

APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN PROCESOS AMBIENTALES

Felipe Molina Saavedra*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto demostrar la conveniencia de que la magistratura decrete medidas cautelares atípicas o innominadas en los procedimientos iniciados mediante la interposición de acciones “verdes” o de reparación ambiental, en tanto no haya sido dictada sentencia definitiva que ponga fin al conflicto ambiental cuyo conocimiento ha sido entregado a los tribunales competentes. Para estos efectos se analizarán diversas vías procesales utilizadas en esta materia, concluyendo con un breve análisis de las medidas cautelares atípicas contempladas en el proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales.

Desde el punto de vista de la eficacia que debe otorgar todo proceso jurisdiccional, las medidas cautelares innominadas son la única herramienta procesal adecuada tanto para impedir que se siga produciendo el daño como para evitar una situación que impida el cumplimiento efectivo de una sentencia que ordene la reparación en naturaleza.

El decretar estas medidas se justifica en razón de las perniciosas consecuencias que poseen los daños ambientales, de múltiples características y efectos, pues –como se verá en el desarrollo de esta investigación– pueden afectar a un número amplio e indeterminado de personas, y por lo general de forma imperceptible o acumulativa en el tiempo, de modo tal que el daño producido será en la mayoría de los casos irreversible, haciendo imperante detener el hecho dañoso cuanto antes, sin necesidad de esperar el desarrollo completo del juicio. Para este estudio hemos recurrido fundamentalmente a fuentes doctrinarias y legales, debido principalmente a que el tratamiento jurisdiccional de las medidas cautelares innominadas en materia ambiental ha sido escaso.

II. LA GÉNESIS DE LA PREOCUPACIÓN MEDIO AMBIENTAL

La protección del medio ambiente constituye una preocupación fundamental de la sociedad actual, siendo su principal objetivo, asegurar la continuación de las futuras generaciones en el planeta, a través de la evitación de daños y deterioros del ambiente tal como se han venido produciendo a lo largo de la historia de la humanidad.

* Egresado de Derecho, Universidad Austral de Chile.



El surgimiento de estos intereses resulta lógico puesto que el acelerado desarrollo económico y demográfico no afecta ya a un individuo particular, sino a las comunidades, debido a violaciones y conflictos masivos, como son las afecciones que alteran y degradan irreversiblemente el medio ambiente.¹

Los problemas más graves que ha traído el desarrollo y que han afectado sobre todo al continente americano, y por ello, no son ajenos a nuestro país, son la ausencia –en términos generales– tanto de planificación en el uso de los recursos naturales, como de tecnologías y políticas apropiadas que garanticen la preservación de los ecosistemas terrestres. Todo lo anterior se ha traducido en la pérdida de diversidad biológica y degradación de los suelos; reducción de las posibilidades de obtener agua dulce; cambios en los cauces de los ríos; disminución de la calidad de las aguas por contaminación y sedimentación; deforestación debido a los constantes cambios en el uso del suelo para actividades agropecuarias; sobreexplotación de los ecosistemas marinos; grave contaminación atmosférica que se ha transformado en un problema de salud pública; lo que sumado a un proceso descontrolado de urbanización constituyen un panorama preocupante en materia medio ambiental.²

En efecto, el profesor Raúl Brañes, ha sostenido que la Conferencia de Estocolmo, fue la primera reacción en un plano mundial en contra del deterioro ambiental, pues tuvo el extraordinario mérito de poner los temas ambientales en la agenda mundial y, de esta manera, en la agenda de todos los países de nuestra región.³

III. CONFLICTOS AMBIENTALES EN CHILE

La vasta gama de recursos naturales existentes a lo largo y ancho del territorio nacional han atraído proyectos destinados a la explotación de dichos recursos desde los sectores acuícolas, energéticos, forestales y mineros, de alto impacto ambiental⁴ tanto para las comunidades cercanas donde estos proyectos han pretendido instalarse o se han instalado, como para los distintos elementos medioambientales y socioculturales que han sido amenazados o que se han dañado en forma efectiva.⁵

La génesis de un conflicto ambiental radica en la organización de la comunidad tanto a nivel local, regional o nacional para hacer frente a los impactos de los proyectos de inversión⁶ con alto impacto ambiental o que imponen fuertes cargas ambientales a

1 Palomo Vélez, Diego: "Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la litis individual", en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, julio de 2003, Volumen XIV, pp. 187-201.

2 CEPAL-PNUMA: La sostenibilidad del desarrollo en América Latina y el Caribe: desafíos y oportunidades, Santiago de Chile, 2002. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/8238/lcg2145e.pdf> (30/08/2011). passim.

3 Brañes, R., "Tres décadas de evolución del derecho ambiental y su aplicación en América Latina", en Main Sancha, Marcela (org.): Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental: 28 y 29 de noviembre 2001, Comisión Nacional del Medio Ambiente, Universidad de Chile, Centro de Derecho Ambiental, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2003, pp. 94 a 165.

4 Cfr. Sabatini Downey, Francisco; Sepúlveda Luque, Claudia: Conflictos ambientales, entre la globalización y la Sociedad Civil, 1997, Publicaciones CIPMA, p. 23.

5 Fueron importantes en nuestra historia de conflictos ambientales el proyecto Río Cónдор, de la empresa estadounidense Trillium Co., que contemplaba la explotación de más de 250.000 hectáreas de bosques nativos de lenga en la XII región. Tras una importante polémica relativa al apoyo prestado por el gobierno, Trillium finalmente abortó la iniciativa y cedió las tierras a Goldman Sachs como parte de pago de una deuda millonaria; La instalación de una represa en el Alto Bio Bio para la construcción de la central hidroeléctrica Ralco, el 1997, causó polémica debido a la fuerte oposición de familias pehuenches que habitaban en las casi 2.000 hectáreas que serían inundadas. Tras la aprobación al EIA presentado por ENDESA, la construcción siguió en pie (...). La minera canadiense Noranda quiso instalar, en 2001, una planta procesadora de aluminio en la Bahía Chacabuco, en la XI región, tras una disputa con los productores salmoneros de la zona, y el apoyo prestado por el Presidente Ricardo Lagos, Noranda retiró su proyecto, según Azócar Zamudio, A.: Tompkins: el millonario verde, 2007, Universidad Diego Portales, Editorial La Copa Rota S.A., pp. 13-14.

6 Sabatini Downey, Francisco; Sepúlveda Luque, Claudia, Op. Cit., p. 30.

dicha comunidad.⁷

Desde el punto de vista social, existe acuerdo en que el fin de la dictadura militar y el retorno a la democracia ha sido gravitante para permitir a la ciudadanía manifestar libremente su rechazo a estos proyectos, lográndose instalar la discusión a nivel de políticas públicas. En este sentido, se ha señalado que “el regreso a la democracia permitió definir una normativa ambiental nueva, abriendo así la posibilidad de contrapesar la política económica al elevar la prioridad de protección del medio ambiente”,⁸ lo que encuentra plena coincidencia con la promulgación en el año 1994 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.⁹

En términos cuantitativos, entre los años 1974 y 1999 se registraron al menos 48 casos de conflictos ambientales de diversa magnitud y tipología,¹⁰ los que se han seguido y se seguirán produciendo en mayor número y transcendencia. ¿Existe alguna señal de que este panorama tome un rumbo mejor? ¿Se ha encontrado una solución jurídica adecuada y certera para estos conflictos? Son dos interrogantes que comparten una respuesta negativa.

