel y la mayoría de los Consejeros no concurrieron a la sesión de Consejo a la que sólo asistieron Eduardo Novoa, Raúl Oliva, Ignacio Echeverría y Hugo Pereira, junto con el Secretario Alejandro Monreal.

---

<sup>2</sup> PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, 33 Años de Historia del Consejo de Defensa del Estado (1963-1996), Santiago, Editorial Puerto de Palos, 2009, pp. 94 y 95, pp. 118-120, pp. 210-212.

La situación anterior provocó una abierta ruptura del Presidente del Consejo con la mayoría de los Consejeros y luego de un abortado intento de sumario administrativo, Eduardo Novoa decidió renunciar a la institución que más había apreciado en su vida profesional y presentó su expediente de jubilación<sup>3</sup>. A la despedida de Eduardo Novoa, con quien había sido amigo y socio de oficina, asistió Manuel Guzmán junto con la mayoría de los Consejeros. Un tiempo después y con Eduardo Novoa en el exilio, tanto Manuel Guzmán como Guillermo Pumpin le habrían enviado cartas tratando de llegar a una reconciliación, lo que no habría tenido un resultado favorable. La reconciliación de Eduardo Novoa con Manuel Guzmán se empezó a gestar a la vuelta del exilio cuando siendo Presidente del Colegio de Abogados Alejandro Hales, los convocó a su oficina para que se encontraran y allí se saludaron.

Cuando se retiró del Consejo, Eduardo Novoa fue designado a cargo de la Agencia de Chile para la Defensa del Cobre que funcionaba en Europa. Esta agencia tuvo grandes diferencias con la posición de la Comisión del Cobre que trabajaba bajo el alero del Consejo. Este distanciamiento y otros problemas llevaron a los miembros de la Comisión del Cobre encabezados por Guillermo Pumpin y que integraban además Ricardo Rivadeneira, Juan Frontaura, Eugenio Valenzuela y Eustaquio Martínez, a solicitar una entrevista con el Presidente Allende en agosto de 1973, para presentar sus renuncias y ofrecer su colaboración para capacitar a sus reemplazantes. Este se negó a escuchar sus razones y luego los despidió abruptamente, aceptando las renuncias y poniendo término de inmediato a la reunión<sup>4</sup>.

Estos acontecimientos y otros acaecidos durante 1973 acentuarían la posición muy crítica de la mayoría del Consejo en contra del régimen político de la UP y esto lo reconoce Ricardo Rivadeneira en una entrevista póstuma con el historiador Álvaro Góngora<sup>5</sup>.

En la mañana del día 13 de septiembre de 1973, dos días después del pronunciamiento militar, cuando concurrí a las oficinas del Consejo para saber qué había ocurrido con las autoridades de este

---

<sup>3</sup> PIEDRABUENA RICHARD, 33 Años de Historia, pp. 99-102.

<sup>4</sup> PIEDRABUENA RICHARD, 33 Años de Historia, pp. 106 y 107.

<sup>5</sup> Entrevista publicada en el diario La Tercera del 18 de junio de 2011, cuatro días después de fallecido Ricardo Rivadeneira. También se puede consultar: VIAL CORREA, Gonzalo, Consejo de Defensa del Estado - 100 años de historia, Santiago, Consejo de Defensa del Estado, 1995.

organismo, el grupo de abogados que estaba de acuerdo con el nuevo Gobierno me informó que ya había estado en el lugar de las oficinas en Teatinos, el nuevo Presidente del CDE, Lorenzo de la Maza, que había sido elegido en una reunión informal de Consejeros efectuada fuera de las oficinas del Consejo, a la cual habían asistido todos, a excepción del ex Presidente Enrique Testa, de los Consejeros Hugo Pereira y Octavio Gutiérrez y del Secretario Alejandro Monreal. Me agregaron los entusiastas abogados que celebraban al nuevo Gobierno que ya se había decidido que los próximos Consejeros serían Eugenio Valenzuela y Ricardo Rivadeneira. Esta versión me fue ratificada varias veces por Octavio Gutiérrez, al cual no se le invitó porque no existía afinidad de éste con la mayoría del Consejo, en especial con Guillermo Pumpin. No se ha podido determinar la exacta fecha de la reunión informal de Consejeros y personalmente entendí que había sido días antes del 13 de septiembre de 1973, siguiendo la confidencia de Octavio Gutiérrez<sup>6</sup>.

En los años posteriores a 1973, Manuel Guzmán empezó a distanciarse del Gobierno Militar, como muchos otros que si bien habían considerado que no había otra solución posible a la crisis política que la del pronunciamiento militar, estaban ahora en profundo desacuerdo con las violaciones a los derechos humanos que se estaban cometiendo. En más de una oportunidad, Manuel me expresó, que le era muy difícil permanecer en el Consejo colaborando con un Gobierno que violentaba los más elementales derechos fundamentales. Como dato ilustrativo en ese sentido, había firmado junto con Hugo Pereira un voto disidente en un informe sobre los efectos del Decreto Ley N° 175 de 10 de diciembre de 1973, que regulaba la cancelación de la nacionalidad chilena por los atentados graves que se cometieran en el extranjero. En dicho informe, emitido el 24 de abril de 1974, los disidentes opinan que *“la privación de la nacionalidad sólo puede concebirse por una gravísima afrenta al Estado mismo en su estructura fundamental y no por otros ataques a la vida política por perturbadores que ellos sean”*<sup>7</sup>. Esta situación junto con la falta de sintonía con el nuevo Presidente Renato Damián, provocó su renuncia al Consejo en el segundo semestre de 1976, poniendo término a su carrera funcionaria luego de veintidós años en el servicio.

<sup>6</sup> PIEDRABUENA RICHARD, 33 Años de Historia, p. 112.

<sup>7</sup> PIEDRABUENA RICHARD, 33 Años de Historia, p. 124. El informe se encuentra en las Memorias del Consejo, 1971-1990.

