

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN CHILE. UN BREVE PANORAMA EN EL DERECHO CHILENO

THE PRINCIPLE OF CAUTION IN CHILE. A BRIEF OVERVIEW OF CHILEAN LAW

CHRISTOFHER EL SO KOTZING*
MG. UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN

RESUMEN: El objeto del artículo es realizar un breve panorama del reconocimiento y la aplicación del denominado principio de precaución en Chile. Lo anterior tiene como objetivo determinar su campo de aplicación en nuestro país como también dar a conocer en qué casos nuestros tribunales lo han reconocido como también lo han utilizado. Sin perjuicio de ello, se propone su implementación y regulación como también su aplicación ya sea de forma directa o a través de las herramientas y principios básicos reconocidos en nuestro ordenamiento nacional.

PALABRAS CLAVE: Principio de precaución, responsabilidad civil, principio de cautela, función reparadora.

ABSTRACT: *The purpose of the article is to provide a brief overview of the acknowledgement and application of the so-called precautionary principle in Chile. In order to accomplish this aim, its scope will be studied in our country as well as the situations will be described in which our courts have recognized and used this principle. Notwithstanding, its implementation and regulation are proposed as well as its application either directly or through the basic tools and principles recognized in our national law.*

KEY WORDS: *Principle of precaution, civil responsibility, precautionary principle, restorative function.*

INTRODUCCIÓN Y ALGUNAS REFERENCIAS AL ORIGEN DEL PRINCIPIO

Con los constantes avances de la ciencia y tecnología que van transformándose en una herramienta más en el diario vivir, van surgiendo situaciones donde, y por la búsqueda de un beneficio, puede traer por consecuencia, un perjuicio en contra de la sociedad. En vista de ello, los Estados, al tener la función de regulación de las actividades con efectos en la colectividad toda, tienen el deber de fijar reglas mínimas de operación tanto al empresario como también al particular, con el objeto de evitar riesgos, daños y peligros a la población o a un grupo determinado de ella.

A raíz de esto y con el objeto de evitar actividades potencialmente dañosas, tanto en distintos ordenamientos jurídicos como en tratados internacionales, van surgiendo ciertas reglas de cuidado que un individuo o empresario debe adoptar al momento de ejercer una determinada actividad tendiente a satisfacer una necesidad particular o social. En este orden de ideas cobran importancia los principios vinculados a la tutela inhibitoria, denominados como *principio de precaución y prevención en materia de daños*, los que, al menos en Europa ya sea en normas internas o comunitarias, han sido mayormente estudiados y aplicados.

En vista de lo indicado, el *principio de precaución* o también conocido como *principio de cautela*, actúa sobre la base de una incertidumbre de daño en una determinada actividad que, obliga a adoptar medidas tendientes a evitarlos, a falta de un estudio concluyente de la existencia o inexistencia del riesgo. En virtud de lo anterior, la finalidad del principio consiste en que la actuación, ya sea del Estado o de la sociedad, se haga efectiva en forma previa a la materialización de un perjuicio que, si bien, no se tiene certeza de su existencia, no por ello no pueda limitar al individuo o a los gobiernos del desarrollo de una actividad ante la probabilidad.

En relación a este principio, identificar el punto de partida del mismo, no es algo que queda del todo claro, pero, y ya en un antiguo canon se indicaba que “*el comportamiento humano debía tener una visión renovada del concepto de prudencia ante lo incierto y desconocido, enlazándola con la conjetura basada en la memoria y la inteligencia y la providencia, entendida esta como una disposición anticipada para evitar o minimizar los daños o males supuestos y temidos*”¹. Por otra parte, igualmente se ha mencionado que dicho principio, se puede encontrar en los postulados del filósofo JONAS, quien “*trabajó sobre los problemas éticos y sociales emergentes de los desarrollos tecnológicos, señalando que la supervivencia humana dependía de sus esfuerzos por cuidar del planeta en el futuro. Desarrolló los fundamentos filosóficos y éticos de lo que más adelante se designaría como principio de precaución*”².

Es en los últimos treinta años del siglo XX donde se ha hecho referencia de forma más común al principio, ya sea en tratados, directivas, como en otros instrumentos³, siendo una de las primeras aproximaciones al concepto tal como lo conocemos hoy, desarrolladas en Alemania, donde se proponía la creación de herramientas preventivas en atención a actividades potencialmente dañosas en relación a la salud y al medioambiente, pero obteniendo mayor consagración en el derecho internacional y comunitario, según el cual es deber de los Estados el aplicar medidas de control que tengan por objeto la prudencia de las actividades realizadas por particulares. Debido a lo anterior, a través del Consejo de las Comunidades Europeas en 1980 y como medida de “precaución”, se implementa una política por la cual los Estados miembros, se comprometen a la reducción de los denominados “Clorofluorocarbonos⁴” que den lugar a emisiones contaminantes, pudiendo

¹ DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA (Dir.), “*El principio de precaución ambiental: La práctica argentina*”, Lerner Editora SRL, Córdoba-Argentina, 2009, p. 14.

² *Ibid.*, p. 14.