IV. CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DEL DAÑO AMBIENTAL

Desde el punto de vista fáctico, todo daño ambiental posee características que lo diferencian de otros tipos de daños, como son la velocidad y la imperceptibilidad, en orden a que el daño ocasionado al medio ambiente puede darse en un lapso breve de tiempo y en forma escasamente notoria para la comunidad afectada. Estas características unidas a la de irreversibilidad, la cual no permite que vuelva a recuperarse el elemento ambiental dañado, o que el costo de su reparación sea excesivamente gravoso, justifican plenamente la adopción de medidas tendientes a evitar un daño mayor que el ya producido.¹¹

Los desembolsos económicos necesarios para determinar la existencia de daños con estas características no son menores. Se requerirán estudios de alto nivel técnico o científico que permitan determinar responsables, nexos de causalidad y efectos concretos del hecho contaminante o dañoso, lo que dificulta la obtención del material probatorio necesario en juicio, pues se trata de costos que difícilmente pueden ser asumidos por un ciudadano o un grupo de personas afectadas por el daño inferido a uno o más elementos del medio ambiente, o que se vean afectados en sus respectivos patrimonios por un daño de esta naturaleza.

Además de lo oneroso que resulta enfrentar un daño ambiental, debemos tener presente que generalmente, quienes sufren los padecimientos de los daños ambientales pertenecen a la parte más pobre de la población, probablemente porque habitan en aquellas zonas de las ciudades que limitan con los sectores industriales,

7 La doctrina ha definido carga ambiental como “todo aquello que englobe tanto los costos y daños como los riesgos asociados al desarrollo de actividades que generan impactos ambientales”. Hervé Espejo, Dominique: “Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica”, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 2010, Volumen XXIII, Nº1, pp. 9-36.

8 *Ibid.*

9 Ley Nº 19.330, de Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de marzo de 1994. En lo sucesivo LBGMA.

10 Aldunate Balestra, Carlos: El factor ecológico, Las mil caras del pensamiento verde, 2001, LOM Ediciones, p. 248.

11 Cfr. Fernández Bitterlich, Pedro: Manual de Derecho Ambiental, 2001, Editorial Jurídica de Chile, p.124.



estando más expuestos a los riesgos que ello implica.¹² Ello sucede en la ciudad de Santiago de Chile, la cual padece una alta contaminación ambiental, y donde las poblaciones pobres, próximas a las fuentes fijas de contaminación, sufren en una medida que es totalmente ajena a quienes viven en los barrios más acomodados, donde el aire es puro y cuentan con amplias áreas verdes.¹³

Un caso paradigmático de la situación descrita, lo encontramos en el caso Promel o contaminación por plomo en Arica, el cual generó una grave situación de contaminación por acumulación de residuos tóxicos, consistentes en 20.901 toneladas de barros con contenido metálico, depositados a la intemperie en la periferia urbana de la ciudad de Arica, entre los años 1984 a 1989 y permaneciendo sin producir daños evidentes hasta el año 1997, cuando se detectó a través de un estudio de salud que el cincuenta por ciento de los niños de la zona presentaban altas concentraciones de plomo en la sangre, sufriendo cefaleas y daños neurológicos irreversibles acreditándose además, con informes técnicos que los residuos eran tóxicos por su alto contenido de mercurio, plomo, arsénico, cobre y otras materias peligrosas para la salud y el medio ambiente.¹⁴

En julio del año 1999 fue interpuesta por los vecinos afectados, una demanda por daño ambiental contra la Sociedad Promel Ltda., y la CPA Compañía Procesadora de Metales Ltda., y una demanda indemnizatoria en contra del Servicio de Salud de Arica. El fallo de primera instancia, fue dictado el 6 de agosto del 2004, siendo apelada por ambas partes y resuelta la segunda instancia el 16 de mayo del 2005, siendo ecurrida de casación también por ambas partes, emitiendo la Corte Suprema, su dictamen respecto a los recursos interpuestos el 30 de mayo de 2007.¹⁵ Es decir, existió un conflicto ambiental judicializado que se extendió por ocho años a raíz de un hecho dañoso – aún más duradero– que se prolongó por más de doce años, sin considerar la gravedad de los efectos que permanecieron en el tiempo ¿Cómo evitamos que se siga dañando el medio ambiente y la salud de las personas mientras el conflicto no ha sido resuelto mediante una decisión jurisdiccional firme y ejecutoriada que impida la perpetuación del hecho dañoso?

V. ACCIONES JUDICIALES DE RELEVANCIA EN MATERIA AMBIENTAL

Un conflicto ambiental puede ser llevado a los Tribunales de Justicia para su resolución, a través de la interposición de algunas de las acciones que el ordenamiento prevé, las cuales emanan de diversos cuerpos normativos, y por tanto, deben seguir distintos procedimientos.

¹² Las comunas más contaminadas de Chile: pobres y con alto desempleo. El Mercurio, 20 de febrero de 2011.

¹³ Cfr. Mosse Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás; Donna, Edgardo. Daño ambiental, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 75.

¹⁴ Hervé Espejo, Dominique. "¿Constituye la responsabilidad civil un mecanismo apropiado para la protección al medio ambiente? Contaminación por plomo en Arica. Comentario a la sentencia de Promel". Disponible en: www.microjuris.com. (Consulta 30/08/2011). Asimismo, Hervé Espejo, Dominique y Pizarro Wilson, Carlos: La responsabilidad civil derivada del daño ambiental. Notas sobre el caso de plomo en Arica en Revista Justicia Ambiental N° 1, Fiscalía del Medio Ambiente, Abril 2009, p. 269 - 278.

¹⁵ Ibid.

A. El Recurso de protección ambiental

Una de las vías procesales utilizadas por la mayor parte de los afectados por daños ambientales –y que revisaremos en forma somera– es a través de la interposición de una acción de protección de derechos fundamentales del artículo 20 de la Constitución Política de la República (CPR),¹⁶ para tutelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuando sea afectado.¹⁷ La principal fortaleza de éste “(...) procedimiento de urgencia, es la posibilidad de obtener una eficiente medida cautelar, como es la orden de no innovar (...)”.¹⁸

La resolución de los conflictos ambientales vía recursos de protección si bien es rápida, informal (tal como se espera de un proceso de tutela urgente), de bajo costo (en cuanto a prueba y honorarios), logrando ser efectiva a través del otorgamiento de una medida concreta, está lejos de constituir una solución de fondo por las siguientes razones: En primer término, muchas veces las medidas solicitadas por el recurrente exceden las posibilidades que la protección constitucional concede para reparar o prevenir el daño alegado; las medidas cautelares – las que nunca podríamos calificar de creativas o innovadoras – que se decretan, se conceden con independencia de un eventual proceso principal; los tribunales permiten su utilización sólo cuando el daño que se pretende evitar es notorio, y en el caso de que se requiera paralizar una actividad empresarial, ello debe ser claro, palpable e inobjetable, lo que resulta absolutamente contrario a lo que se necesita frente a un daño ambiental, con las características que hemos descrito.¹⁹

