



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Amunátegui Perelló, Carlos

Acción de responsabilidad y teoría de las inmisiones

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XL, agosto, 2013, pp. 53-73

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173628597002>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
XL (Valparaíso, Chile, 2013, 1^{er} Semestre)
[pp. 53 - 73]

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y TEORÍA DE LAS INMISIONES

[Action to Claim Liability and the Theory of Immissions]

CARLOS AMUNÁTEGUI PERELLÓ*

Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile

RESUMEN

Merced a la aplicación de la teoría de las inmisiones, el artículo estudia el alcance de la acción de responsabilidad por las intromisiones en el predio de la víctima desde un bien vecino a ella.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad – Contaminación
– Inmisiones.

ABSTRACT

Given the application of the theory of immissions, this article studies the scope of action to claim liability for trespassing the real estate of the victim from an adjacent property.

KEYWORDS

Liability – Pollution – Immissions.

RECIBIDO el 7 de marzo y ACEPTADO el 26 de abril de 2013

* Profesor de Derecho romano en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: camunate@uc.cl Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular 1100452 y del Proyecto Anillo de Investigación Asociativa Conicyt SOC 1111.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría de las inmisiones es relativamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico¹, por lo que su alcance y efectos se encuentran, de algún modo, entregados a la incertezza propia de toda tesis que no ha sido aún probada en nuestros tribunales de justicia. Ésta postula, en términos sencillos, que el dueño o poseedor de un predio puede exigir la cesación de la penetración en su inmueble ejercida desde otro predio, que afectan de manera sustancial sus facultades de uso o goce en aquél. De acuerdo con el Derecho comparado, se puede recurrir a acciones de carácter cautelar y de fondo, encontrándose entre estas últimas dos acciones diversas, una para exigir la cesación de la conducta inmísiva, que se suele denominar acción negatoria, y otra para exigir los perjuicios que se derivan de la misma. Nosotros hemos tratado en otro lugar el problema de las acciones cautelares², por lo que en este trabajo pretendemos centraernos en las acciones de fondo que emanan de la institución y, especialmente, sobre la acción de responsabilidad para exigir la reparación de los perjuicios provocados con ocasión de las inmisiones.

Aunque las acciones negatoria y de responsabilidad son diferentes y tienen por objeto bienes jurídicos distintos, no cabe duda que pueden ejercerse conjuntamente, toda vez que emanan directamente de los mismos hechos y requieren pronunciamientos jurisdiccionales complementarios, en los términos de los artículos 17 y 92 CPC.³ En efecto, si se niega lugar a la

¹ Ella ha sido tratada tangencialmente por Pescio en una nota al pie, mencionada por Pablo Rodríguez Grez a propósito del abuso del Derecho y tocada a propósito de la acción negatoria por Míguez Núñez. Véase: PESCIO, Victorio, *Manual de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978), p. 327; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 126-127; MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo, *La acción negatoria*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Trinidad*, 12 (2004), pp. 129-135.

² Véase al respecto: AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, “No siendo contra derecho ajeno”. *Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil*, en *Revista Chile de Derecho*, 36 (2009) 3, pp. 505-525.

³ Artículo 17 (18) CPC.: “En un mismo juicio podrán entabarse dos o más acciones con tal que no sean incompatibles. Sin embargo, podrán proponerse en una misma demanda dos o más acciones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra”. Artículo 92 (95) CPC.: “La acumulación de autos tendrá lugar siempre que se tramiten separadamente dos o más procesos que deban constituir un solo juicio y terminar por una sola sentencia, para mantener la continencia, o unidad de la causa. Habrá, por tanto, lugar a ella:/ 1º Cuando la acción o acciones entabladas en un juicio sean iguales a las que se hayan deducido en otro, o cuando unas y otras emanen directa e inmediatamente de unos mismos hechos;/ 2º Cuando las personas y el objeto o materia de los juicios sean idénticos, aunque las acciones sean distintas; y/ 3º En general, siempre que la sentencia que haya de pronunciarse en un juicio deba producir la excepción de cosa juzgada en otro”.

acción negatoria por inmisiones, malamente puede haber lugar a la acción de perjuicios, por lo que la primera es el *prius* lógico de la segunda. No obstante, dado el régimen aquiliano de responsabilidad extracontractual vigente en nuestro sistema, el otorgamiento de la cesación de inmisiones en virtud de la acción negatoria puede no implicar, necesariamente, que haya lugar a los perjuicios.

A fin de imprimir mayor claridad a las particularidades de ambas acciones es que las trataremos separadamente, aunque en la práctica debiesen interponerse de manera conjunta. Comenzaremos por la acción negatoria.

II. ACCIÓN DE CESE DE INMISIONES O NEGATORIA

En otro lugar hemos tratado acerca de la procedencia de la acción negatoria en nuestro Derecho y de la historia dogmática de la misma⁴. Por lo demás, la existencia de acciones declarativas del dominio y de su libertad es una necesidad que ha sido expuesta por la doctrina nacional de forma reiterada y de la cual es difícil, hoy por hoy, estar en desacuerdo⁵ de manera que en el presente nos centremos simplemente en su carácter y los requisitos necesarios para su interposición.

La acción negatoria tiene como finalidad fundamental defender la libertad de un predio, reclamando que no se encuentra sujeto a gravámenes reales y que, por tanto, las acciones que un tercero realiza sobre el bien o las influencias que proyecta deben ser prohibidas. El tercero no busca, en principio, el despojo posesorio y el afectado se encuentra en posesión del bien en cuestión. No obstante, la posibilidad de ejecutar actos posesorios sobre su bien se ve afectada por las injerencias que un tercero realiza sobre el mismo, sean estas directas, cuando actúa sobre el éste, o indirectas, cuando de resultas de sus actos sobre sus bienes propios proyecta consecuencias sobre los bienes ajenos de tal magnitud que vienen a constituir una verdadera perturbación posesoria. En principio, el dueño tiene un derecho de exclusión (*ius excludendi*) respecto de todo tercero sobre sus bienes. La acción negatoria no es más que el reclamo judicial de este derecho, exigiendo a los terceros que se abstengan de actuar sobre sus bienes, sea de manera directa o indirecta. Para poder actuar sobre los bienes ajenos se requiere, en principio, de una servidumbre

⁴Véase: AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, *Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 38 (2012), pp. 77-120.

⁵El trabajo más reciente y claro sobre el tema pertenece a LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el Derecho chileno*, en *Ius et Praxis*, 17 (2011), pp. 3-24.

que autorice tales actos, y la acción negatoria consiste, justamente, en negar la existencia de tal servidumbre.

El respaldo legal para el ejercicio de esta acción se encuentra, básicamente, en los artículos 582 y 856 CC. En el primero, se define la propiedad como un derecho real sobre una cosa corporal para gozar y disponer de ella no siendo contra ley o derecho ajeno. La acción negatoria, para el caso de inmisiones, busca el cese de un uso que un tercero hace sobre sus propios bienes en detrimento –en contra– de su propio derecho de propiedad. La historia dogmática de la coletilla final del artículo en comento avala esta interpretación, toda vez que este mismo no es otra cosa que la recepción del caso romano de inmisiones de humos procedentes de una taberna de quesos tomado de D. 8,5,8,5 a través de la definición de Pothier⁶ y de las *Siete Partidas*⁷.