³ Sobre este punto resulta interesante el cuadro expuesto por José Manuel del Cózar Escalante en su artículo “Principio de precaución y medio ambiente”. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200003. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2017

⁴ Se debe entender como el gas que producen los aerosoles donde, en contacto con el aire, pueden durar en el hasta 100 años.

esta medida ser nuevamente revisada en el futuro⁵. Pero es en la “Convención de Río sobre medio ambiente y desarrollo”, desarrollada en la ciudad de Río de Janeiro en 1992, donde en su principio número 15 establece que, “*Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*”⁶. En vista de ello y con la creación de un concepto sobre la institución, se consigna que su génesis obedece primeramente a un mecanismo de protección del medioambiente.

El principio aludido posteriormente fue ganando terreno en el ámbito de la salud e incluso en el ámbito alimentario a raíz de la medida de la prohibición de bovinos afectados por la encefalopatía espongiforme en el Reino Unido, comúnmente conocida como el “mal de las vacas locas”, donde surgió la incertidumbre en relación a si el consumo de la carne de estos animales que padecen la enfermedad, podrían afectar también a los humanos, fundamentalmente causada por la alteración de la proteína “prión”, la que produciría malformaciones en el cerebro humano. Es por ello que, como primera medida de precaución y ante la sospecha del contagio por consumo, se estableció la prohibición de exportación de bovinos y productos derivados desde el Reino Unido. Esta aplicación del principio de precaución no quedó exenta de conflictos, debido a las consecuencias económicas derivadas del caso.

Teniendo presente esta breve referencia al tratamiento que ha tenido el principio en Europa surge la interrogante si, en nuestro país, ha tenido el recogimiento que ha alcanzado en este continente y su aplicación a materias concretas. Es por ello que las líneas siguientes se ocuparán para exponer el recogimiento que ha tenido el principio en Chile, el determinar en qué casos concretos se ha aplicado, si, a falta de un recogimiento expreso por parte de nuestra legislación nacional, pueda ser utilizado vinculado a herramientas clásicas de nuestro derecho.

PANORAMA EN CHILE SOBRE EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Como primera observación podemos identificar que en Chile y en la determinación del concepto y fines del mismo, una de las primeras referencias directas al principio podemos encontrarlo en una Sentencia de la Corte Suprema de fecha 28 de noviembre del año 2005 con respecto de un juicio llevado entre el Centro Juvenil Ages y el Instituto de Salud Pública, que venía a resolver si podía comercializarse el fármaco denominado “Postinor-2” o comúnmente llamado “Píldora del día después”⁷ ante la declaración de nulidad de derecho público del acto administrativo que permitía su comercialización por el Vigésimo Juzgado Civil de Santiago. Sin embargo y al igual que en Europa, es en materia medioambiental donde el principio, además de ser mayormente utilizado

⁵ Consejo de las Comunidades europeas (1980). Decisión del Consejo, de 26 marzo de 1980, relativa a los clorofluorocarbonos en el medio ambiente. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/1980/090/L00045-00045.pdf>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2017.

⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992). Declaración de Río sobre Medioambiente y desarrollo. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>. Fecha de Consulta: 9 de mayo de 2017.

⁷ Al respecto en el fallo indicado, comentado por Eduardo Soto Kloss, el principio de precaución es “*de larguísima tradición en la teología moral; ante una amenaza de producir un mal –en este caso, la muerte de seres humanos concebidos y en pleno proceso de gestación– el deber esencial de toda persona es abstenerse, y más aún tratándose de una autoridad del Estado, cuya misión es “promover el bien común” (art. 1° inc. 4° de la Constitución) con “pleno respeto de los derechos de las personas” (ídem); y el que está por nacer lo es cabal y plenamente como lo afirma la propia Constitución en sus arts. 1° inc. 1° (y la historia fidedigna de su establecimiento: vid. Ley N° 19.611) y 19 N° 1 (la Constitución asegura a todas las personas: N° 1...)*. Si este “principio de precaución” se aplica sin remilgos para proteger la naturaleza y su equilibrio ecológico, cuanto más ha de aplicarse para proteger la vida humana (a cuyo servicio está aquella y existe en razón de las personas); “*las dudas deben interpretarse en sentido favorable*”, decían los clásicos, ya que ha de estarse a aquello que favorece a las personas y, en este caso, su vida y su integridad, como es el de la persona concebida ya en el claustro materno; no se trata sino del principio básico pro homine (que Modestino recuerda en el Digesto 1.3.25 y que tiene aplicación en el pro reo, pro cives, pro trabajador; etc.). Ello aparece más que evidente para toda persona humana que piensa sensatamente y actúa con la razón (y no obnubilada por ideologías antinatalistas, antihumanas, practicadas por regímenes totalitarios genocidas, que parecen redivivos hoy en estas políticas de corrosión social y moral)”. SOTO KLOSS, EDUARDO, “*Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los tribunales*”, N° 2-2005, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 1122.

ha sido igualmente discutido. La referencia al mismo puede identificarse en algunos fallos donde, tímidamente, se limitan a contrastarlo con el principio mayormente aplicado en Chile que es el preventivo, que actúa sobre la base del riesgo cierto y daño cierto o, en otras palabras, su actuación tiene como premisa un peligro sabido, conocido y con resultados negativos de los que se tiene exactitud en cuanto a su consecuencia y magnitud. En vista de ello, la Corte Suprema señaló en fallo Rol N°2138-2012 lo siguiente:

El principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (periculum in mora). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que éstos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren”⁸.