Siguiendo los argumentos ya esgrimidos, podemos concluir respecto a este punto lo mismo que sostiene Brañes Ballesteros, quien ha indicado que la solución a la problemática que plantea el acceso a la justicia ambiental está lejos de encontrarse en acciones constitucionales de naturaleza cautelar, pues no significan una solución definitiva a un conflicto ambiental.²⁰

B. La acción de reparación ambiental o acción ambiental

Como se indica en el Art. 53 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), esta acción persigue la reparación del medio ambiente, estando definida reparación en el Art. 2 literal s) del mismo cuerpo legal en los siguientes términos: “la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser ello posible, restablecer, al menos, sus propiedades básicas”. Sin embargo, un problema que la tramitación de esta acción presenta es justamente su extensa tramitación, la que “puede durar años y no hay ningún instrumento procesal que permita impedir que el daño siga produciéndose durante todo ese tiempo, como

16 Art. 20 inc. 2° CPR: Procederá también, el recurso de protección en el caso del N° 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

17 Cfr. Bordalí Salamanca, Andrés. Tutela jurisdiccional del medio ambiente, 2005, Editorial Fallos del Mes, Santiago, p. 326.

18 Bordalí Salamanca, Andrés. “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (30/08/2011).

19 Olmedo Bustos, Juan Pablo. “Recurso de protección y medio ambiente”, en Éxitos y fracasos en la defensa jurídica del medio ambiente, 2002, FUNDACIÓN TERRAM, pp. 25 y siguientes.

20 *Ibid.*, p. 138.



parece haber acaecido en el caso del Santuario Carlos Andwandter”.²¹

Actualmente bajo los parámetros anteriormente expuestos, una vez interpuesta la demanda por el Fisco de Chile en contra de la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A, por la muerte de numerosos ejemplares de la especie cisne de cuello en el Santuario del Río Cruces en la Provincia de Valdivia, la parte demandante podría haber solicitado la aplicación de la medida cautelar innominada del Art. 298 del Código de Procedimiento Civil (CPC), consistente en la paralización de la actividad que con probabilidad es la causante del daño ambiental, evitando así que se siga produciendo el daño. Dicho proceso fue iniciado mediante la interposición de una acción de reparación ambiental ingresada en el Primer Juzgado Civil de Valdivia el día 27 de abril del año 2005, encontrándose actualmente en etapa probatoria.²² La industria se encuentra funcionando normalmente, luego de haberse paralizado sólo por un breve período, debido una medida cautelar solicitada vía recurso de protección ambiental.

Durante todo el tiempo transcurrido, hasta la actualidad, el daño ambiental ha sido absolutamente consumado, el lugar no ha vuelto a ser el mismo, y difícilmente el ecosistema podrá ser reparado si es que se dicta una sentencia definitiva favorable a la parte demandante.

C. Acción preventiva de daños del Artículo 2.333 del Código Civil en materia ambiental

El no poder ejercitar acciones como resguardo frente a un daño ambiental verosímil, es decir, que aún no se ha producido, pero que existen grandes probabilidades de que ocurrirá, con todos los perniciosos efectos –por su difícil detección y reparación– como hemos explicado, pudiendo cambiar radicalmente las condiciones de vida de toda una comunidad, es un problema que existe desde antaño, y por tanto, no resulta ser propio de las materias ambientales.

Esta concepción que requiere siempre un daño efectivo, previamente causado, data de la concepción clásica del siglo XIX, la cual requería para poder alegar cualquier afectación, un daño actual, cierto y preciso, puesto que no existían acciones frente a una mera amenaza o riesgo futuro. Según la doctrina decimonónica, el poder accionar contra peligro certero sólo originaría inseguridad jurídica e incluso, una “limitación inadecuada al ejercicio de los propios derechos”.²³

Siendo escasamente utilizada por los operadores jurídicos, la acción preventiva de daños contenida en el Art. 2.333 del Código Civil, que “concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.

Según Diez Schwerter, la acción del Art. 2333 del Código Civil (CC) constituye una

21 Bordali Salamanca, Andrés. “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (30/08/2011).

22 Rol causa 746 – 2005, 1º Juzgado Civil de Valdivia, según Sistema de Información de Causas, www.poderjudicial.cl (30/08/2011).

23 Mosse Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás; Donna, Edgardo. Op. Cit., p. 157.

importante innovación introducida por Andrés Bello,²⁴ ya que goza de una amplitud desde diversos aspectos: no existe limitación en cuanto a las personas que pueden interponerla, pudiendo ser interpuesta por una persona natural o jurídica,²⁵ pública o privada; el juez, al acogerla, tiene la facultad de decretar las medidas que estime pertinentes para evitar la producción efectiva del daño;²⁶ y además no posee el carácter de prescriptible.²⁷

Para el autor mencionado, la acción descrita es de gran utilidad en materia ambiental, ya que su procedencia está permitida por el artículo 51 LBGMA, al señalar en su inciso final que "...en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil", que es justamente el título que contiene el mencionado artículo 2333 del mencionado cuerpo legal.²⁸

VI. DESARROLLO DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN AMÉRICA LATINA

El acceso a la justicia ambiental en América Latina en general, y en Chile en particular es un bastión que se ha logrado larga y trabajosamente, pero no en la medida que se requiere, según la vasta riqueza de recursos naturales e historia sobre conflictos ambientales que posee nuestro continente, y también nuestro país. En nuestra opinión, en los últimos treinta años las condiciones para lograr el acceso a la justicia han mejorado, siendo creadas e implementadas ciertas medidas en forma exitosa, pero aun restando para su completo desarrollo.

Así, los Estados han situado el tema medio ambiental en un apartado prioritario de sus agendas, tanto a nivel local como global; se han creado órganos e instituciones con la misión de implementar políticas, planes y programas, así como de la fiscalización en el cumplimiento de los mismos; la evaluación ambiental se ha masificado como una herramienta eficaz a la hora de decidir sobre la realización de grandes proyectos de inversión; se han creado acciones y recursos judiciales destinados a obtener tanto la tutela del derecho a vivir en un medio ambiente sano o libre de contaminación, como la reparación del daño medioambiental, y la indemnización de los perjuicios producidos a consecuencia de estos.

Sin embargo, el último punto sobre el que hemos reflexionado, es el que abordaremos en las siguientes páginas, pues probablemente la aplicación del derecho es lo que puede resolverse en forma más inmediata, ya que son los jueces quienes llevan sobre su investidura la misión de aplicar el Derecho en la forma más eficaz posible, logrando incluso volver operativas aquellas normas que no han sido correctamente creadas.²⁹ Así lo reconocen los mismos jueces en el punto N° 1 de la Declaración de

24 Delgado Schneider, Verónica; Diez Schwerter, José Luis. "Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del Derecho de Daños" en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Año LXXI, N° 214, 2005.

25 Corral Talciani, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 359.

26 Alessandri Rodríguez, Arturo: De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Editorial Universitaria, 1943, p. 219.