Por su parte, el artículo 856 CC.⁸ prohíbe a un propietario realizar sin servidumbre previa que lo autorice ciertos actos o industrias (como el establecimiento de letrinas, chimeneas, fraguas, etc.) de los que se derivan consecuencias negativas a los predios circundantes. En caso de contravenirse tal disposición, esto es, de establecerse tales actividades, el dueño podrá accionar en su contra.

En el *Código* no se reglamenta expresamente qué tipo de acción podrá utilizarse en tales casos, pero parece evidente que en nuestro sistema jurídico, donde las acciones no son típicas sino que puede interponerse cualquier acción con tal que tenga un respaldo jurídico y los tribunales están obligados a conocer y juzgar de ellas en virtud del principio de inexcusabi-

⁶ POTHIER, Robert-Joseph, *Obras completas. Tratado del derecho de dominio de la propiedad* (Barcelona, Imprenta de la viuda e hijos de J. Subirana, 1882), VII, p. 8 [...] el derecho de disponer libremente de una cosa, sin menoscabar, con todo el derecho de otro ni atentar contra las leyes. *Jus de re libere disponendi o jus utendi et abutendi*. Para la explicación exacta del significado de la limitación en razón del derecho ajeno, POTHIER, ibíd., p. 14, nos reenvía, inesperadamente, a su tratado de la sociedad, donde ha establecido un cuasicontrato de vecindad: “Hemos definido el derecho de propiedad, el derecho de disponer libremente de una cosa; y añadiendo sin menoscabar con todo el derecho de otro... [se entiende aquí] el derecho de los propietarios y poseedores de fincas lindantes”.

⁷ Part. III, tít. 32º, ley 13^a: “Ca segund que dixeron los sabios antiguos maguer el ome aya poder de fazer en lo suo lo que quisiere. Pero deue lo fazer de manera que non faga daño, nin tuerto a otro”.

⁸ Artículo 856 CC.: “Si se trata de pozos, letrinas, caballerizas, chimeneas, hogares, fraguas, hornos u otras obras de que pueda resultar daño a los edificios o heredades vecinas, deberán observarse las reglas prescritas por las ordenanzas generales o locales, ora sea medianera o no la pared divisoria. Lo mismo se aplica a los depósitos de pólvora, de materias húmedas o infectas, y de todo lo que pueda dañar a la solidez, seguridad y salubridad de los edificios”.

lidad⁹, la circunstancia de que dicha acción no se encuentre tipificada no debiera ser un obstáculo para su interposición. Por lo demás, numerosas otras acciones, como la de inoponibilidad, tampoco están tipificadas y ello no ha sido obstáculo para su cotidiano conocimiento por parte de los tribunales de justicia. El procedimiento a utilizarse es, naturalmente, el juicio ordinario y se aplicarán las reglas generales en su tramitación.

El sujeto activamente legitimado para interponer la acción negatoria es, en principio, el dueño del bien, toda vez que es éste quien tiene derecho a excluir a terceros del bien. También podrá ejercerla el titular del derecho de real de uso, habitación o usufructo, puesto que está dotado, al igual que el dueño, de esta misma facultad de exclusión¹⁰. El arrendatario carece de este derecho, puesto que su posición jurídica es dependiente de aquella del propietario y éste podría haber autorizado dichas inmisiones. Al igual que en el célebre caso romano de la taberna de quesos de Dig. 8,5,8,5, el arrendatario podrá, no obstante, demandar al arrendador, puesto que el arrendador se obliga a librar al arrendatario de toda turbación en el uso o goce de la cosa arrendada (artículo 1924 Nº 3 CC) y el arrendatario justamente se está viendo privado de la posibilidad de ejercer actos posesorios en el bien por efecto de las inmisiones. El arrendatario tendrá derecho a que el arrendador le indemnice los perjuicios ocasionados en la medida que éste no accione en contra de los terceros inmitentes (artículo 1929 CC.) y también podrá demandar a los terceros directamente por los daños que le ocasionen (artículo 1930 CC.). Evidentemente, también podrá poner fin al contrato de arriendo.

El sujeto pasivamente legitimado será cualquier tercero que realice actos cuyas emisiones, al penetrar en los confines de un inmueble ajeno, se conviertan en inmisiones. No es necesario que tenga ningún título o calidad especial respecto al bien donde ejerce sus actividades. En efecto, ya en el caso de la taberna de quesos de Dig. 8,5,8,5 el inmitente era arrendatario, es decir, mero tenedor. Incluso las inmisiones podrían ser el resultado de actividades en bienes concesionados o en bienes nacionales de uso público.

Es relevante que las inmisiones tengan una entidad mensurable, sea que consistan en ondas, en gases o en cualquier otro residuo. En caso contrario,

⁹ El principio está establecido por el artículo 76 inciso 2º C.Pol.: “*Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión*”; y repetido en el artículo 10 inciso 2º COT: “*Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión*”.

¹⁰ En este sentido, podemos aplicar por analogía la norma del artículo 891 CC.: “*Los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio; excepto el derecho de herencia*”.

el tribunal no podrá apreciar su cuantía y, por tanto, la forma en que éstas provocan una perturbación posesoria en los bienes del actor. En cuanto al tipo de bien afectado, en principio, lo más frecuente será que se ejerza en defensa de bienes inmuebles, aunque también podría darse que se ejerza una acción negatoria en defensa de un bien mueble, aunque el caso es más bien raro, toda vez que estos son desplazados cuando hay riesgo de inmisiones¹¹.

La prueba deberá versar, en primer término, sobre la titularidad del demandante sobre el bien en cuestión, acreditando su calidad de propietario o de titular del derecho real que lo autoriza a ejercer esta acción. A su vez, deben acreditarse las inmisiones probando tanto la generación de las emisiones por parte del demandado y el hecho de su penetración dentro de los límites del inmueble provocando una perturbación posesoria. Es decir, deben probarse tres hechos diversos, la emisión, la penetración y el que ésta constituya una perturbación. Para ello, evidentemente, la inspección personal del tribunal y los informes de peritos resultarán fundamentales.

El hecho de estar la emisión bajo los valores límites autorizados no es suficiente para descartar la existencia de una inmisión toda vez que las autorizaciones administrativas son actos entre la administración y el autorizado y no puede estimarse que permitan perjudicar a terceros¹². Por lo demás, el hecho que no se sobrepasen los valores límite simplemente nos dice que la actividad del emitente es administrativamente correcta, pero, aún así, puede dañar la propiedad de un tercero y éste no tiene por qué verse sometido a este menoscabo en sus bienes. En derecho comparado este criterio ha primado ampliamente¹³ y creemos de estimarse lo contrario, es decir, que a través de

¹¹ JHERING, Rudolf von, *Zur lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse des Nachbarn in Jahrbücher für die Dogmatic des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (1863, pp. 84-85).