Una vez retirado del Consejo, Manuel Guzmán ejerció activamente la profesión en materia penal, incluso en causas en que los inculcados habían sido imputados de delitos que eran perseguidos por el Consejo, en representación del Estado. Así recuerdo que defendió a varios inculcados en los procesos bancarios que se iniciaron a contar de 1982 por la intervención masiva de varios bancos. Algunos no entendieron esta actuación, pero personalmente la consideré legítima porque estaba de acuerdo al derecho fundamental de ejercer la profesión en asuntos sucedidos con posterioridad a su alejamiento del Consejo y en los cuales Manuel Guzmán no había tenido ninguna intervención cuando había desempeñado sus funciones en este organismo.

Además, Manuel Guzmán patrocinó la denuncia deducida en 1984 por un posible fraude en el caso de la parcela de El Melocotón, proceso en el cual no participó el Consejo de Defensa del Estado porque, por mayoría de votos, acordó no hacerse parte. En los círculos del Consejo y de los abogados, se comentó que Manuel Guzmán se había entrevistado con el juez por su falta de decisión en investigar el posible fraude y en un momento muy enardecido e indignado le había enrostrado su falta de independencia. De igual forma, el proceso fue archivado sin resultados.

Como activo litigante en materia penal, Manuel Guzmán me había confidenciado que estaba muy a disgusto con el sistema procesal penal antiguo y me contaba de muchas situaciones negativas que había presenciado a nivel de actuarios y policías. Esto explica que cuando se formó el Foro Procesal Penal hacia 1993, Manuel se incorporara activamente apoyando las ideas de un proceso penal acusatorio profundamente reformado. También asistió a numerosos seminarios que preparaban la futura reforma procesal penal, aportando muchas ideas de su experiencia profesional. En una oportunidad me confidenció que era partidario de no dar más recursos al sistema antiguo por las distintas corruptelas y denegaciones de justicia<sup>8</sup>.

Cabe destacar también la labor de Manuel Guzmán como Consejero del Consejo General del Colegio de Abogados, siendo su Vicepresidente entre los años 1987 y 1989, en el período de Alejandro Hales como Presidente, y siendo elegido posteriormente varias veces como Consejero.

---

<sup>8</sup> PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Memorias del Primer Fiscal Nacional*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011, p. 34 y su nota (10).

También corresponde referirse a lo que ocurrió en abril o mayo de 1993, en que el Presidente de la República Patricio Aylwin, le ofreció la Presidencia del Consejo de Defensa del Estado, ante mi negativa a continuar como Presidente de la entidad luego del vencimiento de mi período el 30 de abril de 1993, pero Manuel Guzmán declinó este ofrecimiento y ni siquiera lo meditó mayormente, cumpliéndose así una especie de profecía que casi no tiene excepciones en el sentido de que “*los que se van del Consejo nunca más vuelven*”<sup>9</sup>.

En cuanto a su vinculación política, tengo entendido que Manuel Guzmán era de entera confianza de los dirigentes de la DC y estuvo dispuesto a defender a personeros de ese partido en distintos procesos penales, sin embargo no participó en la política contingente ni en las discusiones que usualmente se llevan a cabo en los partidos políticos.

Entre 1997 y 1999, Manuel Guzmán estimó que bien valía la pena aspirar a un alto cargo en la administración de justicia, como un punto culminante de su carrera jurídica.

Es así que en 1997, cuando se promulga la reforma constitucional de la Ley N° 19.541 y se crean varios cargos de Ministros externos de la Corte Suprema, Manuel Guzmán decide presentarse a los concursos que fueron dos y conversó con todos los Ministros de la Corte Suprema, quedando muy desilusionado por no haber obtenido ningún voto en el primer concurso y sólo un voto en el segundo. A esa fecha, Manuel ya tenía 72 años y puede ser que ello haya influido en la votación de la Corte, porque a los 75 años los Ministros debían retirarse a consecuencia de la misma reforma constitucional<sup>10</sup>.

Dos años después, Manuel decide nuevamente postular, ahora al más alto cargo del nuevo Ministerio Público, aspirando a ser elegido como el Primer Fiscal Nacional en el nuevo sistema procesal penal. Su postulación estaba avalada por su participación en el Foro Procesal Penal, su cercanía con la Ministra Soledad Alvear y el abierto apoyo de la directiva de la Democracia Cristiana. Sin embargo, a fines de 1999, Manuel Guzmán ya tenía 74 años, lo que significaba que si hubiera sido elegido habría tenido que retirarse el año 2000

---

<sup>9</sup> PIEDRABUENA RICHARD, 33 Años de Historia, pp. 314 y 315. En días recientes, el ex Consejero José Pablo Vergara también me confidenció que el Presidente Patricio Aylwin le había ofrecido el cargo después de la negativa de Manuel Guzmán, pero lo había declinado y le había sugerido el nombre de Luis Bates.

<sup>10</sup> PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, Memorias del Primer Fiscal Nacional pp. 25-26.

porque en la reforma constitucional de la Ley N° 20.050 se limitó la edad del Fiscal Nacional a los 75 años y de esa manera no habría cumplido enteramente su período.

Manuel Guzmán obtuvo una votación de 9 votos en la Corte Suprema, en el cuarto lugar de la quina, en empate con Luis Bates y recuerdo que su exposición ante la Corte fue muy clara y precisa<sup>11</sup>.

En las negociaciones con los Senadores, Manuel Guzmán tenía la preferencia del Gobierno de Frei Ruiz-Tagle, pero no logró ser propuesto porque no habría contado con los votos de un sector de la oposición.

En todo caso, durante el concurso conversamos muchas veces como amigos y con mucha lealtad.

Posteriormente, Manuel Guzmán colaboró con una Comisión que ayudó en la presentación de un proyecto de nuevo Código Penal auspiciado por el Ministerio de Justicia de la época.

Durante los años 2000 y siguientes, tuvimos poco contacto con Manuel Guzmán, pero sí recuerdo una hermosa iniciativa suya cuando me llamó en el año 2000 –yo era Fiscal Nacional– para visitar al ex Consejero Juan Frontaura que había estado gravemente enfermo y así concurrir a su casa donde nos recibió Juan con su señora. Juan Frontaura estaba tan emocionado que casi no habló en nuestra visita.

Los últimos años de vida de Manuel Guzmán Vial fueron muy dolorosos para él y su familia y tuvo que retirarse del ejercicio de la profesión, por una enfermedad cruel e irreversible. Falleció el 19 de mayo del 2011.