27 Cfr. Corral Talciani, Hernán. Op. Cit., p. 362.

28 Diez Schwerter, José Luis: "Notas sobre la acción preventiva de daños del Artículo 2.333 del Código Civil: A propósito de un fallo reciente", en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, año LXXIII, 2005, N° 217-218.

29 De igual modo lo entendió el profesor Brañes, al indicar que "los escasos cambios que se han dado en algunos países, aunados la capacidad y voluntad de los jueces, han permitido que en América Latina se inicie un proceso de intervención de los tribunales de justicia en materias ambientales (...), creando una importante jurisprudencia, y que permite hablar de un <amanecer> de la justicia ambiental...". Brañes Ballesteros, Raúl. *Ibid.*, p. 135.



Buenos Aires, originada en el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental,³⁰ la cual reza:

“Convencidos del rol que nos toca a jueces y fiscales en la aplicación efectiva del Derecho Ambiental en aras del logro del desarrollo sostenible, y teniendo en cuenta los antecedentes claramente plasmados en la Declaración de México del año 2000 y la Declaración de Johannesburgo del año 2002, hemos arribado a distintas conclusiones y recomendaciones que consideramos fundamentales para nuestra región en temas relativos a: capacitación de magistrados, organización de la justicia y las competencias ambientales, relación del Poder Judicial con los otros poderes del estado y con la sociedad civil, evaluación de la aplicación de las normas ambientales por parte del Poder Judicial y los fiscales, procesos constitucionales, acción civil y de daño ambiental y acción penal ambiental”.

La doctrina más autorizada en esta materia ha sostenido que la “ineficacia de la legislación ambiental (...) es acentuada con las deficiencias que presenta su aplicación judicial, por razones que muchas veces están vinculadas a la ineficacia de la propia legislación ambiental, en tanto ésta no tiene previstos mecanismos apropiados para su aplicación por los órganos jurisdiccionales. (...) entre otros factores, que van desde las insuficiencias generales que presenta la Administración de Justicia en los países de la región...”.³¹ De esto se infiere la existencia de un cúmulo de factores que embarazan gravemente el acceso a la justicia ambiental, siendo considerablemente dificultoso para los justiciables que reclaman un daño ambiental, obtener una reparación efectiva del perjuicio, mediante la interposición de las acciones que correspondan ante los tribunales competentes.

La justicia civil – o mejor dicho los ciudadanos que recurren a ella – tropiezan con una barrera casi infranqueable, consistente en lo extenuante y demoroso que puede resultar un proceso judicial en materia de medio ambiente, atendida las innumerables singularidades que poseen los daños ambientales, y sumando a ellas las consideraciones que deben tenerse respecto al transcurso temporal de todo proceso judicial, las cuales trataremos en las siguientes páginas.

VII. CONSIDERACIONES EN CUANTO A LA EXTENSIÓN TEMPORAL DEL PROCESO

Al contrario de lo que podría sostener cualquiera persona que no opera en el tráfico jurídico, un proceso breve, en el que aparentemente no existan dilaciones y se obtenga una decisión judicial en un plazo corto, no significa que estemos en frente de una solución jurídica eficaz o de calidad. Puesto que todo proceso judicial requiere argumentaciones que deben ser analizadas desde todos los frentes posibles; material probatorio aportado por las partes, el cual muchas veces será abundante y que debe ser sopesado por el órgano decisor; las partes requerirán enfrentarse por cuestiones accesorias en incidentes, y en definitiva será misión de éstas ir abriéndose paso en el proceso, realizando las actuaciones que la ley les otorgue como derecho o les imponga como obligación.

³⁰ Declaración de Buenos Aires en el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina sobre Aplicación y cumplimiento de la Normativa Ambiental, CEPAL, Buenos Aires, 23 y 24 de septiembre del año 2003, disponible en: http://www.eclac.org/dmaah/noticias/paginas/7/27987/Declaracion_de_Buenos_Aires_Jueces_y_fiscales.pdf (30/08/2011).

³¹ Brañes Ballesteros, Raúl: *Ibid.*, p. 135.

Consideramos acertado lo sostenido por parte de la doctrina española, al indicar que “existe una exigencia insita en el objetivo de todo juicio, que consiste en que la resolución del mismo produzca, no sólo una satisfacción jurídica, sino también una satisfacción efectiva. Por consiguiente, la eficacia del proceso es el elemento que debe guiar la ordenación temporal de éste”.³²

Cuando un proceso judicial excede los límites temporales previstos en las normas procesales se producen gravísimas alteraciones, especialmente para la parte que ha sufrido el perjuicio, pues se retarda tanto la indemnización u otro tipo de medida a la que tiene derecho, e incluso prosigue el perjuicio por el cual se ha litigado plausiblemente.³³ Desde la praxis, se indica que “se hace más difícil establecer los hechos ya que la memoria decae y los testigos desaparecen. Difiere acuerdos y puede llevar a las partes a aceptar deficientes arreglos, debido a que el retraso agota la paciencia y/o los recursos necesarios para continuar con el proceso”.³⁴

¿De qué forma aplicamos las consideraciones recién hechas a los procedimientos cuya finalidad es resolver un conflicto ambiental? Consideramos que dicha interrogante debe ser respondida con máxima cautela, y justamente, encontrar esa respuesta es el cometido de este trabajo.

El tiempo que toma resolver un juicio en que se ventilan asuntos de naturaleza ambiental no puede ni debe ser el mismo que aquel empleado para resolver una contienda civil ordinaria, en la cual, como explicamos en las páginas precedentes, sólo se encuentran comprometidos los intereses privados de los litigantes.

Resulta fundamental que el Derecho Procesal abandone las estructuras clásicas que le rigen desde antaño, con miras a encontrar un punto de flexibilidad³⁵ para estos nuevos casos, como son los conflictos ambientales, dándole a estos una solución práctica a través de la implementación de respuestas que faciliten al ciudadano común y corriente la reivindicación de sus intereses ventilados en estos casos, más concretamente a través de la creación de mecanismos procesales apropiados y eficaces que permitan su verdadera operatividad y reivindicación en juicio.^{36 37}

En materia de conflictos jurídicos-ambientales,³⁸ es preocupante la tardanza en la obtención de una solución definitiva y favorable para la parte demandante y que ponga tope al hecho contaminante y permita la reparación del elemento medioambiental dañado, antes que el juicio genere un derroche económico imposible de solventar y la sentencia se vuelva imposible de cumplir.

32 Riba Trepal, Cristina: La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas, J.M. Bosch Editor, 1997, p. 25.
Marín González, Juan Carlos: Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, Jurisprudencia y Derecho

33 Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 35.

34 Ibid.

35 Ibid.

36 Ibid., p. 189.

37 Si bien Palomo Vélez resalta la necesidad de adaptar las instituciones referidas a la legitimación y la cosa juzgada, consideramos que sus apreciaciones son también válidas para hacer meritoria una revisión de las medidas cautelares en conflictos ambientales.