Así también, otra sentencia de la Corte Suprema ha indicado:

“En lo concerniente al principio de cautela, se debe tener en consideración, que en caso de riesgo de daños graves e irreversibles al medio ambiente o la salud humana, la falta de certeza científica absoluta no puede servir de excusa para posponer la adopción de medidas efectivas de prevención del deterioro medioambiental. En consecuencia, el ejercicio por parte de la autoridad competente de acciones idóneas inspiradas en el principio de precaución, no es más que la puesta en práctica de la prudencia en este ámbito”.

Seguidamente en el mismo fallo indica que la diferencia entre los principios de cautela y de prevención, se configura por el hecho de que en el postulado de prevención se posee la certeza de que verificándose determinado factor el daño ocurrirá, en cambio, en el instituto de la precaución, aunque se produzca la circunstancia o factor concomitante, en realidad no se sabe si el daño efectivamente acaecerá, sin embargo hay razones plausibles para pensar en ese sentido”⁹.

Como se puede apreciar, la referencia al principio de precaución es solamente ilustrativa, donde nuestros tribunales solo lo comparan con el preventivo, distinción que, desde ya, la estimamos como errónea e innecesaria teniendo presente que este principio actúa bajo la hipótesis de riesgo incierto y daño incierto o dudoso.

⁸ Corte de apelaciones de Valparaíso, R.G.T. Y OTROS CON RECONSA S.A., 27 de julio de 2012, Valparaíso. Rol 2138-2012. Los hechos hacen referencia a un recurso de protección presentado por un grupo de ciudadanos contra la empresa mencionada indicado que estos procedieron a cerrar un sector de dunas vulnerando el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación. La empresa recurrida indica que el cierre se produce producto de que el actuar culpable de personas que transitan con sus vehículos sobre ellas vienen a deteriorar el paisaje.

⁹ Corte Suprema, C.F.T. Y OTROS CON MINERA LOS PELAMBRES S.A., 21 de octubre de 2014, Palacio de los Tribunales de Justicia, Chile. Rol 12938-2013. Interpusieron denuncia de obra nueva en contra de Minera Los Pelambres S.A., representada por don J.P.L.F., a fin de que se declare que no puede funcionar el tranque de relaves El M., prohibiéndose toda obra destinada a su funcionamiento; que aquellas obras que se hayan ejecutado alterando o impidiendo el curso de las aguas y el flujo o cauce de las mismas deberán ser demolidas o dejadas sin efecto si producen el perjuicio denunciado.

Por su parte y a nuestro entender, donde de forma más clara ha podido identificarse la aplicación del principio de precaución es en materia de eventuales daños que generan las llamadas antenas de telefonía celular, donde el asunto vino a ser regulado a través de la Ley N°20.599, publicada el 11 de junio de 2012, la que vino a modificar la Ley General de Urbanismo y Construcción. Por medio de ella, se agregó un nuevo articulado que establece una verdadera reforma a la regulación sobre la instalación y restricciones de las antenas de telefonía celular. Esto se une al hecho que en Chile se cuenta con estándares de cuidado en esta materia aún más estrictos que en Europa y en Estados Unidos¹⁰.

En base a lo anterior y como consta en la Historia de la Ley “*se ha propuesto perfeccionar, en primer lugar, la norma vigente de campos electromagnéticos no ionizantes para todos los concesionarios de telecomunicaciones y las relativas a las condiciones de emplazamiento de las torres que soportan los sistemas radiantes*”¹¹. Todas estas ideas tomaron cuerpo con la dictación de la Ley ya indicada, la que viene en agregar una serie de nuevos requisitos y elementos para la construcción de estas torres, siendo la misma norma la que se encarga de establecer las condiciones mínimas para que estas puedan ser construidas, así como también, en crear una serie de limitaciones respecto al número de estructuras que se pueden construir en un lugar determinado.

Todos estos requisitos fueron perfectamente establecidos aplicando el principio de precaución, ya que como se dijo en la discusión de la Ley, existe “*un principio precautorio, que se aplica cuando no hay evidencias que demuestren que hay un efecto claro, o se demuestre que una situación es inocua*”¹². Por lo demás, y como uno de los fines de la ley que se recogen, es el de:

“precisar una norma máxima de radiación y un criterio precautorio, porque hoy día es evidente la carencia de estudios que demuestren que las radiaciones electromagnéticas son dañinas para la salud, pero tampoco se ha asegurado que sean absolutamente inocuas. En el área de la salud, cuando no hay claridad acerca de cómo puede afectar algún tipo de contaminante, se establece un criterio precautorio. Es decir, hasta no haber certeza de que el riesgo es cero, se colocan medidas adicionales de protección. Por eso, además de la norma de emisión, hemos visto la necesidad de fijar ciertas distancias, particularmente en las zonas sensibles”¹³.