¹² CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil y comparado* (Santiago, Cervantes, 1930), VI, I, I, p. 354.

¹³ Para el caso de Francia, la doctrina y jurisprudencia son dos veces centenarias: Corte de Metz de 10 de noviembre de 1808. Leemos en AUBRY, Ch. - RAU, Ch., *Cours de droit civil Français* (Paris, Cosse, Marchal & C, 1869), II, p. 197 que la autorización administrativa “ne prive point le voisin du droit de porter, devant l’autorité judiciaire, sa demande en indemnité”. En España la opinión es también unánime; véanse: PADIAL ALBÁS, Adoración - TOLDRA ROCA, Mª Dolores, *El derecho de propiedad y otros derechos reales en el derecho civil de Cataluña* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2008), pp. 55-56; MARTÍ MARTÍ, Joaquim, *La defensa frente a la contaminación acústica y otras inmisiones* (Barcelona, Bosch, 2008), p. 93; DÍAZ ROMERO, María del Rosario, *La acción negatoria frente a inmisiones en el derecho de propiedad* in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Madrid, Thomson, 2003), III, p. 3.699; ALGARRA PRATS, Esther, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona* (Madrid, McGraw-Hill, 1995), p. 450; GONZÁLEZ-ALEGRE, Manuel, *Las relaciones de vecindad* (Barcelona, Nauta, 1967), p. 83. En Alemania, a fin de

una autorización administrativa se permite el ejercicio de perturbaciones posesorias inmisivas, sería tanto como consagrarse en nuestro sistema jurídico la posibilidad de realizar impunemente regulaciones expropiatorias¹⁴, lo cual atenta contra el espíritu y sentido de la protección del dominio legal y constitucional en Chile.

El efecto de la acción negatoria es que el tribunal ordene el cese de las perturbaciones posesorias causadas a través de las inmisiones. Esto podrá realizarse mediante la rebaja de los niveles de emisión, la realización de obras que impidan que las emisiones se transformen en inmisiones o, en caso de no haber más alternativa, el cese de las actividades del inmitente. Esta última opción es la más delicada y, en la medida de lo posible, debiese evitarse, pues la acción negatoria por inmisiones busca, en principio, el cese de las perturbaciones posesorias, no de las actividades económicas del emitente.

Si se llegase a un acuerdo de conciliación o a una transacción que permitiese al demandado continuar con sus inmisiones, debiesen establecerse en tal acuerdo servidumbres voluntarias entre el predio afectado –que ocuparía la posición de predio sirviente– y el emitente, toda vez que sólo a través de ellas se garantiza el derecho del emitente de afectar el uso y goce del dueño del predio sirviente. Es justamente por ello que el artículo 947 CC. establece que no habrá lugar a acciones posesorias en contra de actos amparados por servidumbres¹⁵, como tampoco podría haber acción de fondo alguna. Puesto que pueden establecerse todas las servidumbres voluntarias que se deseé, con tal que se respeten las reglas básicas de la institución, se podría introducir por la vía convencional las servidumbres industriales para garantizar el ejercicio de determinadas actividades económicas.

III. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La segunda acción de fondo que puede interponerse en caso de perturbaciones posesorias por inmisiones es la acción encaminada a la indemnización de los perjuicios materiales y morales¹⁶ causados por éstas a la persona

excluir el efecto de cese de la acción negatoria fue necesaria una expresa reforma legal y la introducción del artículo 14 de la *Bundes-Immisionsschutzgesetz*.

¹⁴ Véase: DELAVEAU SWETT, Rodrigo, *La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana*, en *Revista Chilena de Derecho*, 33 (2006) 3, p. 411-438.

¹⁵ Artículo 947 CC.: “Las acciones concedidas en este título no tendrán lugar contra el ejercicio de servidumbre legítimamente constituida”.

¹⁶ Al respecto señala MARTÍ MARTÍ, Joaquim, cit. (n. 13), p. 62: “En base a esta previsión de indemnización, la jurisprudencia ha aplicado el ‘daño moral’ como indemnizable por la inmisión sufrida; ‘daño moral’ que resulta de todo padecimiento, zozobra o malestar causado por la inmisión declarada ilegítima. La acción negatoria no prescribe, y se puede instar mientras perdure la inmisión”.

y bienes del afectado. En principio, es diferente estimar que una conducta es inmisiva, es decir, que perturba la posesión actual del bien sobre el cual se proyectan sus efectos nocivos, a estimar que los perjuicios derivados de la misma deben ser indemnizados. Al efecto, en derecho comparado¹⁷ se distinguen nítidamente ambas acciones toda vez que tienen objetivos distintos, la negatoria busca el cese de las emisiones, mientras que la acción de responsabilidad la indemnización de los perjuicios ocasionados por éstas. En este sentido, podemos decir que “el Derecho de vecindad tiene como especial característica su doble vertiente real y obligacional”¹⁸, la primera representada por la acción negatoria y la segunda por la indemnizatoria. Esta acción puede interponerse conjuntamente con la negatoria, toda vez que ambas acciones nacen de los mismos hechos.

En lo relativo a la responsabilidad por los daños ocasionados de resultas de la actividad inmisiva del agente, las reglas aplicables son las generales de responsabilidad extracontractual vigentes en Chile. Éstas son más exigentes que aquéllas relativas a la acción negatoria o de cese de inmisiones, toda vez que el régimen de responsabilidad extracontractual requiere de la acreditación de la posición subjetiva del agente, es decir, de su culpa o dolo¹⁹. No obstante, las especiales características de las relaciones de vecindad permiten tomar en consideración ciertos criterios encaminados a facilitar la prueba de estos elementos subjetivos. Al respecto, al encontrarnos ante una actividad que genera inmisiones, podemos encontrarnos ante diversas hipótesis donde la configuración del juicio de reprochabilidad que la culpa implica puede verse facilitado.

En primer término, podemos encontrarnos ante una actividad que requiere de una autorización administrativa para su ejecución, siendo el caso que dicha autorización no se ha recabado o no se han cumplido los elementos

¹⁷ Al respecto, en Alemania, la acción negatoria se encuentra tratada en los párrafos 906 y 1004 BGB., mientras que para reclamar la indemnización de perjuicios debe estar al régimen general de culpa y dolo del parágrafo 823. Lo mismo puede decirse para el caso español, donde para exigir los perjuicios es necesario recurrir al régimen general de los artículos 1902-1908 CCEsp. y el *Código Civil* italiano, que rige la negatoria por su artículo 949, mientras que la responsabilidad se atiene al régimen general del artículo 2043. Véanse al respecto: BIONDI, Biondo, *Le servitù* (Milano, Giuffrè, 1967), p. 659; EGEA FERNÁNDEZ, Joan, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad* (Marcial Pons, Madrid, 1994), p. 56; ALGARRA PRATS, Esther, cit. (n. 13) pp. 65 y 447.

¹⁸ ALGARRA PRATS, Esther, cit. (n. 13), p. 51. En idénticos términos, PADIAL ALBÁS, Adoración - TOLDRA ROCA, M^a Dolors, cit. (n. 13), p. 67.