38 Actualmente ante los tribunales no sólo han aumentado cuantitativamente, sino que también han sufrido una gran “modificación cualitativa”. Durante el siglo XIX se litigaba sobre cuestiones que admitían una indefinida dilación temporal del proceso (...) Actualmente los procesos se refieren a cuestiones que no pueden soportar el menor retraso. Marín González, Juan Carlos: Op. Cit., p. 40. Hacemos nuestras las palabras del profesor Marín, incluyendo dentro de aquellos casos que “no pueden soportar el menor retraso”, los procesos referidos a conflictos ambientales.



A mayor abundamiento, y a modo de respaldo de lo que hemos señalado en las páginas precedentes, podemos traer a colación lo esgrimido por Bordalí Salamanca, quien ha indicado que uno de los factores que han desatado una verdadera crisis en nuestra justicia civil, es la excesiva duración de los procesos, haciendo necesarias “tutelas diversas de la ordinaria, cuando el peligro que comporta para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos una decisión jurisdiccional “tardía” así lo aconseje, como son las que se denominan tutelas de urgencia, ya sean sumarias, “autosatisfactivas”, cautelares innovativas o simplemente cautelares, etcétera, que permiten otorgar la necesaria tutela jurisdiccional al ciudadano que la reclama del Estado, en unos plazos mucho más breves que la tutela ordinaria”.³⁹

Como es sabido, el conocimiento de la acción ambiental por parte de los tribunales de justicia, se produce mediante un procedimiento sumario,⁴⁰ aplicándose las normas del Título XI del Código de Procedimiento Civil, el cual igualmente podía durar mucho tiempo,⁴¹ lo que nos lleva a pensar que los problemas procesales de la justicia civil lamentablemente resultan ser considerablemente amplios, abarcando tanto cuestiones sobre la legitimación -que no abordaremos- y el régimen cautelar. En este último punto la doctrina más autorizada ha sostenido que deberían introducirse reglas especiales, “habida consideración de la naturaleza eminentemente preventiva del derecho ambiental y, por tanto, la necesidad de un sistema particularmente eficiente”.⁴²

VIII. PRINCIPIO PRECAUTORIO DEL DERECHO AMBIENTAL Y SUS RELACIONES CON LAS CAUTELARES EN MATERIA JUDICIAL

El principio precautorio surgió en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), la cual en su decimoquinto principio establece:

“Con el fin de proteger el Medio Ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando hay 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.”

Consideramos relevante para la comprensión de este concepto, lo establecido en la Convención de Wingspread (1998):⁴³

“Cuando una actividad se plantea como una amenaza para la salud humana o el medio ambiente, deben tomarse medidas precautorias incluso cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan establecido de manera científica en forma absoluta, ya que es necesario mantener una barrera de protección

39 Bordalí Salamanca, Andrés: “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil” en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 2001, Volumen XII, N° 2, pp. 51-66.

40 Este procedimiento se modificará y se trasladará a la competencia de los Tribunales Ambientales, según proyecto de ley actualmente en trámite identificado como boletín N° 6742-12 e ingresado por Mensaje Presidencial N° 1419-357, el 28 de octubre de 2009.

41 Bordalí Salamanca, Andrés: “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (30/08/2011), passim.

42 Brañes Ballesteros, Raúl: Op. Cit., p. 41.

43 Reunión de científicos, filósofos, juristas y miembros de asociaciones ecologistas de Estados Unidos y Canadá realizada en la ciudad de Wingspread, Estado de Winesconsin, Estados Unidos, durante enero de 1998.

considerablemente alta, de modo tal que se logre mantener lo más posible los elementos medioambientales sin alteraciones, evitándose así la producción de un daño ambiental grave e irreversible”.

Nuestro ordenamiento jurídico interno no consagra el principio de precaución dentro de sus normas o políticas ambientales, pero este principio ha logrado insertarse a través de los Tratados Internacionales ratificados que lo contemplan, como la Convención de Viena para la protección de la capa de Ozono, el Protocolo de Montreal, la Convención de la Biodiversidad y la Convención de Cambio Climático y la ya mencionada Declaración de Río de 1992. Cabe destacar que el mensaje presidencial de la LBGMA (1994), establece la importancia y transversalidad del principio precautorio al señalar que este es la base de diversos mecanismos de gestión como es la educación ambiental; el sistema de evaluación ambiental; los planes preventivos de descontaminación y las normas sobre responsabilidad.⁴⁴

No cabe duda que el principio precautorio tiene aplicación en las decisiones de la Administración, pues ésta es obligada por la ley a la adopción de medidas pertinentes para evitar el daño ambiental. Sin embargo, los tres elementos mencionados en el párrafo anterior, nos permiten sostener que también este principio logra justificar la aplicación de medidas cautelares por parte de los tribunales de justicia,⁴⁵ incluso en la génesis del proceso (aun cuando la demanda no haya sido contestada, según establece el artículo 290 CPC) puesto que a pesar de no existir aun certeza científica de la existencia del daño,⁴⁶ el que se haya interpuesto una acción por parte de un posible afectado, constituye una sospecha más o menos intensa de que un hecho dañoso se ha producido, pero que resulta suficiente para indicar a la luz del principio precautorio, la necesidad de aplicar una medida específica para evitar que el supuesto daño se siga produciendo.

Cierta doctrina es congruente con nuestro anterior planteamiento: “el auto en el que se decretan las medidas cautelares, es el momento propicio para dar aplicación al principio de precaución porque se trata de la actuación en la que el juez, sin anticipar el fallo, toma los correctivos necesarios para evitar que al finalizar el proceso el daño sea irreversible y el contenido de la sentencia sea completamente inoportuno o inejecutable”.⁴⁷

44 Historia de la Ley N°19.300 Bases Generales del Medio Ambiente, Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19300/HL19300.pdf>. (30/08/2011), pp. 14 y 15.

45 En este mismo sentido, Nogueira Alcalá, Humberto: “Justicia Ambiental y Justicia Constitucional” en Revista de Derecho Ambiental, Fiscalía del Medio Ambiente - FIMA, 2010, N° 2, pp. 17-18. “(...) debe hacerse efectivo el principio de precaución que determina que quienes deben adoptar decisiones legislativas, administrativas o jurisdiccionales deben adoptar medidas transitorias que posibiliten preservar el ambiente mientras no avance el conocimiento científico y técnico, y disminuya o desaparezca la incertidumbre acerca del efecto producido por dicha acción en la calidad ambiental. En tal perspectiva la declaración de Wingspread determina que cuando una actividad representa una amenaza para el medio ambiente, deben adoptarse medidas precautorias, aun cuando algunas relaciones de causa a efecto no hayan sido totalmente determinadas de manera científica”.