Sin perjuicio de lo anterior, además la Historia de la Ley establece referencias al principio, donde nuevamente se comete un equívoco en el concepto y ámbito de aplicación de este, confundiendo con el preventivo. Es así como en base a su fundamento, se indica lo que sigue:

*“el Gobierno, acogiendo la inquietud ciudadana y basándose en el principio preventivo, hasta que existan estudios científicos concluyentes sobre las consecuencias para la salud pública, ha resuelto perfeccionar, en primer lugar, la norma vigente de emisiones de campos electromagnéticos no ionizantes para todos los concesionarios de telecomunicaciones y las relativas a las condiciones de emplazamiento de las torres que soportan los sistemas radiantes*¹⁴”.

¹⁰ En razón a lo indicado, en nuestro país se permite un máximo de 100 microwatts por centímetro cuadrado y en aquellas zonas declaradas sensibles el margen se reduce a 10 microwatts. El establecimiento de dichos márgenes puede ser revisado en la resolución número 403 del año 2008 de la Subsecretaría de telecomunicaciones.

¹¹ Historia de la ley N°20.599 (2012). Disponible en: http://www.senado.cl/appsenedo/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=4443-14. Fecha de consulta: 10 de julio de 2017.

¹² Historia de la ley N°20.599 (2012). Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Indicación sustitutiva del Ejecutivo de 08 de abril de 2008, p.4. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4462/>.

¹³ Historia de la ley N°20.599 (2012). Trámite Comisión Mixta, Cámara de Diputados-Senado, sesión 87 del 10 de enero de 2012, p.13. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4462/>.

¹⁴ Historia de la ley N°20.599. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Indicación sustitutiva del Ejecutivo de 08 de abril de 2008, p.4. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4462/>.

Como se puede apreciar, la mención es en razón del principio de precaución, más que al principio de prevención.

En razón a la aplicación del principio precautorio y ante esta falta de estudios concluyentes sobre el riesgo de radiación, la Ley N°20.599 establece una serie de restricciones en cuanto a la instalación de las antenas, tomando en cuenta la falta de precisos resultados en torno al posible daño que generarían. Tales restricciones, en términos resumidos, se exponen del siguiente modo:

1) La creación de la denominada “zona saturada de antenas”: La mencionada, prohíbe la instalación de nuevas estructuras cuando ya existan dos o más torres de doce o más metros de altura dentro de un radio de cien metros a la redonda, salvo el caso de “colocación” el cual consiste en que el prestador de servicios móviles pueda instalar su estación de telecomunicaciones en una estructura ya instalada con otro operador, evitando así nuevas construcciones. En la misma línea es obligación de la Subsecretaría o el organismo designado al efecto que, en caso de ser una zona declarada como saturada, se establezca un plan de mitigación que permita reducir, en el plazo de un año, las emisiones a rangos permitidos. (Artículo 116 E de la Ley General de Urbanismo y construcción). Como se puede apreciar la medida creada en la Ley no se centra en la emisión de ondas electromagnéticas, sino que más bien, en el impacto visual que a juicio de los ciudadanos generan estas instalaciones. Por ello, la idea de colocación como excepción a la regla de zona saturada sirve, a nuestro entender, como una herramienta que provoca un mayor riesgo (si bien incierto) de exposición de ondas, ya que, a ojos del común de las personas, al ver físicamente solo una estructura no significa necesariamente que se encuentra expuesta a solo una emisión, lo que lleva necesariamente a una exposición mayor en caso de existir más de un proveedor.

2) Establecimiento de zonas prohibidas de instalación: Se establecen lugares donde debe existir cierto distanciamiento mínimo para su construcción por el eventual riesgo que existe a la exposición continua por parte de una persona a una onda electromagnética. Ante la falta de un estudio concluyente sobre la materia y teniendo presente que hay cierto grupo de personas que, dada sus características o condiciones requieren de mayor prevención en su salud, es que la Ley antes indicada viene en establecer ciertos lugares prohibidos de instalación, tales como; establecimientos educacionales públicos o privados, salas cuna, jardines infantiles, hospitales, clínicas o consultorios, hogares de ancianos, predios urbanos donde existan torres de alta tensión. Esta enumeración permite otros lugares sensibles de protección que deben ser definidos por la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

3) Mayor verificación por parte de los Municipios: Donde es obligatorio tramitar y obtener por parte del proveedor el respectivo permiso de construcción de la Dirección de Obras Municipales, además se les faculta para dictar ordenanzas al respecto donde regulen las zonas de instalación de torres. Si bien la medida se puede ver como un avance, este es solamente aparente, ya que los órganos encargados para realizar dicha labor serán siempre las Direcciones de Obras Municipales y el Concejo Comunal, donde normalmente y dado lo técnico de la materia, no son los funcionarios idóneos para realizar las observaciones que correspondan, desde el punto de vista de lo intangible que constituye una emisión de una onda magnética.

Pero independiente de lo anterior y del avance que puede significar estas herramientas, antes de su dictación y manteniendo este criterio, nuestros tribunales no han recepcionado el sentido interpretativo a las que apuntarían estas normas, ni tampoco el principio precautorio subyacente en las mismas, y como mecanismo tendiente a evitar eventuales daños, sino que más bien, continúan con la idea que la función preventiva en materia de daños, obedece necesariamente a la idea de un riesgo con daño cierto, bien, en apreciar la responsabilidad desde un punto de vista de su función reparadora más que preventiva. Esto, en palabras de PÉREZ RANGONÉ, supone que “*nuestro sistema de la responsabilidad civil y su correlato en la acción de condena solo como posibilidad resarcitoria o restitutoria resulta insuficiente para el resguardo adecuado de determinados de-*

rechos. *Es más puede predicarse que con esa visión se generan incentivos para vulnerarlos sin inconvenientes*¹⁵.