¹⁹ Al respecto, podemos decir con BONFANTE, Pedro, *Las relaciones de vecindad* (Madrid, Reus, 1932), p. 72, que: “la responsabilidad por daños requiere además, en general, una condición subjetiva, la culpa”.

establecidos en la misma para el desarrollo de tal actividad. Este es un típico caso de culpa infraccional o culpa contra la legalidad²⁰, toda vez que el del quebrantamiento de la norma gatilla la responsabilidad del autor²¹. En palabras de Alessandri: “La apreciación de la conducta del autor del daño es innecesaria si éste proviene de la violación de una obligación determinada impuesta por una ley o un reglamento”²². En este tipo de casos basta con acreditar que el daño proviene del quebrantamiento de las normas regulatorias que imponen un deber de cuidado para estimar inmediatamente que la acción es culpable. Especialmente importante resulta al efecto la regulación medioambiental, que fija rigurosos requisitos para una amplia gama de actividades, como también una expresa presunción legal de responsabilidad para el caso de infracción a sus disposiciones²³. No obstante, debemos señalar que el mero hecho de

²⁰ Véanse al respecto: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), p. 183; BARROS BOURIE, Enrique, *Tra-*
tado de responsabilidad extracontractual (Santiago, 2007, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 97

²¹ La doctrina francesa acepta de manera unánime este criterio para determinar la existencia de responsabilidad extracontractual entre vecinos. Véanse al respecto: JOS-
SERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français* (Paris, Sirey, 1930), p. 748; PLANIOL, Marcel - RIPERT, George, *Tratado práctico de Derecho civil francés* (trad. de Mario Díaz Cruz. (La Habana, Cultural, 1946), III, p. 390; WEILL, Alex, *Droit civil. Les biens* (Paris, Dalloz, 1970), p. 117; TERRÉ, François - Simler, Philippe, *Droit civil. Les biens* (Paris, Dalloz, 2002), p. 244.

²² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La responsabilidad extra-contractual en el Derecho civil chileno* (reimpresión Santiago, Ediar, 1983), I, p. 175.

²³ Ley N° 19.300, artículo 52 inciso 1º: “Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”. Véanse al respecto: CORRAL TALCIANI, Hernán *Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario. La ley de bases generales del medioambiente*, en *Revista Chilena de Derecho*, 23 (1996) 1, pp. 143-177; DE LA BARRA GILI, Francisco, *Responsabilidad extracontractual por daño ambiental: el problema de la legitimación activa*, en *Revista Chilena de Derecho*, 29 (2002) 2, pp. 367-415; BANFI DEL RÍO, Cristián, *De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2 (2004), pp.19-70; HUNTER AMPUERO, Iván, *La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental*, en *Revista de Derecho*, 18 (Valdivia, 2005) 2, pp. 9-25; VIDAL OLIVARES, Álvaro *Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley 19300*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 29 (2007), pp. 119-140; CORRAL TALCIANI, Hernán *La relación de causalidad en la responsabilidad civil por daño al medioambiente*, en VARGAS PINTO, Tatiana (editora), *La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal* (Santiago, Universidad de los Andes, 2008), pp. 205-221; DELGADO SCHNEIDER, Verónica, *La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental*

cumplir con las regulaciones administrativas no es suficiente para eximir de culpa al autor²⁴, puesto que el respeto a la normativa vigente no descarta la imprudencia ni la negligencia.

Puede también que la conducta inmisiva se encuentre regulada o prohibida por otra clase de instrumentos de carácter privado, como son los reglamentos de copropiedad, los acuerdos privados entre vecinos, una transacción, un avenimiento o, incluso, a través de su tratamiento expreso a propósito de una servidumbre. En estos casos la responsabilidad no parece tener un carácter extracontractual, toda vez que los deberes relativos a la vecindad han sido fijados por instrumentos privados que pueden estimarse emanados de las partes y tienen una naturaleza contractual. Por tanto, las obligaciones de hacer y no hacer que de ellos manan quedan sujetas al régimen común a todos los contratos y la presencia de inmisiones constituiría un incumplimiento. En estos casos, el incumplimiento hace presumir la culpa y será el emitente quien deba probar su diligencia para exonerarse de responsabilidad.

Un segundo punto que debemos tratar respecto a esta materia es la aplicabilidad de la presunción de culpa por hecho propio establecida en el artículo 2329 CC. a los casos de daños producto de inmisiones. Parte de la doctrina nacional ha venido interpretando el inciso primero del artículo 2329 CC.²⁵ como una suerte de presunción de responsabilidad “cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente”²⁶. Esta teoría postula que dicho artículo no constituiría una mera reiteración del 2314 CC.²⁷ –que establece el principio de responsabilidad subjetiva en materia de delitos y cuasidelitos–, sino que intentaría algo más, esto es, el establecer una presunción de culpa cuando el hecho que ha provocado el daño es manifiestamente riesgoso y susceptible de causar perjuicios a terceros. Así, Barros señala que “La presunción de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2329 CC. reconoce dos grupos de casos: ante todo, las actividades particularmente peligrosas, según la interpretación original de la regla; y,

causado en la construcción u operación de carreteras, en Revista de Derecho, 25 (Valdivia, 2012) 1, pp. 47-76.

²⁴ Desde una óptica general, en este sentido.l ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, cit. (n. 22), I p.180; y BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n. 20), pp. 101-103. Específicamente, en materia ambiental se pronuncian en este sentido: BANFI DEL RÍO, Cristián, cit. (n. 23), p. 62; y HUNTER AMPUERO, Iván, cit. (n. 23), pp. 9-25.

²⁵ Artículo 2329 CC.: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

²⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, cit. (n. 22), II, p. 292.

²⁷ Artículo 2314 CC.: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

además, aquellos en que las circunstancias indican *prima facie* que el daño ha sido causado por negligencia”²⁸. Dicha teoría fue formulada Ducci²⁹ durante la primera mitad del siglo pasado, pero sólo durante la primera década de este siglo se ha transformado en predominante, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia³⁰, aunque el debate respecto a su aplicabilidad continúa siendo agitado³¹. Nosotros no deseamos tomar posición en el mismo, sino simplemente señalar que en buena parte de los casos de inmisiones, estos se deben a la actividad comercial o industrial del emitente, quien suele realizar una actividad que crea evidentes riesgos para sus vecinos. Sería difícil sostener que quien instala una discoteca, una planta de tratamiento de aguas, un bar o cualquier otro establecimiento que suela realizar emisiones significativas, no está creando un riesgo alto de inmisiones para sus vecinos. De ahí que si se producen estas inmisiones y causan daños a terceros, caerían dentro del tipo de la presunción establecida por la doctrina en torno al inciso primero del artículo 2329 CC.. En caso de estimarse que dicho artículo contempla una presunción de responsabilidad, evidentemente esto facilitaría la prueba en caso de daños causados en virtud de inmisiones, puesto que en buena parte de los casos nos encontraríamos ante actividades que caen dentro del tipo.