Esta es la breve reseña que puedo hacer de un gran Consejero y amigo, Manuel Guzmán Vial.

En cuanto al inolvidable **Ricardo Rivadeneira Monreal**, fallecido el 13 de junio del 2011, a los 82 años, su vida y trayectoria estuvo repleta de acontecimientos de gran importancia, tanto en el Consejo como en la vida política de este país.

Nació Ricardo el 14 de junio de 1929 y pertenecía a una familia de agricultores. Estaba emparentado con Eduardo Novoa Monreal ya que eran primos en segundo grado.

Estudió Derecho en la Pontificia Universidad Católica, recibiendo de abogado en el año 1955. Obtuvo un Doctorado en Derecho

---

<sup>11</sup> PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, Memorias del Primer Fiscal Nacional pp. 51-70.

en la Universidad Complutense de Madrid en el año 1966. Posteriormente, Ricardo Rivadeneira efectuó varias publicaciones jurídicas, entre las cuales pueden mencionarse las siguientes: “*Limitaciones al Poder Constituyente en la elaboración de la norma constitucional*”, “*Sanción y nulidad en el pensamiento de Hans Kelsen*”, “*El Estado Chileno y los organismos que lo componen*”, todo lo cual evidencia la tendencia de Ricardo hacia el Derecho Público y al Derecho Constitucional, sin perjuicio de su cercanía con el Derecho Penal, siguiendo la tendencia de su maestro y pariente Eduardo Novoa Monreal.

Su trabajo sobre “*El Estado Chileno y los organismos que lo componen*”, fue publicado en una revista de la Universidad de Chile y también en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, la que tuvo en consideración cuando publiqué en esta última revista un estudio que se llamó “*Orientaciones Generales para la creación de la Procuraduría General de la Nación en Chile*”.

Sus primeras actividades profesionales las realizó en la oficina de Eduardo Novoa, en la cual trabajó como procurador y luego como abogado asociado durante algunos años junto con Manuel Guzmán y Pedro Doren. Años después tendría oficina profesional con Jorge Prat y Mario Arnello y al final de su trayectoria profesional, en el año 1990, fundó una oficina con los destacados abogados Patricio González y Rodrigo Zegers, a los cuales conocía por haber sido abogados del Consejo de Defensa del Estado. Ricardo siguió asistiendo a su oficina hasta un mes antes de su muerte en junio del 2011.

En los años 1954 a 1958, Ricardo, que tenía una posición política de una derecha nacionalista, formaba parte de un grupo gremialista distinto de los conservadores y falangistas e integró un grupo político, junto con Gonzalo Vial, que se conocía como los “*estanqueristas*” vinculado a la Revista El Estanquero, y cuyo líder natural era Jorge Prat Echaurren. Ambos colaboraron decididamente con el Gobierno de Carlos Ibáñez del Campo, siendo secretarios privados o jefes de gabinete del Ministro de Hacienda Jorge Prat. Ese período lo evoca Ricardo en una entrevista de Patricia Arancibia que escuché en la televisión, la que tengo grabada<sup>12</sup>.

Entre paréntesis, en su vida profesional siempre Ricardo Rivadeneira combinó su interés por el Derecho con sus inquietudes polí-

---

<sup>12</sup> Entrevista de Patricia Arancibia Clavel, 2009, en programa titulado “Cita con la historia”.

ticas, pero si bien tuvo una destacada figuración en la política, en mi concepto nunca la consideró como su actividad principal y tampoco tenía los intereses que mueven a muchas personas en sus actividades políticas.

Cuando Ricardo Rivadeneira postuló a comienzos de 1963 al cargo de abogado auxiliar en el Consejo, ya tenía una trayectoria pública y profesional destacada y era muy conocido por los Consejeros Eduardo Novoa, Manuel Guzmán y otros. En su libro sobre la historia del Consejo de Defensa del Estado, Gonzalo Vial señala que Ricardo ingresó junto con otro abogado, Eduardo Vial Cox, a sugerencias del Secretario del Consejo, Camilo Cobo<sup>13-14</sup>.

Los Consejeros tenían una especial estimación por Eugenio Valenzuela y Ricardo Rivadeneira. Eugenio fue un gran abogado que había sido el mejor de su promoción en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y posteriormente sería Abogado Integrante de la Corte Suprema y Ministro del Tribunal Constitucional. Ricardo ya era conocido por su habilidad como penalista y su trayectoria pública.

Recuerdo que en esa época, los abogados íbamos a presenciar los alegatos de algunos Consejeros y abogados auxiliares, especialmente los de Eduardo Novoa. En cuanto a Ricardo Rivadeneira, sus alegatos en la Corte eran brillantes y muy claros, en especial en los asuntos bancarios en que tuvo activa participación desde 1982 a 1985. Me acuerdo de un alegato que presencié, de una claridad extraordinaria, en contra de un recurso de amparo de un ejecutivo bancario y de otros alegatos relacionados con el proceso del Banco de Chile. Ricardo casi no usaba papeles o documentos de apoyo en sus alegatos, sino que iba directamente y con gran claridad al punto importante que interesaba a los Ministros, lo que ayudaba mucho a una justa y fundada decisión del asunto.

La primera actuación de fondo y muy importante en el Consejo, la tuvo Ricardo actuando en equipo con Eduardo Novoa, en la defensa del Estado en el famoso proceso conocido como el contrabando del siglo o caso Rodríguez Gutiérrez, iniciado en enero de 1964 y al cual se refiere extensamente Gonzalo Vial en su historia del CDE y

---

<sup>13</sup> VIAL CORREA, Gonzalo, Consejo de Defensa del Estado.

<sup>14</sup> El 1º de marzo de 1963 ingresamos al Consejo un importante grupo de abogados, entre los cuales estaban, además de quien escribe, Eugenio Valenzuela Somarriva, Ricardo Rivadeneira Monreal y Luis Bates Hidalgo, todos los cuales llegamos a ser Consejeros y/o Presidentes de la entidad, años después (PIEDRABUENA RICHARD, 33 Años de Historia, pp. 31 y 32).

también el suscrito en el libro sobre 33 años de historia de la entidad<sup>15</sup>. El proceso termina en 1972, con una sentencia condenatoria en lo penal de la Corte Suprema y que, además, por primera vez, aceptó el reajuste de las indemnizaciones civiles, pero solo hasta el pronunciamiento de la sentencia.