Prueba de lo anteriormente expuesto, podemos encontrarlo en distintos fallos que son uniformes en manifestar que, a falta de estudios claros sobre la materia, no puede paralizarse la actividad en base a supuestos o hipótesis de daño. Es así como nuestros tribunales han resuelto que:

*“los resultados de las investigaciones efectuadas a la fecha no han demostrado categóricamente, la existencia de efectos nocivos sobre la salud humana por la exposición a los campos electromagnéticos originados por las antenas y equipos de telefonía móviles; que no hay evidencias de que las antenas y aparatos de telefonía móvil interfieran en el buen funcionamiento de marcapasos cardíacos u otros, en la medida que los niveles de exposición se mantengan dentro de lo recomendado y normado; y que respecto de los efectos térmicos y no térmicos, no existen problemas significativos para la salud humana con las exposiciones asociadas a las ondas electromagnéticas utilizadas por la telefonía móvil, dentro de los niveles estimados como seguros”*¹⁶.

Por otro lado, y en el mismo sentido, la Corte Suprema también ha indicado que:

*“Desde un punto de vista científico, no hay hasta ahora, evidencias claras en cuanto a la presencia de antenas (telefónicas) que por la presente vía se pretendía erradicar, o al menos, impedir que su funcionamiento, produzcan daños a las personas y es por lo mismo, que el recurso se había fundado en aspectos relacionados con la normativa sobre construcción, vale decir, cuestiones técnicas totalmente ajenas al objetivo que este persigue y a las garantías constitucionales que se le han esgrimido para fundar esta acción cautelar. A lo anterior hay que sumar que no se advierte por este tribunal cual pueda ser la ilegalidad y, menos aún, la arbitrariedad en la que ha incurrido la empresa telefónica al emplazar la antena en el lugar en que se cuestiona y, ciertamente, el recurso no logra demostrarlo de manera convincente, por lo que el fallo recurrido no ha debido acoger la acción cautelar y, particularmente, fundarse para ello, en una argumentación de hecho totalmente ajena a las garantías constitucionales invocadas”*¹⁷.

En el mismo sentido en el año 2016, la Corte Suprema mantiene el criterio considerando que, *“en el escenario descrito, ocurre en primer lugar que la obra ya ha sido detenida de modo que no existe un peligro inmediato como el que se reclama, a lo que se suma –como ya se anticipó– que no existe evidencia científica que avale la posible ocurrencia de daños a la integridad física o síquica de las personas que residen en zonas próximas a aquella en que se instala una antena como la que pretende erigir la recurrida”*¹⁸.

¹⁵ PÉREZ RAGONÉ, ÁLVARO, “Tutela inhibitoria como técnica procesal civil de la aplicación de los principios de prevención y precaución”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVIII N° 1, 2007, p. 229.

¹⁶ Corte de apelaciones de San Miguel, R.H.A. Y OTROS CON CLARO S.A., 9 de junio de 2016., Rol 1589-2015. Los hechos consisten en que los recurrentes tomaron conocimiento que dicha empresa construirá una antena de telefonía celular de 11,90 metros de altura, puesto que la Junta de Vecinos A.V. recibió carta certificada que así lo consignaba. Indican que ello constituye una amenaza que conculca su derecho a la vida e integridad física y psíquica; derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y el derecho de propiedad consagradas en los numerales 1, 8 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental

¹⁷ Corte Suprema, E.A.P. CON ENTEL PCS S.A., 17 de julio de 2001, Palacio de los Tribunales de Justicia, Chile. Rol 2010-2001. Los Hechos: La recurrente junto con otros, demandan a Entel PCS por la construcción de una torre de telefonía celular en el predio de Avenida Linares 0406 comuna de La Granja, fundan su presentación que el funcionamiento de esta torre provoca daños a la salud de las personas y vulnera su integridad física y psíquica como también su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como también a su derecho de propiedad

¹⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, R.G.D. CON WOM S.A., 6 de marzo de 2017, Av. España N° 503, Santiago. Rol 4461-2016. Hechos. “Sostienen que extraoficialmente tomaron conocimiento de que la empresa recurrida pidió instalar la antena en infraestructura ya existente, lo que no es efectivo. Señalan que es un sector residencial y que en un radio de 20 metros al lugar de la instalación, residen al menos 70 niños, que constituyen un grupo poblacional de mayor riesgo para las radiaciones de antenas celulares, por lo que se trata de una zona susceptible de ser declarada zona sensible de acuerdo a los criterios señalados en el artículo 7 de la Ley General de Telecomunicaciones. Aduce que la Inmobiliaria que les vendió sus propiedades contempló espacios para los servicios y equipamiento para evitar la afectación directa de la población vulnerable, además de encontrarse proyectada la instalación de un colegio a menos de 18 metros del lugar donde se ubica la antena”.