Una tercera hipótesis consiste en que la actividad no cae dentro de la presunción del 2329 CC. y no se encuentra regulada por ningún instrumento normativo o, estandolo, no se han incumplido las disposiciones mínimas relativas a su funcionamiento. Como antes hemos señalado, el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias o administrativas relativas a una actividad no exime al autor, por sí mismo, de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados de su conducta, de manera que, no obstante no haber disposiciones administrativas incumplidas, aún puede existir responsabilidad para el emitente. A este propósito es que la jurisprudencia francesa sacó de entre su baúl de los recuerdos la vieja teoría medieval de la *aemulatio* y la transformó en la doctrina del abuso del derecho. El *Code Napoléon* no contiene norma alguna que regule el problema de las inmisiones ya que, en

²⁸ BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n. 20), p. 151.

²⁹ DUCCI CLARO, Carlos, *Responsabilidad civil (extracontractual)* (Santiago de Chile, Imprenta El Imparcial, 1936), pp. 133-136.

³⁰ Al respecto, véase el interesante artículo de SCHIELE, Carolina - TOCORNAL, Josefina, *Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia*, en *Revista Chilena de Derecho*, 37 (2010) 1, pp. 123-139.

³¹ El artículo más importante al respecto, y crítico con la idea de una presunción de culpa establecida en dicho precepto, pertenece a BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de nuestros artículos 2314 y 2329 y de nuestro Código Civil imaginario*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 13 (2009), pp. 9-94, quien rechaza esta teoría con en base al análisis histórico crítico de la norma.

general, se eliminaron todas las referencias a las obligaciones de vecindad que existían en el derecho precodificado³². No obstante, al desarrollarse la Revolución Industrial, tales problemas abundaron. La respuesta de la jurisprudencia fue rápida, puesto que ya a comienzos del siglo XIX surgieron fallos que estimaron que el uso anormal de la propiedad que causase perjuicios a terceros era una fuente de responsabilidad extracontractual³³. No obstante, tal tesis carecía de un fundamento jurídico preciso, por lo que la doctrina francesa pasó un largo mal rato intentando concordar su sistema de responsabilidad subjetiva con la necesidad de proteger a los propietarios de las inmisiones provenientes de los predios vecinos. En este contexto es que Josserand trajo a colación la teoría de los actos de emulación a fin de regular las relaciones de vecindad.

La teoría de los actos de emulación postula que los actos realizados en los bienes propios que se encuentren exclusivamente encaminados a perjudicar a terceros deben ser prohibidos. Su origen se relaciona con un caso romano en que una ciudad realiza obras, sin la aprobación imperial, con el fin exclusivo de perjudicar a otra³⁴. Al respecto, Bártolo expresa que pueden realizarse obras en los lugares privados, a pesar de no contar con autorización imperial, salvo que su único fin sea el dañar a terceros³⁵. Esta doctrina fue efectivamente utilizada durante la vigencia del *ius commune* para moralizar las relaciones sociales, aunque la naturaleza individualista del *Code Napoléon* la dejó, naturalmente, excluida al formular la propiedad como un derecho que se ejerce “*de la manière la plus absolue*”³⁶. No obstante, Josserand estima que habrá lugar a responsabilidad en las relaciones de vecindad cuando el emitente actúe abusando de su derecho, es decir, cuando exista intención

³² Al respecto, véase: DAVID, Jacqueline, *Les solidarités juridiques de voisinage, de l'ancien droit à la codification*, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 72 (1994) 3, pp. 333-366.

³³ Ya en 1808, la Corte de Metz falló por primera vez estableciendo esta obligación. Sin embargo la doctrina parece haberse asentado en 1844 con un pronunciamiento de la Corte de Casación.

³⁴ D. 50,10,3 pr. (Macer, 2 de *officio praesidiis*): “*Opus novum privato etiam sine principiis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertinet vel materiam seditionis praebeat vel circum theatrum vel amphitheatrum sit. 1. Publico vero sumptu opus novum sine principiis auctoritate fieri non licere constitutionibus declaratur. 2. Inscribi autem nomen operi publico alterius quam principis aut eius, cuius pecunia id opus factum sit, non licet*”.

³⁵ BARTOLI a Saxoferrato, *In secunda digesti novi pertem commentaria* (Nicolau Bevilacqua - A. J. Sirks, 1574-2004, Augusta Taurinorum), p. 241v (=483): “*item potest intellegi quando quis vult aedificare in loco privato, quod potest, dum tantum non tendat ad inuriam vel aemulationem alterius civitatis*”.

³⁶ Artículo 544 CCFr.

de dañar a otro, se trate de satisfacer un interés egoísta o, cuando existiendo varias maneras de ejercer un acto, el dueño elija aquélla que sea más nociva para los demás³⁷.

La formulación de Josserand es bastante buena, toda vez que concibe al abuso del derecho como una forma específica de comportamiento culpable en el ejercicio de los derechos que gatilla la responsabilidad extracontractual al producirse, de resultas de este actuar, daños a terceros. Así, cuando en las relaciones de vecindad se actúa con dolo, es decir, con intención de dañar a otro, o a través de otros comportamientos culpables predefinidos, hay lugar a la responsabilidad. Esta idea fue adoptada por la doctrina francesa de manera unánime³⁸. No obstante, el problema surge al conjugarse la teoría del abuso del derecho con el problema de los usos anormales de la propiedad.

Las inmisiones no siempre son consecuencia de comportamientos reconducibles a hipótesis de dolo o culpa en los términos de la responsabilidad aquiliana. En los sistemas donde se mantiene una independencia conceptual entre la acción real de cese de las inmisiones –también llamada negatoria– y la acción indemnizatoria, sometida al régimen aquiliano, como el alemán, el italiano o el español, la responsabilidad extracontractual opera sólo excepcionalmente como elemento para regular las relaciones de vecindad ante la existencia de los elementos constitutivos del ilícito civil. Así, cada vez que se produzcan inmisiones más allá de los límites definidos como socialmente aceptables, habrá una acción de cese de las mismas, mientras que la responsabilidad extracontractual sólo operará cuando pueda imputarse a culpa o dolo la existencia de tales inmisiones. En el sistema francés no se recepcionó la acción negatoria y, por tanto, las conductas que usualmente quedan cubiertas por ella terminaron sin protección. Ante ello, la jurisprudencia y la doctrina optaron por hipertrofiar la responsabilidad extracontractual haciéndola operar ante los usos anormales de la propiedad. Para ello se recepcionó y mal entendió a Ihering³⁹ convirtiendo su teoría sobre la aplicabilidad de la acción negatoria ante casos de inmisiones anormales, en un criterio de imputación subjetiva de culpa, primero en las relaciones de vecindad y, más adelante, en la teoría del abuso del derecho como tal. El razonamiento sería el siguiente,

³⁷ JOSSERAND, Louis, cit. (n. 21), pp. 733-734.