Por lo anterior, la voluminosa sentencia también tenía que cumplirse en lo que se refería a las indemnizaciones civiles, para cuyo resguardo Eduardo Novoa se había encargado de obtener numerosas medidas precautorias sobre los bienes de los procesados, existiendo alrededor de veinte tomos con medidas precautorias.

Los aspectos civiles eran casi tan importantes como la obtención de una sentencia condenatoria, pero no eran de aquellos temas que interesaban a Ricardo Rivadeneira y por ello años más tarde en 1974 pidió al Consejo que lo relevara de estas tareas y entonces se designó a quien escribe, entonces abogado auxiliar, para que se encargara de las ejecuciones y de los remates de los bienes de los inculcados y en esta tediosa tarea estuve alrededor de diez años, menos mal que asistido por el excelente abogado Víctor Hugo Rojas en los primeros años. Luego fui sustituido por otro abogado y cuando ya era Presidente del Consejo en 1990, al advertir que la ejecución civil estaba un tanto paralizada, designé nuevamente al abogado Víctor Hugo Rojas, quien agilizó las ejecuciones y realizó el último remate judicial pendiente en el año 1991, terminando así un proceso que se había iniciado en 1964<sup>16</sup>.

La relación con Eduardo Novoa fue amistosa y por cierto Ricardo le tenía una gran admiración, lo que no impidió que en los años del Gobierno de la UP, Ricardo se apartara absolutamente de la línea de Eduardo Novoa en el Consejo y lo mismo ocurrió en la Comisión Chilena del Cobre que integraba junto con otros abogados, discrepando con la Agencia Chilena del Cobre que dirigía Eduardo Novoa en Europa, después de su retiro del Consejo en 1972.

Existe una versión dada en la entrevista de Álvaro Góngora, publicada en La Tercera el 18 de junio del 2011, algunos días después de su fallecimiento, respecto a la frustrada reunión entre los miembros de la Comisión del Cobre con el ex Presidente Allende, en que

---

<sup>15</sup> VIAL CORREA, Gonzalo, Consejo de Defensa del Estado pp. 67 y 68; y PIEDRABUENA RICHARD, 33 Años de Historia, pp. 50-54.

<sup>16</sup> PIEDRABUENA RICHARD, 33 Años de Historia, pp. 50-54.

los abogados del Consejo concurrían a presentar su renuncia porque las condiciones políticas del país no permitían adecuadamente ejercer sus funciones, que es ligeramente distinta a las versiones que recogió Gonzalo Vial en su libro sobre la historia del CDE y que yo escuché de Eugenio Valenzuela<sup>17</sup>.

Puede que la entrevista de Ricardo Rivadeneira no sea enteramente precisa o que Ricardo haya exagerado su imaginación sobre este episodio tan fuerte que vivieron los abogados de la Comisión del Cobre. En su parte pertinente, la entrevista expresa lo siguiente:

*“En agosto de 1973 todos decidimos renunciar al CDE y le mandamos una carta a Allende. Él no nos respondió, pero nos citó a La Moneda. Apenas nos saludó de lejos y nos dijo: ‘Señores, comprendo que la carta de ustedes forma parte del complot que existe en sectores de derecha para asumir una actitud subversiva y arrancarle el poder al gobierno’. Guillermo Pumpin (miembro del CDE) quiso decir algo, pero el ex Presidente dijo que no iba a abrir diálogo, porque nuestra intención era evidente. Eugenio Valenzuela, que también era del Consejo y que era más rabioso, planteó: ‘Presidente, es difícil aceptar lo que está diciendo, porque es una ofensa’. Allende nos respondió: ‘Mire, no hay discusión aquí’. Se paró y nos hizo con las manos un gesto de que nos fuéramos. No tuvimos más que salir y mientras bajábamos por las escaleras, desde la puerta, Allende nos gritaba: ‘Están complotando’”.*

*“Todos estaban muy ofendidos, y yo sólo me reía de lo enojado que estaban, porque había algo de cierto en lo de Allende: todos pensábamos que el gobierno era un desastre y que los militares debían intervenir. Pero no complotábamos, al menos hasta ese minuto”.*

No obstante su apoyo al Gobierno Militar instaurado en 1973, Ricardo tuvo una posición independiente y al respecto recuerdo dos episodios sucedidos en 1982 y 1984, en la Comisión de Retorno de los Exiliados y en el asunto del posible fraude de la parcela de El Melocotón.

En 1982, Ricardo junto con Eugenio Valenzuela y otras personas, fueron designadas para formar una comisión que propusiera al Gobierno un listado de las personas exiliadas que podían volver al país. La comisión propuso el retorno de 3.400 personas en un listado que fue entregado al General Pinochet, llegándose a fijar incluso la

---

<sup>17</sup> PIEDRABUENA RICHARD, 33 Años de Historia, p. 106.

fecha de una ceremonia oficial para anunciar esta buena noticia al país, que sería el 24 de diciembre, pero a última hora el gobernante, a instancias de un Ministro, cambió de opinión y redujo la lista de exiliados que podían retornar a sólo 34<sup>18</sup>. Entre las personas que fueron excluidas y continuaron en el exilio, se encontraba Eduardo Novoa.

En 1984, habiéndose presentado una denuncia por el caso de El Melocotón por numerosos abogados y patrocinada por Patricio Aylwin y Manuel Guzmán, el Consejo debió debatir si se hacía parte en el proceso en defensa del Estado. Si bien no siguió la recomendación del Ministro Rosende para que interviniera en defensa del General Pinochet, la mayoría del Consejo acordó no hacerse parte en dicho proceso en defensa del Estado y dentro de los votos de minoría que opinaban que sí era un deber del organismo el hacerlo, se encontraba el de Ricardo Rivadeneira, Guillermo Pumpin y Juan Frontaura.

Una importante etapa de la actuación de Ricardo en las defensas del interés público en los tribunales, fue su participación preponderante en los numerosos procesos que debieron iniciarse desde 1982 en adelante, a raíz de las intervenciones en los Bancos decretadas entre los años 1982 y 1983.