46 La certeza científica resulta ser un sinónimo del concepto de verdad, y sobre este último concepto, múltiples han sido las críticas sobre su validez como estándar de objetividad. Taruffo ha sostenido que al igual que otros conceptos, la verdad fue dejada de lado como instrumento confiable, y cita a Michael Rorty, quien asumiendo una posición radical, ha dicho que “la verdad no sería otra cosa que aquello sobre lo que un grupo de razonables amigos dialogantes están de acuerdo”. Causa de la desvaloración de la verdad en el conocimiento ha sido -entre otros factores- el surgimiento de “múltiples verdades, según los puntos de vista y los grupos sociales de pertenencia, así como la noción de que es la aceptación por un número suficiente de personas lo que hace verdadera una narración”, por lo que se ha concluido que “cada uno tiene su propia verdad, de manera que nadie comete errores y cualquier construcción de mundo es verdadera para lo que creen en ella”, de modo tal que la aplicación de estas consideraciones a la certeza científica, arribamos a la relatividad de esta como parámetro de conocimiento, pues resulta ser un paradigma perfectamente superable. Taruffo, Michele: “Notas acerca de la verdad en el proceso”. Conferencia pronunciada por el Dr. Michele Taruffo con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad Austral de Chile el día 9 de abril de 2010 (sin publicar).

47 Arcila Salazar, Beatriz: “El principio de precaución y su aplicación judicial” en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, 2009, Vol. 39, N° 111, p. 298.



Otra arista de este problema se refiere a que el iniciar un proceso contencioso ambiental por alguna de las vías procesales que hemos mencionado, implica para los demandantes un desgaste considerable desde el punto de vista económico y organizacional –entre otros –, lo que muchas veces constituirá una importante barrera para la continuación del proceso. Si a ello sumamos lo pernicioso del daño ambiental sobre el elemento sociocultural o de la naturaleza afectado, y con todo, sobre la calidad de vida de las personas, podemos sostener que es imperante un control o manejo adecuado de los tiempos del proceso por parte de los tribunales de justicia, de modo tal de permitir resolver de manera ecuánime, en el tiempo adecuado y al menor costo posible las disputas de naturaleza ambiental, con miras a poder cumplir efectivamente la sentencia.

IX. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU UTILIDAD EN PROCESOS AMBIENTALES

Podemos inferir que un conflicto de naturaleza ambiental supone mayores dificultades que un proceso civil ordinario pues los perjuicios que pueden producirse en plena tramitación de estos últimos son – como ya hemos indicado – particularmente mayores, lo que sumado a los problemas propios de la justicia civil, vuelven a estos litigios considerablemente complicados y costosos.

Calamandrei ya sostenía que era posible determinar un punto de equilibrio entre celeridad y eficacia, lo que equivale a ponderar entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde. Mencionaba como medio para lograr dicho equilibrio, la utilización de las providencias o medidas cautelares, pues estas son el único instrumento procesal que permite que el asunto de fondo sea resuelto en un momento posterior, con una ponderación madura y suficiente, consiguiéndose así, que la actuación de la ley contenida en la providencia definitiva, pueda operar sobre el mismo estado de hecho sobre el que operaría en el momento de la interposición de la demanda.⁴⁸

La institución procesal a la que hacía alusión Calamandrei para conseguir el equilibrio entre celeridad y eficacia, no era otra que la de las “medidas cautelares”, definidas como una “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma.”⁴⁹

En palabras de Bordialí Salamanca, se trata de “...un instrumento de tutela dispuesto por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra el tiempo, ya que una debida protección de los derechos e intereses de las personas depende en muchas oportunidades de que el juez pueda, a efectos de un proceso, detener, retroceder o acelerar el curso del tiempo.”⁵⁰

Las medidas cautelares innominadas poseen capital importancia en los procesos en que se debaten cuestiones ambientales, como son aquellos en que se conoce la acción de reparación ambiental, pues permite a las partes solicitar al tribunal medidas

⁴⁸ Cfr. Calamandrei, Piero: Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Trad. Marino Ayerra Merín, 1996, Librería El Foro S.A, pp. 43-44.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Bordialí Salamanca, Andrés: “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil” en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, N° 2, Valdivia, 2001, pp. 51-66.

cautelares distintas de las establecidas expresamente en los artículos 290 y siguientes CPC, las que están ideadas esencialmente para procesos ordinarios que versan sobre cuestiones patrimoniales.

La doctrina ha indicado que la existencia de normas autorizantes de medidas cautelares indeterminadas o atípicas -como es el artículo 298 CPC- es "(...) índice de perfección de un sistema de tutela cautelar, ya que posibilitaría que las medidas adquieran la ductilidad necesaria para contrarrestar situaciones de peligro en la demora cuya diversidad no siempre es fácil y completamente previsible."⁵¹ En otras palabras, la utilidad que dicha institución posee en materia de conflictos ambientales – y que podría tener en cualquier otro tipo de conflictos – se debe a que permite enfrentar situaciones completamente imprevisibles, debido a lo maleable que resulta ser, pues el juez, a través de cierta capacidad creadora, puede establecer la medida más idónea para el caso que se encuentre en su conocimiento, logrando así combatir el peligro producido por la demora en emitir una sentencia definitiva.

A modo de ejemplo, podríamos sostener que el tribunal competente que se encuentra conociendo una acción preventiva de daños del artículo 2.333 CC o de reparación ambiental de la LBGMA, interpuesta por un grupo de ciudadanos en contra de una empresa cuyo funcionamiento ha producido presumiblemente la muerte de la fauna que habita en las cercanías del lugar en que se encuentra emplazada la demandada, podría perfectamente, si las partes así lo solicitasen, decretar bajo el amparo del artículo 298 CPC, el cese de toda actividad productiva mientras no se resuelva el fondo del asunto, es decir, si la empresa demandada es o no responsable del daño ambiental producido.

El fundamento para adoptar dicha decisión sería a partir del principio precautorio, ya que a pesar de no existir certeza científica de que el daño ambiental ha sido producido por la empresa demandada, al existir cierta sospecha mínimamente comprobable, como la inexistencia de otra posible fuente contaminante en el lugar afectado, el tribunal deberá tomar las medidas necesarias para evitar que el daño ambiental que ya está en su conocimiento continúe produciéndose.

Según Bordalí Salamanca, salvo la institución en comento, no existe en el CPC ninguna otra medida cautelar o precautoria que tenga utilidad en los procesos ambientales, "...la única solución posible, que la parte demandante lo hubiera pedido, es que el juez hubiera decretado una medida cautelar innominada o atípica, según le autoriza el artículo 298 CPC, pudiendo exigírsele en ese caso una caución al actor."⁵²

Desafortunadamente esta herramienta no posee mayor regulación legal que su consagración normativa, estableciendo solamente una exigencia de caución y tampoco ha tenido el desarrollo jurisprudencial que la doctrina esperaba, justamente porque las partes no las solicitan y cuando han sido solicitadas, los jueces las han otorgado y denegado intermitentemente y sin criterio alguno.⁵³

En cuanto a los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares innominadas,

⁵¹ Cfr. Ortells, Manuel: "La Tutela Cautelar en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en Morón, Manuel (coord.): El Proceso Civil y su Reforma, Colex, Madrid, 1998, p. 434.

⁵² Bordalí Salamanca, Andrés: Op. Cit. pp. 51-66.