³⁸ PLANIOL, Marcelo - RIPERT, George, cit. (n. 21), p. 392; RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil* (trad. de GARCÍA DAIREAUX, Delia, Buenos Aires, La Ley, 1963), p. 326; WEILL, Alex, cit. (n. 21), p. 84; BERGEL, Jean-Louis - BRUSCHI, Marc - CIMAMONTI, Sylvie, *Traité de droit civil. Les biens* (Paris, LGDJ, 2000), pp. 111-114 ; TERRÉ, François - SIMLER, Philippe, cit. (n. 21).

³⁹ En efecto, el propio Josserand, Louis, cit. (n. 21), p. 739, cita el clásico artículo de Jhering [cit. (n. 11), pp. 81-130] en traducción, malinterpretándolo en clave de responsabilidad, como fundamento de su tesis.

cada vez que un vecino utiliza anormalmente su propiedad, es decir, fuera de los usos habituales en el lugar donde se encuentra situada, genera un riesgo y, en caso de provocar un daño –que puede ser de cualquier naturaleza, incluido el descenso del valor de la propiedad en el mercado– deberá responder del mismo extracontractualmente⁴⁰.

No obstante, la doctrina francesa terminó por entender que los usos anormales eran un caso independiente del abuso del derecho exclusivamente enfocado a la responsabilidad extracontractual entre vecinos⁴¹. En pocas palabras, la responsabilidad por usos anormales serían una excepción a la responsabilidad aquiliana general que objetivaría la responsabilidad en las relaciones de vecindad.

Respecto al problema de los usos anormales, debemos señalar que, al carecer el sistema francés de una verdadera teoría de las inmisiones, la naturaleza de las influencias que se proyectan de un predio al otro no se encuentran definidas. Así, puesto que ni el tipo de acto ni el supuesto daño están delimitados, cualquier acción de un vecino que haga descender el teórico valor de mercado de la propiedad de otro, termina siendo objeto de acción de responsabilidad extrancontractual, como la inauguración de un hospital o la construcción de un colegio⁴². Ironizando, Bonfante se pregunta por qué no se acciona en contra de las familias harapientas que optasen por vivir en barrios de lujo⁴³. Por la aplicación de esta teoría los tribunales franceses terminan en convertirse en los censores de la propiedad y vetan cualquier uso nuevo que se quiera dar a la misma. Por lo demás, la pируeta técnica necesaria para convertir la responsabilidad extrancontracual en materias de vecindad en un caso de responsabilidad objetiva es bastante grosera. El sistema francés es evidentemente subjetivo y el intento de objetivarlo vía los usos anormales contradice el texto y el espíritu de sus disposiciones legales. Además, envuelve una tautología, toda vez que se afirma que se responderá de los daños causados por usos extraordinarios de la propiedad, en virtud

⁴⁰ Véanse al respecto, y casi con sus mismas palabras: HÉRMARD, Joseph, *Précis élémentaire de droit civil* (Paris, Sirey, 1934), p. 373; WEIL, Alex, cit. (n. 21), p. 125.; BERGEL, Jean-Louis - BRUSCHI, Marc - CIMAMONTI, Sylvie, cit. (n. 28), p. 115 ; y TERRÉ, François - SIMLER, Philippe, cit. (n. 21), pp. 246 ss.

⁴¹ PLANIOL, Marcel - RIPERT, George, cit. (n. 21), p. 398; RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, cit. (n. 38), p. 326; WEILL, Alex, cit. (n. 21), pp. 119-120 ; BERGEL, Jean-Louis - BRUSCHI, Marc - CIMAMONTI, Sylvie, cit. (n. 38), pp. 111-116.

⁴² El caso del sanatorio corresponde a la sentencia de la Corte de Limoges de 5 de febrero de 1902. También hay jurisprudencia para escuelas (Corte de Paris, 9 de diciembre de 1904) y otras. Véase: RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, cit. (n. 38), p. 327.

⁴³ BONFANTE, Pedro, cit. (n. 19), p. 37.

de lo extraordinario del uso, es decir, el mismo elemento, la anormalidad, se ubica en el supuesto y el consecuente de la disposición.

Las fallas teóricas y las dificultades prácticas que la teoría de los usos normales supone, ha causado el general rechazo de la misma en todos los demás medios jurídicos que, unánimemente, han optado por aplicar la teoría de las inmisiones para regular estos supuestos. Si bien creemos que la teoría francesa, como un todo, termina siendo insatisfactoria, el abuso del derecho sí puede constituirse en un elemento válido para determinar la procedencia de la responsabilidad extracontractual en caso de inmisiones. Si una persona ha utilizado sus bienes provocando inmisiones y puede estimarse que el uso que hace de estos es abusivo, en principio nace la responsabilidad extracontractual. En efecto, el criterio subjetivo enunciado por Josserand para este tipo de casos parece bastante adecuado: habrá abuso del derecho –y por tanto culpa en la responsabilidad extracontractual– si *i)* existe intención positiva de dañar a otro; *ii)* si se trata de satisfacer un interés egoísta; o *iii)* si existen varias formas de realizar un acto, y el dueño eligió la más nociva para los demás. Todos estos casos implican dolo (*i*) o negligencia (*ii* y *iii*) y son perfectamente asimilables dentro de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual basado en la culpa aquiliana.

Sin embargo, en nuestro sistema jurídico la naturaleza misma del abuso del derecho se encuentra bajo debate. La mayor parte de la doctrina y jurisprudencia⁴⁴ sostienen que sería un ilícito extracontractual y, por tanto, un elemento asimilable dentro de los delitos y cuasidelitos donde los elementos subjetivos de culpa y dolo serían aplicables. Los más notorios defensores de esta corriente son Alessandri⁴⁵ y Barros⁴⁶, quienes aparecen frecuentemente citados de manera textual en nuestra jurisprudencia. Otra parte de la doctrina se encuentra representada por Rodríguez Grez⁴⁷, quien defiende una

⁴⁴ Por todas reproducimos el considerando sexto de la sentencia de la Corte Suprema de 9 de noviembre de 2004, rol 228-2003: “Danko Antonio Stjepovich González con Universidad de Antofagasta”, considerando 6º: “*El abuso, en general, es un acto calificado por el resultado y la teoría en que se sustenta está apoyada en un principio fundamental de responsabilidad, o sea, en el ejercicio doloso o culposo de un derecho*”.

⁴⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, cit. (n. 22), I, p. 260.

⁴⁶ BARROS BOURIE, Enrique cit. (n. 20), p. 621.