Si bien el Consejo se hacía parte y designaba abogado para perseguir posibles delitos de la Ley de Bancos y fraude al Estado, la Superintendencia de Bancos en reunión con Ricardo Rivadeneira estimó que además había que contratar particularmente a abogados para que prepararan las correspondientes querellas y asesoraran activamente a los interventores. En dicha reunión y con el acuerdo del Presidente del Consejo de ese entonces, Mauricio Flisfisch, que fue ratificado posteriormente en el Consejo, se acordó contratar particularmente a un grupo de abogados del mismo organismo, entre los cuales recuerdo que estaban el mismo Ricardo, Luis Bates, Eduardo Urrejola, Guillermo Piedrabuena, Guillermo Ruiz, Oscar Kolbach, Horacio Thomas, Rodrigo Zegers y Patricio González.

Ricardo Rivadeneira estuvo a cargo de los Bancos de Osorno, Banco de Chile, BHC y Banco de Talca y todas sus primeras actuaciones fueron rápidas, eficientes y con muy buenos resultados.

Sin embargo, este trabajo, que duró tres años para Ricardo Rivadeneira, representó un serio desgaste en lo personal al tener que

---

<sup>18</sup> PIEDRABUENA RICHARD, 33 Años de Historia, p. 175, información que me fue proporcionada por Eugenio Valenzuela.

enfrentar a los mejores abogados de la plaza e instar por el procesamiento, incluso la prisión preventiva, de numerosos ejecutivos bancarios muy conocidos e importantes. Incluso más, en el caso del Banco de Chile, el Ministro en Visita extendió su investigación y proceso a un ex Superintendente de Bancos y a un ex Ministro de Hacienda.

Transcurridos algunos años el interés del Gobierno y de los tribunales por estos procesos bancarios fue decayendo ostensiblemente y, en definitiva, los resultados condenatorios fueron muy escasos. La mayoría de los abogados contratados cesó en sus funciones antes de que terminaran los procesos.

Nuestra visión posterior de lo ocurrido fue más bien crítica hacia la intervención del Consejo porque los abogados contratados consumían gran parte de su labor profesional en la atención de estos casos, lo que se traducía en críticas públicas a nuestra actuación<sup>19</sup>.

Los comienzos de las actuaciones de Ricardo en los procesos penales eran siempre brillantes y eficientes, pero luego de un tiempo su entusiasmo decaía o empezaba como a aburrirse y prefería que su labor fuera continuada por otros abogados. Esto sucedió con el caso del contrabando del siglo y en cierta medida con los procesos bancarios, ya que solicitó un año sabático para irse a vivir a Londres con toda su familia, durante los años 1985 y 1986, obteniendo los permisos del Presidente del Consejo y del Ministro de Justicia.

Siempre recordaba Ricardo que esta permanencia en Europa con toda su familia, había representado un hito muy importante y positivo en su vida personal y familiar.

Una vez regresado a Chile, se reencantó con la política en atención a que las circunstancias del país habían cambiado y ya se vislumbraba un retorno a los cauces democráticos. No tengo demasiados antecedentes sobre las actuaciones políticas de Ricardo y me guió al respecto por algunas entrevistas que dio antes de su muerte<sup>20</sup> y es así que fue designado primer Presidente de Renovación Nacional en 1987, partido que en ese entonces estaba integrado por Acción Nacional de Sergio Onofre Jarpa, la UDI de Jaime Guzmán y otros grupos de derecha. En ese cargo permanece como un año y avanza todo lo que puede en conversar y tratar de llegar a acuerdos con la Concer-

---

<sup>19</sup> PIEDRABUENA RICHARD, 33 Años de Historia, pp. 151-158.

<sup>20</sup> Entrevista con Patricia Arancibia, en Cita con la Historia, 2009 y entrevistas de La Segunda de 17 de junio del 2011 y en La Tercera el 18 del mismo mes.

tación para el restablecimiento de la democracia. En 1989, integra una Comisión para consensuar las reformas constitucionales que se aprobarían ese año, luego del triunfo del NO en el plebiscito de 1988.

En medio de tanta actividad política, Ricardo Rivadeneira se da el tiempo para integrar el Consejo General del Colegio de Abogados entre los años 1981 y 1984 y luego para presidir dicho organismo entre los años 1991 y 1992.

Posteriormente, sería designado por el Presidente Frei Ruiz-Tagle, en 1994, para integrar la Comisión de Ética y Probidad Pública, cuyas proposiciones fueron aceptadas en parte por el Gobierno.

Con tanta actividad, Ricardo en los últimos años como Consejero, ejercía su labor de una manera presencial, siendo muy original en todas sus proposiciones jurídicas. Ya no tendría causas importantes en el Consejo.

Lo más llamativo fue su designación en el año 1990 como “*Ministro de Justicia*” de la oposición, formando una especie de gabinete paralelo para criticar o conversar con el Gobierno de la Concertación. Siendo Presidente del Consejo, me llamó un Subsecretario de un Ministerio importante para expresarme su extrañeza por esta designación simbólica, ya que a su juicio era incompatible con el cargo de abogado del Estado, opinión en que no estuve de acuerdo y que tampoco compartía el Presidente de la República, Patricio Aylwin.

Nuevamente Ricardo Rivadeneira demostró su independencia de carácter y de criterio, al acordar, con todos los Consejeros, la presentación de la denuncia por posible fraude por el caso Valmoval, conocido más bien como el de los pinocheques, en el mes de marzo de 1993.

Poco después del término de mis funciones como Presidente del Consejo a fines de 1993, debe haber sido a mediados de 1994, Ricardo toma la difícil decisión de renunciar a la entidad que era presidida en esa fecha por Luis Bates y, según testimonio de éste, al entregarle la renuncia se emocionó vivamente. Habían sido 31 años los que había dedicado a la institución y su decisión de alejamiento debió haber sido muy dolorosa para él.

Por último, es imposible dejar de mencionar y testimoniar el decidido apoyo que me dio Ricardo Rivadeneira en el proceso de postulación al cargo de Fiscal Nacional en 1999, luego que la Corte

Suprema me incluyera en una quina en que figuraban además Davor Harasic, Vivian Bullemore, Manuel Guzmán y Luis Bates.