Como se puede apreciar, encontrar jurisprudencia que acoja la aplicación del principio de precaución atendiendo los fines para los cuales se ha establecido, es un tema complejo, atendiendo a que nuestros tribunales, aún funcionan bajo la premisa de un riesgo conocido con un resultado concreto que sirva de base para dar lugar a la paralización de la actividad riesgosa.

Por su parte, desde un punto de vista doctrinario, el principio de precaución debe ser enmarcado dentro de las acciones preventivas de responsabilidad donde básicamente requiere “*que la amenaza o perturbación afecte un derecho indubitado de la víctima y que no se trate de una carga que el actor debe probar*”¹⁹.

Pero independiente de ello, en nuestro país ha tendido a ser estudiado desde el punto de vista del derecho ambiental. Pese a su aplicación restringida a esta rama del derecho, estimamos que su utilización puede ser llevada a otros campos que no sean los frecuentes o lo más estudiados (como son el medioambiente, la salud y la alimentación). Para llegar a ello, podemos utilizar las herramientas o instituciones ya reconocidas y estudiadas en nuestro derecho nacional, tales como el deber de no dañar a otro consagrado en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil y la buena fe como principio general de derecho. Sin perjuicio de lo anterior, el problema que puede traer aparejado es que, de acuerdo con nuestro sistema clásico de responsabilidad extracontractual, tendríamos que acreditar un actuar doloso o culpable del sujeto activo al que se le pretende regular o paralizar su actividad ante la falta de estudios concluyentes en relación a su actividad eventualmente riesgosa. Unido a lo anterior, si se parte de la idea que este principio descansa en una incertidumbre de daño que, en el futuro se generaría, “*podría ser incluso morigerada la responsabilidad del actor al ser un imprevisto imposible de resistir; por tanto, un caso fortuito o fuerza mayor, por una “incertidumbre” que siempre los acompaña*”²⁰.

Otro punto interesante en esta materia es determinar un plazo en la aplicación del principio precautorio. Cobra interés lo anterior, puesto que, si estimamos que para su implementación podríamos utilizar las clásicas herramientas indicadas, no debemos dejar de lado que la víctima también juega un papel importante en orden a que también debe impedir la creación de un propio perjuicio. Por ello, ante dudas de un riesgo producto de la falta de estudios sobre la materia es aceptable indicar que, así como se le exige al actor tomar medidas precautorias, el sujeto pasivo también debe evitar generar su propio daño absteniéndose de realizar actos donde el riesgo eventual pueda operar. Por tanto, en base al criterio de la exposición imprudente al daño del artículo 2330 del Código Civil, *si la acción u omisión de la víctima es negligente; en este caso, la culpa del propio perjudicado que contribuye a la provocación del daño, acarreará repercusiones en la cuantía*²¹.

En el mismo orden de ideas anterior, en caso de que el principio no logre el objetivo deseado desde esta función preventiva de daños, entonces y solo entonces podríamos pasar a una etapa o fase reparadora, lo cual en este punto cobra importancia, el poder determinar el momento en que nació esta “duda razonable” y cuando se convirtió en un “daño cierto o concreto”, ya que este lapso deberá tomarse en consideración para determinar el quantum indemnizatorio, ya sea aumentándolo o incluso eximiendo al actor bajo esta premisa de utilización tardía de la acción por existir ya no una duda sino que una certidumbre de daño causado por el actuar negligente de la víctima. Como se puede apreciar, *más que un problema de culpa es un asunto de causalidad*²².

Teniendo presente lo anteriormente dicho y en consideración a las limitaciones que puede generar la carga de probar la culpa o negligencia del sujeto pasivo, interesante también es la idea de

¹⁹ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 591.

²⁰ FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”, *Cuadernos de Análisis Jurídico, Temas de responsabilidad Civil*, N°1, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004, p. 71.

²¹ BAHAMONDES OYARZÚN, CLAUDIA Y PIZARRO WILSON, CARLOS, “La exposición de la víctima al daño: Desde la culpabilidad a la causalidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIX N° 2, 2012, p. 41.

²² *Ibidem*.

FIGUEROA YÁÑEZ en orden a prescindir del elemento culpa para adoptar los criterios de la responsabilidad objetiva donde, *se puede hacer siempre responsable al que crea el riesgo, cualquiera que sea la conducta preventiva que haya seguido*²³, *lo que permitiría llegar a donde se genera el riesgo más que al acto donde se genera el daño*²⁴. Si bien la fórmula parece la más práctica para lograr el fin deseado, genera la interrogante en torno a determinar cuál es el grado de diligencia que debe ser exigido a un sujeto ante una actividad que no se sabe con exactitud si genera o no efectos negativos a la sociedad y, además, cual es el grado de incentivo que genera el principio a la creación de nuevas ideas para el bienestar social ya que, si utilizamos la fórmula de la responsabilidad objetiva, toda persona tendría que prever los eventuales riesgos que la actividad produce, generándose un efecto negativo en cuanto al desarrollo de la sociedad por el aumento del costo de la producción relacionado con la prevención de riesgos incluso inciertos. Por ello, y en el mismo sentido se ha dicho que *“la demanda por aplicarlo es intensa, especialmente en ámbitos en donde pueden existir riesgos masivos. Subyacen a ello también consideraciones distributivas muy atendibles desde el punto de vista de la intervención pública. Sin embargo —y esto es lo relevante—, por más loables que sean, el principio precautorio en su versión fuerte no siempre es útil para promover tales objetivos”*²⁵.