⁵³ Ibid.



la doctrina más autorizada ha sostenido que el *fumus boni iuris*, "(...) viene a ser un presupuesto legalmente previsto, por lo que no corresponde exigir que el actor acredite, por ejemplo, ser titular de un derecho a respirar un aire limpio o de un interés legítimo a vivir en una naturaleza preservada.⁵⁴

Con respecto al segundo presupuesto que las partes deben acreditar, el *periculum in mora*, debido a la inexistencia de una regulación legal explícita o implícita, será función del juez determinar tanto el peligro al que se le hará frente, como la medida que se adoptará con dicho fin.⁵⁵ Sin embargo, se advierte que la determinación del *periculum in mora* será sencilla en los casos de medidas cautelares que persigan fines precautorios o asegurativos, pero no así en las medidas cautelares que persigan otros fines. Esta afirmación se debe a que Marín González aboga por la aceptación de medidas cautelares que permitan anticipar la solución de fondo, es decir, medidas cautelares innovativas susceptibles de ser aplicadas a situaciones en que "urgentemente se debe satisfacer la pretensión solicitada, ya que de lo contrario la sentencia definitiva cuando se pronuncie será ineficaz."⁵⁶

En el caso de medidas cautelares innovativas y que no posean regulación legal, será el juez quien deberá determinar el *periculum in mora* para la adopción de medidas que logren frenar el peligro de retardo, pues de esa forma estas pueden ser utilizadas en forma absolutamente flexible, y por tanto, ser utilizadas en casos altamente complejos, como son los contenciosos medioambientales.

En definitiva, las medidas cautelares atípicas permiten en procesos de connotación ambiental, asegurar que al momento en que se dicte la sentencia esta pueda efectivamente cumplirse, anticipando provisionalmente la decisión de fondo, pues de lo contrario, podríamos llegar a una imposibilidad absoluta de cumplir la sentencia definitiva.⁵⁷

La posibilidad de recurrir a esta institución procesal, entendida como norma de cierre de la tutela cautelar, permite controlar los riesgos ambientales generados por un daño ambiental, limitándolos mientras no se determine por sentencia definitiva la producción efectiva del daño y los responsables del hecho, asunto que será sancionado en un proceso considerablemente extenso, tal como amerita un juicio bajo los estándares correctos y respetando todas las garantías procesales pertinentes.

Bajo los parámetros anteriormente expuestos, una vez interpuesta la demanda por el Fisco de Chile en contra de la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A, por la muerte de numerosos ejemplares de la especie cisne de cuello negro (*cygnus melancoryphus*) en el Santuario del Río Cruces en la Provincia de Valdivia, la parte demandante podría haber solicitado la aplicación de la medida cautelar innominada del Art. 298 CPC, consistente en la paralización de la actividad que con probabilidad es la causante del daño ambiental, evitando así que se siga produciendo el daño.

Como hemos señalado, dicho proceso fue iniciado mediante la interposición de una

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Cfr. Marín, Juan Carlos: Op. Cit., p. 467.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid. p. 471.

acción de reparación ambiental ingresada en el Primer Juzgado Civil de Valdivia en fecha 27 de abril del año 2005, encontrándose actualmente (enero del año 2011) aún en estado de tramitación, específicamente en etapa probatoria.⁵⁸ La industria se encuentra funcionando normalmente, luego de haberse paralizado solo por un breve período, debido una medida cautelar solicitada vía recurso de protección ambiental. Durante todo el tiempo transcurrido, hasta la actualidad, el daño ambiental ha sido absolutamente consumado, el lugar no ha vuelto a ser el mismo, y difícilmente el ecosistema podrá ser reparado si es que se dicta una sentencia definitiva favorable a la parte demandante.

Tanto en las consideraciones recién expuestas, como en el ejemplo anterior, se advierte la evolución que ya hemos esbozado, la cual queda manifiesta en la insuficiencia de la finalidad típicamente conservativa de la tutela cautelar. Empero, la naturaleza del conflicto ha vuelto meritorio e indispensable adelantar provisionalmente el resultado de lo pedido en el proceso principal, sin que ello constituya una falta a los derechos de la contraparte, por tanto, no sólo se mantiene un *status quo*, sino que se innova al aplicar la medida. Por lo tanto, puede darse una coincidencia entre la medida solicitada y el derecho tutelado, dando cuenta de otro cambio en cuanto a las características denominadas clásicas, de las medidas cautelares.

X. ¿TIENE APLICACIÓN ACTUAL EL ARTÍCULO 298 CPC?

Las buenas consideraciones teóricas que tiene la doctrina respecto a las medidas cautelares indeterminadas no se condice con los hechos, pues como indica Marín González: “es lamentable constatar que en Chile los jueces civiles no hacen uso de las facultades que el legislador procesal pone a su disposición, mostrando muy poca capacidad creativa, más allá de los rígidos moldes”.⁵⁹ Esto mismo ha apreciado Bordalí Salamanca, al sostener que “el poder cautelar innominado que reconoce el artículo 298 CPC no se ha mostrado un instrumento viable para dar amparo a problemas de este tipo. Ni los abogados ni los jueces se sienten cómodos con un poder que no está expresamente regulado por la ley.

A través de esa norma un juez civil podría decretar la paralización de las faenas de la empresa que probablemente son la causa de los daños medioambientales. Sin embargo, parece ser que esos jueces no se sienten arropados por el legislador para adoptar una decisión de tal especie. Además, los jueces civiles chilenos están acostumbrados a darle sólo un fin asegurativo a las medidas cautelares, pero no le son familiares otras medidas conservativas o bien nuevos fines de mantención de un *status quo*”.⁶⁰

Como ya hemos dicho, la doctrina ha entendido la existencia de las medidas cautelares innominadas como un índice de perfección del sistema, sin embargo Ortells Ramos ha advertido que se produce un importante contrasentido, pues a pesar de la utilidad que esta herramienta procesal posee, los jueces se abstraen

58 Rol causa 746 – 2005, 1º Juzgado Civil de Valdivia, según Sistema de Información de Causas, www.poderjudicial.cl (30/08/2011).

59 Marín, Juan Carlos: Op. Cit. p. 89.

60 Bordalí Salamanca, Andrés: “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (30/08/2011). Passim.



de ella, debido a un temor a aquel espacio de independencia decisional que se ha establecido mediante la introducción de una norma de esta naturaleza.⁶¹

Desde el punto de vista práctico, en la actualidad no existe aplicación de la medida objeto de este estudio, pues como indica la doctrina, existe un temor, tanto de los litigantes como de los jueces, de recurrir a instancias que ameriten o exijan cierta capacidad creadora, por lo que a pesar de lo adecuado que esta medida resulta respecto al caso de los conflictos ambientales, estas no han sido utilizadas, a pesar de ser absolutamente válidas y vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En este apartado cabe concluir que el artículo 298 CPC, a pesar de ser la única norma capaz de cumplir una función útil, al asegurar que la sentencia definitiva que resolverá un conflicto ambiental podrá cumplirse transcurrido el tiempo necesario que amerita un proceso con las características como el que hemos mencionado, ya que permite al juez adoptar la medida más idónea al caso concreto, no es solicitada por las partes que a menudo litigan en estos juicios, ni tampoco son decretadas por los jueces en las pocas veces que han sido solicitadas, de ahí que el desarrollo de estas medidas sea mayoritariamente doctrinario, y por tanto, meramente teórico. Consideramos que una aplicación constante de estas medidas, lograría desarrollar una jurisprudencia necesaria, en lo que concierne a la procedencia y presupuestos de las mismas, pues como ya hemos indicado, en el caso del periculum in mora, es el juez el llamado a determinar el peligro específico a la que la medida específica hará frente, y con ello, lograr consagrar el valor de la seguridad jurídica a favor de los litigantes en juicios ambientales.