Tal como lo relato en mis “*Memorias del Primer Fiscal Nacional*”, solicité la colaboración del ex Consejero Ricardo Rivadeneira por sus vinculaciones con Renovación Nacional y del ex Consejero Jaime del Valle por sus relaciones con la UDI. Ambos pudieron perfectamente haberme contestado que habiendo cuatro ex Consejeros en la quina, no parecía prudente interceder por ninguno de ellos, dado sus méritos, trayectoria, etc. Sin embargo, ambos me apoyaron decididamente y recuerdo que me contaban casi todos los días de sus conversaciones con los dirigentes políticos. Finalmente, las gestiones fueron fructíferas ya que dichos partidos políticos manifestaron el último día del plazo constitucional que no apoyarían para Fiscal Nacional sino que a Guillermo Piedrabuena Richard, con lo que el Gobierno de Frei Ruiz-Tagle se decidió a proponerme al Senado, organismo que aprobó la proposición por 39 votos, con una abstención y un voto en contra<sup>21</sup>.

En los últimos años de su vida, solamente pude estar con Ricardo en algunas reuniones profesionales en su oficina, junto con Rodrigo Zegers, y no obstante que estaba afectado por un tumor canceroso desde el año 2002, enfrentó su dolencia con mucho ánimo y sin perder jamás la originalidad que tuvo durante toda su vida y de paso contándome algunas confidencias para mí inéditas<sup>22</sup>.

En resumen, Ricardo fue un gran Consejero, con mucho criterio. Nunca perdía la calma en las discusiones. Buscaba salidas a los problemas difíciles y siempre fue un buen amigo de todos.

Este es el homenaje que estimo debo rendir a dos ex Consejeros que tuvieron una brillante labor en el Consejo y en la vida pública de este país.

---

<sup>21</sup> PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Memorias del Primer Fiscal Nacional*, pp. 63-66.

<sup>22</sup> Fue en una de estas últimas conversaciones con Ricardo cuando me confidenció que en el año 1986, junto con Guillermo Pumpin, habían concurrido a entrevistarse en octubre de ese año con el Ministro de Justicia Hugo Rosende para que retirara la petición de renuncia al abogado Consejero Guillermo Piedrabuena Richard y así efectivamente ocurrió. La versión de Ricardo debo consignarla porque se aparta un tanto del contenido de mi libro (PIEDRABUENA RICHARD, *33 Años de Historia*, p. 180).

**Arturo Felipe Onfray Vivanco<sup>1</sup>**

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD: *Memorias del Primer Fiscal Nacional*. Thomson Reuters Puntotext, Santiago, 2011, 489 páginas.

Hace dos años don Guillermo Piedrabuena Richard publicó su obra “*33 años de Historia del Consejo de Defensa del Estado (1963-1996)*”, un relato de una experiencia de más de tres décadas en el Servicio, desde abogado auxiliar hasta presidente del Consejo, el cual se ve enriquecido por un contexto histórico de transformaciones profundas en lo económico, jurídico, político y social.

Este año vemos la publicación de su segundo libro testimonial, titulado “*Memorias del Primer Fiscal Nacional*”, en el cual nos habla de su trabajo como Fiscal Nacional, entre los años 1999 y 2007, y del proceso de instalación del Ministerio Público, institución fundamental de la reforma procesal penal, la cual don Guillermo construyó de la nada para dejarla funcionando en todo el país.

Dos caminos se entrecruzan en el libro. Por un lado, la narración cronológica de una serie de derroteros que configuran el nacimiento y la consolidación de la implementación inicial del Ministerio Público, hito central en el marco de la reforma procesal penal. Por otro lado, la experiencia de un hombre que debe asumir un puesto tan relevante como el de Fiscal Nacional ante los desafíos de la historia y del poder, en un espacio y tiempo determinados.

---

<sup>1</sup> ARTURO FELIPE ONFRAY VIVANCO. Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Licenciado en Derecho y Educación, Magister en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM) y Doctor en Derecho (PhD) de la Universidad Católica de Lovaina. Miembro de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

En las memorias es posible advertir la importancia de las esencias, de lo que nos configura y permanece más allá de lo efímeras que resultan las experiencias. Advierto en don Guillermo una matriz sólida que, en lo terreno, se entronca con una historia familiar más que centenaria, en la cual brilla la imagen de su querida madre, la poetisa Lucía Richard, quien supo transmitirle una gran sensibilidad poética, la cual para mí, así como creo que también para muchos otros, era desconocida y que, en esta oportunidad, aflora en momentos claves de la exposición, en especial en aquellos instantes en que el Fiscal Nacional se enfrenta a la soledad del cargo, a través de poemas singularmente bien logrados. Tal faceta es armónica con otra dimensión clave en el pensamiento del autor, cual es su visión espiritual del mundo, asociada a un catolicismo que nos sorprende en un mundo en el cual el laicismo parece devenir cada vez más fuerte. Ambas áreas –la familiar y la religiosa– enriquecen la sólida formación profesional del autor, haciéndole asumir como misión trascendente su profunda vocación jurídica.

Revisemos, a continuación, brevemente, los puntos centrales del relato:

En el capítulo inicial de la obra el autor nos relata su alejamiento, con cierta nostalgia, del Consejo de Defensa del Estado, y su proceso de reinversión profesional a una edad ya madura, la cual incluyó como hitos destacados su desempeño como abogado integrante en la Corte de Apelaciones de Santiago, lo que define como una experiencia inolvidable, y su incorporación como miembro al Consejo General del Colegio de Abogados. En ese escenario se gesta su postulación al cargo de Fiscal Nacional, luego de un proceso de reflexión personal, en el cual los consejos familiares no estuvieron ausentes. Resulta de gran valor histórico, la revisión del proceso que concluyó en la confección del listado de postulantes al referido cargo; y las negociaciones subsiguientes así como la tensa espera que culminó con la elección del Fiscal Nacional, aprobada por el Senado el 17 de noviembre de 1999. Se inicia, entonces, un proceso de cambios en la vida ordinaria de don Guillermo, la cual, luego de los gestos de cortesía y entrevistas protocolares de rigor, no volvería a ser la misma.