⁴⁷ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, cit. (n. 1), p. 62, defiende su visión en varias obras, aunque rescatamos un párrafo de su monografía sobre el abuso del derecho por su claridad al respecto: “El acto abusivo, como se indicó, está representado por el desborde de quien lo ejerce –pretendiendo tenerlo– de los intereses jurídicamente protegidos. En otros términos, quien incurre en abuso, en general, extiende su pretensión a un campo que no está cubierto por los intereses que la norma o las normas contemplan.” Vuelve sobre la misma idea ibíd., p. 79. Tal vez la mejor defensa de esta teoría ha sido dada en un reciente artículo por Terrazas, quien, desde una perspectiva histórica, sostiene que

teoría objetiva del abuso del derecho, donde cualquier uso desviado de la finalidad social del mismo constituiría un abuso y, por tanto, sería ilegítimo permitiendo tanto el ejercicio de la responsabilidad extracontractual como de otras acciones. Esta postura ha recibido algún apoyo jurisprudencial⁴⁸, aunque no mayoritario. Como destaca Terrazas, tal vez la consecuencia más importante de esta teoría no se encontraría en materia indemnización por responsabilidad extracontractual, sino en que permitiría el ejercicio de acciones de cese de actos nocivos por considerarlos abusivos⁴⁹. Pensamos que en materia de inmisiones, al distinguirse nítidamente la acción de cese –o negatoria– de aquella de responsabilidad por los daños causados, podemos optar cómodamente por una posición subjetiva en materia de responsabilidad, puesto que, las manifestaciones objetivas más relevantes del abuso del derecho en este campo, se encuentran cubiertas. En último término, la teoría de las inmisiones y del abuso del derecho comparten antecedentes históricos y dogmáticos importantes y, si bien en cierto sentido podría sostenerse que la teoría de las inmisiones es una manifestación de un principio general que prohíbe abusar del derecho⁵⁰ –lo cual se expresa en la procedencia de una acción negatoria–, esto es distinto a sostener que nuestro sistema jurídico admite la procedencia de indemnizaciones sin culpa, lo cual contradice el texto y el espíritu del *Código Civil*.

No obstante, en nuestro Derecho nacional, donde las relaciones de vecindad son raramente tocadas, las contadas ocasiones en que se las menciona se las ha tratado incidentalmente desde la perspectiva francesa, relacionándolas con la responsabilidad extracontractual mediante citas de segunda mano de Ihering y un extraño concepto de normalidad en las relaciones entre vecinos.

el abuso del derecho no debiese estar confinado a la responsabilidad extracontractual: TERRAZAS PONCE, Juan David, *Abuso del derecho: definiciones en torno a su origen*, en ZÚÑIGA TEJOS, Alex (editor), *Estudios de Derecho privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), pp. 279-317.

⁴⁸ Véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de noviembre de 1992, rol N° 1330-1990: “Inmobiliaria Nacional con Centrobanco”, considerando 2º: “*habría abuso de derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culpablemente, es decir, con intención de dañar o sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios [...]. Mencionando que el abuso del derecho queda configurado: cuando el titular lo ejerce con dolo, culpa o negligencia; cuando lo usa de una manera irrazonable, excesiva o extravagante; o sin necesidad o interés legítimos; o en forma irregular o agravante; o causa un perjuicio inmotivado; o tiene intención de perjudicar; o se ejerce de forma contraria a la moral, a las buenas costumbres o de mala fe; o más allá de la necesidad determinada por su destino individual; o cuando se desvía de los fines del derecho natural; o de manera que afecta la solidaridad social o provoca un daño excesivo en relación a las consecuencias normales de su ejercicio*”.

⁴⁹ TERRAZAS PONCE, Juan David, cit. (n. 47), pp. 316-317.

⁵⁰ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, cit. (n. 1), pp. 126-127.

Podemos mencionar como pionero en este tipo de errores a Claro Solar, quien estudia las relaciones de vecindad desde la perspectiva del abuso del derecho. Al respecto señala que son actos abusivos los “usos ilegítimos o excesivos que no se hallan expresamente prohibidos por las leyes positivas”⁵¹, refiriéndose el primer caso a los usos donde la conducta del agente es imputable de culpa o dolo (responsabilidad aquiliana) y mientras que el segundo correspondería al uso anormal de un derecho, que, como hemos visto, en la doctrina francesa se construye como un supuesto independiente del abuso del derecho. A ese respecto, cita el caso de D. 8,5,8,5, que no se refiere al abuso del derecho sino a servidumbres e inmisiones, para tomar luego de Ihering el concepto de normalidad y apoyarse en el parágrafo 906 BGB., que nuevamente no se relaciona ni con responsabilidad ni con abuso del derecho, sino con la acción negatoria y el cese de inmisiones⁵². En este sentido, importa como un todo el sistema francés de relaciones de vecindad, no sólo con sus defectos originales, sino con otros añadidos al considerar el abuso del derecho como un criterio objetivo de responsabilidad que prescindiría de la culpa o dolo del agente para reemplazarlo por la normalidad de los usos. Esto va más allá de la teoría francesa que sólo entiende la normalidad como un criterio aplicable a las relaciones de vecindad y no a otras esferas del derecho privado, puesto que transformaría a los jueces en los supervigilantes de toda la vida privada del país.

Otro tanto podemos decir de Alessandri, quien a propósito de su exposición de la teoría del abuso del derecho, a su juicio de carácter subjetivo y fundada en el ejercicio doloso o culpable de un derecho, saca a colación la teoría francesa de la normalidad del ejercicio de los derechos en las relaciones de vecindad, como si fuese parte del abuso del derecho. Esto es singular, toda vez que el uso normal o anormal de los derechos se relaciona con la tesis objetiva del abuso del derecho e implica una importante contradicción interna de en la obra de Alessandri⁵³.

Actualmente, algunos autores nacionales han ligado el problema de la responsabilidad extracontractual y las relaciones de vecindad, aunque siempre a la pasada y desde la perspectiva francesa de los usos anormales⁵⁴. Estos últimos distinguen entre el problema de los usos normales y el abuso del

⁵¹ CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 12), VI,1, p. 349.

⁵² Ibíd., pp. 349-359.

⁵³ Véase ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, cit. (n. 22), I, pp. 273-277.

⁵⁴ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Consideraciones en torno a la noción de daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista* en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 188 (1990), p. 128; DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997) p. 34; y BARROS BOURIE, Enrique cit. (n. 20) p. 330.

derecho, aunque se mantiene en ellos el problema de introducir un elemento netamente objetivo –y en buena parte infundado– dentro de un sistema de carácter subjetivo. Desde nuestra perspectiva, el problema esencial de la normalidad es que, por sí misma, es demasiado vaga para servir de fundamento a un sistema de responsabilidad. Lo normal depende del contexto y esto, en la práctica, implica que un gran número de inmisiones autoriza a cometer nuevas transgresiones transformando el abuso en normalidad. El hecho de encontrarse un barrio dilapidado lo transformaría en una suerte de “far west” del derecho donde las inmisiones serían normales y la habitabilidad de las viviendas imposible. Por otro lado, en los barrios consolidadamente habitacionales, dar un nuevo uso al suelo sería imposible, no obstante no generarse ninguna inmisión desde el mismo, puesto que activos inmateriales podrían verse afectados. ¿El construir viviendas sociales en barrios de clase acomodada constituiría un uso anormal? De acuerdo a la jurisprudencia francesa que se cita en apoyo de esta teoría indudablemente sí, toda vez que es estadísticamente infrecuente y rebajaría el valor de mercado de los demás inmuebles. En último término, la teoría del uso anormal tiene un componente clasista e inmovilista que la hace desagradable, además de ser jurídicamente infundada y tautológica.