Es por esto que abogamos porque el principio de precaución sea regulado por el Estado, ya que sus fines son útiles, pero sus efectos también pueden ser peligrosos, en la medida de que se establezca un nivel de precaución muy alto, con el objeto de evitar todo eventual riesgo que pudiera ocasionar un retroceso en el avance e innovación. En el mismo sentido cobra nuevamente fuerza la idea de establecer daños o riesgos que sean tolerables por la sociedad y que no sean indemnizados o reparados, o expresado de otra forma, daños lícitos, que por el hecho de vivir en sociedad se esté obligado a soportarlo y que, por tanto, no puedan ser objeto de prevención o reparación, por tener esta calidad de vecino *que nos obliga a soportar molestias e incomodidades siempre que ellas no se eleven a los niveles de tolerabilidad normal u ordinaria*²⁶ Por tanto, la figura del daño lícito por el hecho de vivir en sociedad puede servir como mecanismo de contrapeso ante la precaución excesiva.

Por su parte, otra herramienta que podríamos utilizar sería la consagrada en el artículo 2333 del Código Civil que concede acción popular en todos los casos de daño contingente que amenace a personas indeterminadas. Si bien, se ha dicho que las características de la amenaza debe ser *cierta, precisa y no vaga, de tal manera que el juez pueda determinar si es ilícita o no*²⁷, estimamos que su ámbito de aplicación no debe quedar solamente restringido a daños, peligros o riesgos ciertos, lo que pareciera más familiarizado con el principio preventivo, sino que también, se debiera aplicar a toda situación o actividad que ante esta falta de estudios poco claros si dicho acto es o no riesgoso, pueda ser limitado o paralizado. Lo anterior se deduce, haciendo una interpretación extensiva del artículo antes mencionado, y según como el Código Civil no nos da un concepto de lo que debe entenderse como contingencia, interpretando la expresión en su sentido natural y obvio como un *“acontecimiento que pueda suceder o no”*²⁸ se puede afirmar que *todo daño debe ser objeto de responsabilidad preventiva*²⁹, ya sea cierto o dudoso o *que provenga de una acción u omisión*³⁰.

²³ FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO, ob. cit., p. 71.

²⁴ RODRIGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 84.

²⁵ CORDERO VEGA, LUIS Y TAPIA, JAVIER, “Principio precautorio”. Disponible en http://www.elmercurio.com/blogs/2012/10/16/6379/principio_precautorio.aspx. Fecha de consulta: 18 de julio de 2017.

²⁶ CÉSPEDES MUÑOZ, CARLOS, *“El daño lícito”*, Editorial La ley, España, 2016, p. 73.

²⁷ SOTO KLOSS, EDUARDO, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 85.

²⁸ Real Academia Española. (2014). Contingencia. En *Diccionario de la lengua española* (23.ªed.). Consultado en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=AVWiN0d>. Fecha de consulta: 25 de julio de 2017.

²⁹ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *“Lecciones de responsabilidad civil extracontractual”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 357.

³⁰ DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS, “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil Chileno, sus elementos y ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLVI, p. 136.

Por ende, en la medida que cualquier daño aunque sea incierto o dudoso pueda ser precavido a un costo razonable, es lícito exigir que el actor lo prevenga con el fin de evitarlo.

CONCLUSIONES

El estudio del principio de precaución, tanto para la jurisprudencia nacional como respecto de nuestros legisladores, sigue siendo a la fecha un concepto confuso, sobre todo en cuanto a la determinación de su finalidad, ya que tiende a ser vinculado con el principio preventivo. Sin perjuicio de ello, en las situaciones donde ha podido ser aplicado, dicha diferencia de conceptos no ha sido obstáculo alguno para llegar al resultado esperado consistente en la paralización de la actividad potencialmente dañosa. Lo anterior nos obliga nuevamente a insistir en su regulación implementación y aplicación precisa en cuanto al objetivo del mismo.

Por otro lado, el principio de precaución sigue siendo de aplicación restringida debido a su recurrente uso en las áreas de protección al medio ambiente, la salud y la alimentación. Sin embargo, los fines de este no significan necesariamente restringir su concepto a otras áreas donde no ha sido implementado, como por ejemplo, al mundo social, económico o incluso el área patrimonial desde el punto de vista de las relaciones sociales particulares que se generen en razón de actos o contratos.

Por otro lado, la aplicación del principio nos lleva necesariamente a ver el derecho desde otro enfoque o prisma en el sentido de que la conducta del sujeto debe estar encaminada a un rol preventivo en una determinada actuación. Por ello, si una actividad se realizara tomando en consideración los posibles riesgos o amenazas de un daño cierto (como es en el caso del principio preventivo) o dudoso (como en el principio que estamos estudiando) se tendría más posibilidades de evitar los riesgos, como así la judicialización del daño, logrando por tanto generar una actividad más segura para la población.