El autor, en seguida, nos relata el proceso de instalación de la Fiscalía Nacional, con las dificultades y premuras, en términos de infraestructura y presupuesto, con las cuales debió enfrentarse; y con los aprendizajes asociados a una forzada inserción institucional en

el sistema jurídico y social, lo cual supone revisar aspectos como las relaciones con la Policía, con los pares extranjeros y, en particular, con la prensa, con la cual estableció, en ocasiones, algunas relaciones positivas y, a veces, otras distantes y frías.

La primera etapa de la reforma procesal, la cual ubica entre los años 2000 y 2001, dice relación con la implementación de la misma en la IV y IX regiones. Se trató de un período de cierta tranquilidad, en relación con los años que vinieron, empañado inicialmente, eso sí, por algunos roces con el entonces ministro de justicia, los cuales se superaron con el tiempo, gracias a las acertadas actuaciones de don Guillermo.

La segunda etapa de la reforma procesal penal, la cual el autor sitúa en los años 2001 y 2002, supuso su establecimiento en las Regiones II, III y VII; y luego en las Regiones I, XI y XII; además de la primera postergación de la reforma para la Región Metropolitana. Don Guillermo relata en detalle esta fase de la reforma procesal penal, advirtiendo el surgimiento de temas que, con el tiempo, pasaron a ser particularmente sensibles, tales como el problema mapuche, el cual estalló en la IX Región y en algunos sectores de la VIII, y que se materializó en numerosos incendios premeditados de bosques, casas patronales y vehículos, lo que incluso llevó a don Guillermo a alegar, por primera y única vez, en su calidad de Fiscal Nacional, una causa ante la Corte Suprema.

La tercera etapa de la reforma procesal penal, la cual el autor ubica entre los años 2002 y 2003, corresponde a un período de desafíos para el Ministerio Público asociados al surgimiento de una serie de investigaciones y procesos que pusieron a prueba el sistema. En este bienio se produjeron, además, importantes adecuaciones en el Ministerio Público, vinculadas con el alejamiento de ciertos colaboradores, el establecimiento de los edificios definitivos del organismo y la dictación de la Ley N° 19.806, también conocida como “*ley adecuadora*”. A ello se suman la designación de los fiscales regionales de las Regiones V, VI, VIII y X; y varios acontecimientos importantes ocurridos en particular en el año 2003, tales como el nombramiento de don Luis Bates como ministro de justicia, lo cual importó que las relaciones con la referida autoridad mejoraron notablemente; la formación de una comisión de expertos para analizar la marcha de la reforma; la segunda postergación de la reforma en la Región Metropolitana; y la elección de los fiscales regionales metropolitanos.

La cuarta etapa de la reforma procesal penal corresponde a los años 2004 y 2005. El primero fue crítico en la historia del Ministerio Público, principalmente por la dura prueba que significó para el sistema procesal penal el denominado “*caso Lavandero*”, el cual, entre otras consecuencias, significó la remoción de la Fiscal Regional de la IX Región. El testimonio de don Guillermo es profundamente valioso en esta materia, la cual refleja los avatares y tensiones que se dan entre la justicia y el poder, en un contexto, por lo demás, en el cual los medios de comunicación ejercieron un rol central, particularmente relevante en un sistema procesal que ha destacado como elemento central la transparencia.

El 16 de junio de 2005 se inauguró la reforma procesal penal en la Región Metropolitana, en lo que se consideró un hito en la reforma procesal penal, el cual fue esperado con una especie de vigilia nocturna, en la cual don Guillermo visitó las diferentes fiscalías regionales de la zona metropolitana.

La etapa final de la administración del Primer Fiscal Nacional corresponde a los años 2006 y 2007. Ya en el año 2006 la reforma procesal penal estaba consolidada a pesar de la existencia de algunos temas preocupantes que debilitaban el accionar de las fiscalías, en particular en lo que dice relación con las condiciones de trabajo de los fiscales y algunas conductas impropias, de gravedad mayor unas, en tanto que otras más bien anecdóticas, como fueron las vinculadas con la venta de películas piratas al interior del Ministerio Público. Delitos de alto impacto público remecieron dicho año a la opinión pública, caracterizados por el alto número de víctimas por ellos afectados. Así ocurrió con los montajes llevados a cabo en el caso de los “*quesitos*” o en el de la Corporación del Niño Agredido.

Llegó así el 2007, año de la despedida de don Guillermo, quien revisa los desafíos que debió afrontar los últimos meses de su gestión, entre ellos los asociados a la creación de nuevas regiones en el país y el nombramiento de sendos Fiscales Regionales; el aumento de las agresiones a los fiscales; la trágica muerte de la fiscal de Valparaíso doña María Inés Cabezas Salamanca; y la formación de asociaciones al interior de la Fiscalía. Un particular interés tiene el relato del concurso para nombrar al sucesor de don Guillermo, el cual recayó también en un ex abogado del Consejo de Defensa del Estado: don Sabas Chahuán Sarrás. En esta oportunidad, al igual que con el nombramiento del Primer Fiscal Nacional, los entretelones del poder apa-

recen bien descritos por el autor. Vinieron, entonces, las despedidas, algunas particularmente gratas, otras más bien opacas.

Como un padre que observa a su hijo ya crecido, don Guillermo termina el texto con una serie de consejos para mejorar la gestión del Ministerio Público, las cuales no es posible sino calificar de certeras en especial al constatar las imperfecciones que se han advertido recientemente en el sistema, diseñado para un número de ingresos que ha sido doblado en pocos años, manteniéndose la misma dotación, lo que amenaza con afectar seriamente la curva de desempeño, actualmente en su nivel máximo.

Creo que debemos agradecer al autor. Él nos entrega un testimonio privilegiado del establecimiento del Ministerio Público, institución clave en la actual justicia chilena.

En lo formal, su estilo es ameno, claro, franco, lleno de entusiasmo, de sensibilidad y con un sinfín de anécdotas y testimonios que, de no ser por este libro, habrían sido borradas por el tiempo, ya se trate de los aspectos más cercanos a la historia oficial del Ministerio Público o de los que lindan en lo curioso, como son, por ejemplo, la historia de la composición y creación de la música del himno nacional del Ministerio Público o un viaje a la Laguna San Rafael a bordo del Transporte Aquiles de la Armada, frustrado por una impertinente roca aguja en la mitad de la noche.