Por último, queda la hipótesis residual en que el caso no se encuentra regulado por instrumentos de carácter normativo, no se trata de una actividad peligrosa y susceptible de producir daños y la actividad no constituye un abuso del derecho. Puesto que la acción de cese o negatoria no pertenece al mundo de la responsabilidad extracontractual y se basa en principios diversos de ella –como es la existencia de una perturbación posesoria– queda siempre a salvo para la víctima su poder para exigir el cese de dichas inmisiones turban el uso o goce que detenta sobre sus bienes. No obstante, podrá exigir el pago de los perjuicios derivados de la actividad del inmitente en caso que demuestre culpa o dolo del agente, de conformidad a las reglas generales.

Recapitulando, en caso de inmisiones nuestro sistema jurídico no sólo contempla una acción de cese o negatoria, sino que además existe la posibilidad de interponer conjuntamente con ella una acción de indemnización de perjuicios por la responsabilidad extracontractual que le cabe al emitente en ella. La acción negatoria es independiente de la indemnizatoria, por lo que se rigen por reglas diversas. La primera tiene por objeto exigir el cese de las inmisiones provocadas por el emitente en la medida que constituyan una perturbación para las facultades de uso y goce que el afectado tiene sobre sus bienes. La segunda tiene por objeto exigir el pago de los perjuicios materiales y morales que dicha actividad genere en la persona o bienes de la víctima.

El principal problema que se enfrenta en materia de responsabilidad por inmisiones es la prueba de la posición subjetiva de la víctima. De conformi-

dad a las reglas generales que rigen la responsabilidad extracontractual en nuestro derecho, podremos estimar que la culpa se presume: *i*) cuando se han quebrantado las disposiciones reglamentarias en relación a emisiones; y *ii*) cuando por la naturaleza de la actividad esta crea un riesgo de inmisiones, de conformidad con el artículo 2329 CC. Si no nos encontramos ante dichas situaciones, se puede estimar que la conducta inmisiva constituye un abuso del derecho si *i*) existe intención positiva de dañar a otro; *ii*) si se trata de satisfacer un interés egoísta; o *iii*) si existen varias formas de realizar un acto, y el dueño eligió la más nociva para los demás. En caso que no podamos estimar abusiva la conducta, entonces sólo quedará probar la culpa o el dolo de acuerdo a las reglas generales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La responsabilidad extra-contractual en el Derecho civil chileno* (reimpresión Santiago, 1983, Ediar), I.
- ALGARRA PRATS, Esther, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona* (Madrid, McGraw-Hill, 1995)
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, “*No siendo contra derecho ajeno*”. *Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil*, en *Revista Chilena de Derecho*, 36 (2009) 3.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, *Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 38 (2012).
- AUBRY, Charles - RAU, Charles, *Cours de Droit civil Français* (Paris, Cosse, Marchal &C, 1869), II.
- BANFI DEL RÍO, Cristián, *De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2 (2004).
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de nuestros artículos 2314 y 2329 y de nuestro Código Civil Imaginario*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 13 (2009).
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- BARTOLI a Saxoferrato, *In secunda Digesti novi pertem commentaria* (Augusta Taurinorum, Nicolau Bevilaquam - A. J. Sirks, 1574-2004).
- BERGEL, Jean-Louis - BRUSCHI, Marc - CIMAMONTI, Sylvie, *Traité de Droit civil. Les biens* (Paris, LGDJ, 2000).
- BIONDI, Biondo, *Le servitù* (Milano, Giuffrè, 1967).
- BONFANTE, Pedro, *Las relaciones de vecindad* (Madrid, Reus, 1932).
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil y comparado* (Santiago, Cervantes, 1930), VI, 1.
- CORRAL TALCIANI, Hernán *Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario. La ley de bases generales del medioambiente*, en *Revista Chilena de Derecho*, 23 (1996) 1.
- CORRAL TALCIANI, Hernán *La relación de causalidad en la responsabilidad civil por daño al medioambiente*, en VARGAS PINTO, Tatiana (editora) *La relación de causalidad*.

- Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal* (Santiago, Universidad de los Andes, 2008).
- DAVID, Jacqueline, *Les solidarités juridiques de voisinage, de l'ancien droit à la codification*, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 72 (1994) 3.
- DE LA BARRA GILI, Francisco, *Responsabilidad extracontractual por daño ambiental: el problema de la legitimación activa*, en *Revista Chilena de Derecho*, 29 (2002) 2.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo, *La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana*, en *Revista Chilena de Derecho*, 33 (2006) 3.
- DELGADO SCHNEIDER, Verónica, *La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de carreteras*, en *Revista de Derecho*, 25 (Valdivia, 2012) 1.
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario, *La acción negatoria frente a inmisiones en el derecho de propiedad*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Madrid, Thomson, 2003), III.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997)
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Consideraciones en torno a la noción de daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 188 (1990).
- DUCCI CLARO, Carlos, *Responsabilidad civil (extracontractual)* (Santiago de Chile, Imprenta El Imparcial, 1936).
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad* (Madrid, Marcial Pons, 1994).
- GONZÁLEZ-ALEGRE, Manuel, *Las relaciones de vecindad* (Barcelona, Nauta, 1967).
- HÉRMARD, Joseph, *Précis élémentaire de droit civil* (París, Sirey, 1934).
- HUNTER AMPUERO, Iván, *La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental*, en *Revista de Derecho*, 18 (Valdivia, 2005) 2.
- JHERING, Rudolf von, *Zur lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse des Nachbarn*, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutchen Privatrechts* (1863).
- JOSSERAND, Louis, *Cours de Droit civil positif Français* (París, Sirey, 1930).
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el Derecho chileno*, en *Ius et Praxis*, 17 (2011).
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim, *La defensa frente a la contaminación acústica y otras inmisiones* (Barcelona, Bosch, 2008).
- MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodríguez, *La acción negatoria*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Trinidad*, 12 (2004).
- PADIAL ALBÁS, Adoración - TOLDRÀ ROCA, M^a Dolors, *El derecho de propiedad y otros derechos reales en el derecho civil de Cataluña* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2008).
- PESCIO, Victorio, *Manual de Derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978).
- PLANIOL, Marcelo - RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de Derecho civil francés* (trad. Mario Díaz Cruz, La Habana, Cultural, 1946), III,
- POTHIER, Robert-Joseph, *Obras Completas. Tratado del derecho de dominio de la propiedad* (Barcelona, Imprenta de la viuda e hijos de J. Subirana, 1882), VII.
- RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho civil* (trad. García Daireaux, Delia, Buenos Aires, La Ley, 1963),

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999).
- SCHIELE, Carolina - TOCORNAL, Josefina, *Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia*, en *Revista Chilena de Derecho*, 37 (2010) 1.
- TERRAZAS PONCE, Juan David, *Abuso del derecho: definiciones en torno a su origen*, en ZÚÑIGA TEJOS, Alex (editor), *Estudios de Derecho privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011).
- TERRÉ, François - Simler, Philippe, *Droit civil. Les biens* (Paris, Dalloz, 2002).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro *Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley 19300*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 29 (2007).
- WEILL, Alex, *Droit civil. Les biens* (Paris, Dalloz, 1970).