La función preventiva del derecho de daños en materia de medioambiental se puede observar claramente a través de distintas manifestaciones en el ordenamiento jurídico chileno, donde fue base para la Ley N°19.300, como también para la modificación de la Ley General de Urbanismo y Construcción, el cual estableció un estatuto precautorio en base a la Ley de Antenas indicada precedentemente.

El principio de precaución podemos unirlo a la idea clásica del deber de no dañar a otro. Debido a ello, como toda persona tiene esta obligación de evitar realizar alguna actividad riesgosa para un individuo o la sociedad toda, no debemos agotar su uso solo a riesgos conocidos o ciertos, sino que también a toda actividad eventualmente perjudicial. Sin perjuicio de ello, reconocemos que la aplicación del principio sin límites establecidos o sin límites concretos, puede traer aparejado un desincentivo en el orden económico o un aumento del valor de inversión. De ahí que, así como instamos en que el principio pueda ser regulado con el objeto de tener un reconocimiento más preciso en el ordenamiento jurídico nacional, también hacemos presente que su regulación y estructura debe ser establecida en orden a determinar su procedencia y márgenes tolerables de daños o molestias, con la finalidad de evitar la paralización total de una determinada actividad económica o investigación productiva.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico nacional podemos ver que el principio de precaución ha sido reconocido en la jurisprudencia como también en la doctrina nacional. Sin embargo, su aplicación parece limitada, al igual que en Europa, al ámbito medioambiental o de la salud, y sin tener suficientemente claro, en algunas situaciones ya indicadas, su diferencia con el principio preventivo.

En Chile hemos podido también verificar que nuestros tribunales siguen unidos a una idea de que los daños deben ser reparados más que prevenidos. Lo anterior se comprueba con los fallos citados, los cuales, haciendo referencia al principio y a falta de estudios que justifiquen tomar medidas preventivas al respecto, han rechazado el principio bajo el fundamento de que falta certeza de daño o ausencia de estudios que indiquen la existencia de un eventual riesgo o peligro. En la misma línea estimamos que la aplicación de estos principios debe ser una labor transversal en el sentido de que, tomando en consideración el deber de no dañar a otro, no tenemos necesariamente que esperar efectivamente por parte del sujeto activo se vulnere o contravenga el principio, sino que, teniendo presente su existencia de este deber, el rol del sujeto pasivo igualmente debe también ser encaminado a evitar su propio daño. De ahí que nuestros tribunales, también deben ser más abiertos a ordenar la paralización de actividades ante dudas o amenazas de daños, tomando siempre en consideración los daños tolerables que somos obligados a soportar por el solo hecho de vivir en sociedad. Reiteramos y reconocemos que es un asunto complejo en su aplicación pero que, unido a las herramientas ya reconocidas o reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, éstas pueden ser útiles para aplicar a lo menos y de forma indirecta el principio, sin dejar de no recordar nuevamente, la clásica acción frente a daño contingente contenida en nuestro Código Civil.

Finalmente podemos decir que abogamos por una aplicación general del principio de precaución y no limitarlo a ciertas materias. El principio está y puede ser utilizado bajo el amparo de los ya reconocidos principios y herramientas clásicas o generales.

BIBLIOGRAFIA

BAHAMONDES OYARZÚN, CLAUDIA Y PIZARRO WILSON, CARLOS, “La exposición de la víctima al daño: Desde la culpabilidad a la causalidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIX N° 2, 2012.

BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

CÉSPEDES MUÑOZ, CARLOS, *El daño lícito*, Editorial La ley, España, 2016.

CORDERO VEGA, LUIS Y TAPIA, JAVIER, “Principio precautorio”. Disponible en http://www.elmercurio.com/blogs/2012/10/16/6379/principio_precautorio.aspx. Fecha de consulta: 18 de julio de 2017.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

Declaración de Río sobre Medioambiente y desarrollo. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>. Fecha de Consulta: 9 de mayo de 2017.

DEL CÓZAR ESCALANTE, JOSÉ MANUEL, “Principio de precaución y medio ambiente”, *Revista de Salud pública*, N° 2, 2005. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200003. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2017.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas. N° 15 Vol. 2. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/1980/090/L00045-00045.pdf>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2017.

DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS, “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil Chileno, sus elementos y ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLVI.

DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA (Dir.), *El principio de precaución ambiental: La práctica argentina*, Lerner Editora SRL, Córdoba-Argentina, 2009.

FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”, *Cuadernos de Análisis Jurídico, Temas de responsabilidad Civil*, N° 1, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004.

Historia de la ley N°20.599 (2012). Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=4443-14. Fecha de consulta: 10 de julio de 2017.

PÉREZ RAGONÉ, ÁLVARO, “Tutela inhibitoria como técnica procesal civil de la aplicación de los principios de prevención y precaución”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVIII N° 1, 2007.

Real Academia Española. (2014). Contingencia. En *Diccionario de la lengua española* (23.ªed.). Consultado en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=AVWiN0d>. Fecha de consulta: 25 de julio de 2017.

RODRIGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

SOTO KLOSS, EDUARDO, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

SOTO KLOSS, EDUARDO, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los tribunales*, N° 2-2005, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.