Sin dudas recomiendo el libro con entusiasmo. Él nos relata la experiencia del autor como primer Fiscal Nacional, lo que, por sí solo, ya justifica su lectura. Sin embargo, su testimonio va más allá de los datos que constituyen la historia del establecimiento del Ministerio Público, la que, por lo demás, incluye algunas revelaciones sorprendentes, ignoradas hasta ahora por la opinión pública. Don Guillermo nos habla, además, como pocas veces ocurre en el medio jurídico por parte de un protagonista principal, de las grandezas y pequeñeces del alma humana, de lo precario de las situaciones personales, de las relaciones entre el poder y las autoridades, todo ello con gran honestidad y transparencia.



## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

La Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado publica artículos originales sobre materias jurídicas.

Se considera un artículo original aquel que no ha sido publicado en una revista o monografía con anterioridad y la primera traducción realizada al español de un texto publicado en una lengua extranjera.

Los artículos deben ser enviados, en cualquiera época del año, en lengua castellana, en papel y en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word para Windows o en formato compatible, interlineado simple, letra times new roman, tamaño 12, al Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado con domicilio en Agustinas N° 1687, Santiago, Chile. El manuscrito como archivo adjunto debe remitirse al correo electrónico [RevistadeDerechoCDE@cde.cl](mailto:RevistadeDerechoCDE@cde.cl)

La extensión máxima de los artículos es de 30 páginas tamaño oficio (incluidas las citas a pie de página y las listas de referencias bibliográficas), formato times new roman, 12, interlineado simple. En el caso de los comentarios de jurisprudencia y recensiones bibliográficas la extensión máxima no deberá ser superior a 10 páginas.

Se debe incluir el título del artículo, junto con un resumen de un máximo de 300 palabras y las palabras clave que considera su trabajo, ambos –el resumen y las palabras claves o descriptores– en español e inglés.

Se debe incluir el nombre completo del autor más sus grados académicos y cargo o trabajo que desempeña, así como la dirección de la universidad, centro de investigación o institución a la cual está incorporado y su correo electrónico.

El envío de un original supone el compromiso del autor de no someterlo a consideración simultáneamente a otras publicaciones periódicas de carácter jurídico.

El envío del original supone la cesión a título gratuito por parte del autor a la Revista de los derechos de reproducción una vez admi-

tido, tanto en la Revista propiamente tal como en el sitio web institucional ([www.cde.cl](http://www.cde.cl)).

Los autores recibirán cinco ejemplares de la Revista.

El editor de la Revista decidirá la publicación de los artículos requiriendo la aprobación del Comité Editorial, sin perjuicio de la posibilidad de pedir informes adicionales a especialistas en el tema del trabajo.

Al Consejo de Defensa del Estado corresponde la corrección de las pruebas de imprenta, proceso que es autorizado por los autores, y que supone, eventualmente, modificaciones formales menores en el contenido del artículo.

En cuanto a las referencias bibliográficas, la Revista del Consejo de Defensa del Estado se rige por las siguientes normas:

Las citas a pie de página de manuales y monografías se hará del modo siguiente: Apellido del autor en mayúsculas y, seguido de una coma, el nombre del autor (si los autores son más de tres se autoriza el uso de la expresión et al.), y a continuación de una coma, el título de la obra en cursivas, a lo cual siguen, separados por comas, el lugar, la editorial, la fecha de edición y la página respectiva (p., pp., o págs., según el caso). Si la obra consta de más de un volumen, se indicará en numeración arábiga o romana, según corresponda, el tomo y el volumen, después de la fecha de edición.

Ejemplos:

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, p. 224.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, pp. 224-225.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, págs. 224 y 226.

Las citas a pie de página de artículos publicados en revistas, misceláneas o escritos reunidos se efectuarán del modo siguiente: Apellido del autor en mayúsculas y, seguido de una coma, el nombre del autor, y a continuación de una coma, el título del estudio entre comillas, y luego después de un punto, la expresión “En:”, el título de la revista o publicación en cursiva, con la indicación del volumen en numeración arábiga o romana, según corresponda, a lo cual siguen, separados por comas, el lugar, la editorial, la fecha de edición y la página respectiva (p., pp., o págs., según el caso).

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, p. 566.

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, pp. 562-568.

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, págs. 563 y 566.

En las citas a pie de página se utilizará el formato Times new roman, tamaño 10 e interlineado simple.

Al final del texto deberá incluirse la bibliografía (libros, capítulos de libros, artículos, documentos electrónicos, normas y jurisprudencia).

En el caso de la bibliografía consistente en libros, capítulos de libro y artículos, debe utilizarse un sistema similar al de las notas al pie de página, excluyendo el número de páginas solamente en el caso de los libros:

Ejemplo (libro):

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II.

Ejemplo (capítulo de libro):

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contrac-*

*tual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, Capítulo III, pp. 293-470.

Ejemplo (artículo):

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989, pp. 562-568.

En el caso de documentos electrónicos, debe utilizarse un sistema como el que sigue:

Pierry Arrau, Pedro, ¿Es objetiva la responsabilidad del Estado”, disponible en <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/eea-0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3> (visitado el 5 de diciembre de 2008).

En el caso de las normas legales y de la jurisprudencia, debe utilizarse un sistema de citación como el que sigue:

Ejemplo (Ley):

Chile, Ley N° 20.330, fomenta que profesionales y técnicos jóvenes presten servicios en las comunas con menores niveles de desarrollo del país. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 25 de febrero de 2009.

Ejemplo (Decreto Supremo):

Chile, Decreto N° 76 del Ministerio de Justicia, nombra abogados integrantes de la Corte Suprema. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 25 de febrero de 2009.

Ejemplo (Jurisprudencia):

Corte de Apelaciones de Santiago, *Bienes Raíces e Inversiones Chile S.A. con Alcalde de la Ilustre Municipalidad de La Reina*, de 4 de abril de 2001. En: *Gaceta Jurídica* (251), pp. 97-99.