XI. LA LEY N° 20.417 Y EL PROYECTO DE LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

Desde el 5 de junio de 2008, fecha en que se inició el trámite legislativo de la ley que creó el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente,⁶² mediante el ingreso a la Cámara de Diputados del Mensaje Presidencial N° 352-356, nuestra institucionalidad ambiental ha sido reformada con la intención de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, contribuir al ingreso de Chile a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y fortalecer la regulación, gestión y fiscalización ambiental.

Iniciado el proceso de reforma, se advierte por algunos sectores la necesidad de un tribunal que se haga cargo de los vacíos en la administración de justicia ambiental. Durante el segundo trámite legislativo del Proyecto de Ley que crea el Ministerio de Medio Ambiente, y durante las audiencias públicas, tanto la ONG Fiscalía del Medioambiente – FIMA– como los gremios de la producción plantearon la necesidad de un tribunal especial para mejorar el acceso a la justicia ambiental y separar las funciones de determinación de infracciones e incumplimientos, radicando esta función en la Superintendencia, y atribuyendo la de imposición de las sanciones al

61 Ortelis Ramos, Manuel et al: "La Tutela Cautelar en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en *El Proceso Civil y su Reforma*, Colex, Madrid, 1998, p. 434.

62 Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental, y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de enero del 2010. Sin embargo, la vigencia de las potestades sancionadoras de la Superintendencia del Medio Ambiente penden de la creación del Tribunal Ambiental, según lo acordado en el Protocolo de Acuerdo suscrito entre el Gobierno y senadores de distintos sectores políticos el 26 de octubre del año 2009.

Tribunal. En el transcurso de la discusión, se entiende la necesidad de distinguir la infracción de la administración de las sanciones.⁶³

Finalizada la tramitación del proyectos de Ley que crea los órganos ya señalados, el Gobierno ingresó al Senado un Proyecto de Ley que crea el Tribunal Ambiental.⁶⁴ Este proyecto, destinado a complementar la Ley N° 20.417, contempla actualmente la creación de tres Tribunales Ambientales, ubicados en las ciudades de Santiago, Antofagasta y Valdivia,⁶⁵ los que se caracterizan por ser órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, y cuyas funciones serán actuar como órgano de control jurisdiccional de las decisiones de la Superintendencia; resolver las controversias contenciosas administrativas en materia ambiental y resolver las demandas por daño ambiental. Los tribunales tendrán una integración mixta, lo que sumado a su naturaleza especializada, proveerá de decisiones predecibles, permitiendo seguridad jurídica para todos los interesados.⁶⁶

Se ha estimado que el fortalecimiento del marco legal e institucional en materia de medio ambiente incentiva la litigación ambiental por parte de los ciudadanos, empresarios, el gobierno y las organizaciones ambientales no gubernamentales, generándose así un volumen de conflictos ambientales, que son legal, científica, tecnológica y económicamente complejos.⁶⁷

Se ha destacado por distintos sectores, las competencias otorgadas a los tribunales ambientales, la amplia legitimación activa para intervenir ante ellos y la incorporación de medidas cautelares atípicas o innominadas. El 15 de diciembre de 2010 se llevó a cabo la última sesión de discusión del proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales en la Comisión de Recursos Naturales. A esta fecha, el proyecto se encuentra en el Tercer Trámite Constitucional ante el Senado.⁶⁸

En cuanto a la competencia, el proyecto de ley modifica la LBGMA, pues traspasa el conocimiento de la acción de daño ambiental desde la esfera competencial de los juzgados civiles a la de los nuevos tribunales ambientales.

“Art. 16. Los tribunales ambientales tendrán competencia para conocer:

N° 2. De las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la Ley N° 19.300. Será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado”.

63 Historia de la ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 26 de enero de 2010. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia?cate=15>. (30/08/2011).

64 Mensaje N° 1419-357, ingresado el 28 de octubre de 2009, en cumplimiento del Protocolo de Acuerdo suscrito un año antes, actual Boletín N° 6747-12.

65 El proyecto original planteaba la creación de un tribunal único con asiento en la ciudad de Santiago, y que se inspiraría en la fórmula utilizada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

66 Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente recaído en el Proyecto de Ley que crea los Tribunales Ambientales.

67 Pring, George; Pring, Catherine: ¿Cuán verde es la justicia? Reflexiones acerca del Estudio Global de Cortes y Tribunales ambientales, con especial referencia a Chile. Presentación hecha en las V Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 27 al 29 de octubre de 2010. Disponible en <http://derechoambiental.uchile.cl/files/pdf/pring.pdf> (30/08/2011).

68 Con fecha 11/08/2011 se da cuenta de Oficio N° 130-2011 de la Corte Suprema. Disponible en www.senado.cl (28/08/2011).



En relación al procedimiento aplicable, el proyecto de ley incorpora un párrafo que regula la tramitación de la acción de reparación de daño ambiental, el cual constituye un procedimiento distinto de los demás que conocerán los nuevos tribunales.

Advirtiendo la necesidad de medidas cautelares acordes a los conflictos ambientales, el legislador incluyó un extenso artículo 23, el cual desarrolla en nueve incisos la regulación necesaria para que las partes, o en su defecto el juez, puedan aplicar dichas medidas con el objeto de evitar que el daño ambiental denunciado siga acrecentándose o manteniéndose durante el tiempo en que transcurre el proceso.

A continuación analizaremos en lo pertinente la norma en comento:

“Artículo 23.- De las medidas cautelares. Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado, el tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento”.

El primer inciso de la norma establece expresamente la posibilidad de que la tutela cautelar sea de naturaleza innovativa, es decir, se permite dictar medidas que otorguen provisionalmente lo que los litigantes piden en forma principal, y por lo tanto, modificando el estado de hecho existente. Este avance implica una evolución en cuanto a las características clásicas de las medidas cautelares que ya enunciamos, pues la medida cautelar puede ser exactamente idéntica a lo que se fallará en la sentencia definitiva.

“El Tribunal podrá decretar estas medidas en cualquier estado del juicio o antes de su tramitación y por el plazo que estime conveniente. Podrá disponerlas de oficio o a petición de parte. En este último caso resolverá de plano o con citación mediante resolución someramente fundada”.

El inciso segundo del artículo 23 del proyecto, permite decretar medidas atípicas incluso antes de la presentación de la demanda, lo cual recalca el carácter de urgente de estas medidas, para evitar en forma rápida y efectiva las dramáticas consecuencias del daño ambiental. Consideramos que esta medida se consolida como una medida efectiva en cuanto a la protección y preservación del patrimonio ambiental, debido a la posibilidad de ser decretada rápidamente frente a un hecho dañoso.

“Cuando se soliciten estas medidas el requirente deberá acompañar los antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal podrá exigir caución al actor particular, por un monto no superior a cien unidades tributarias mensuales, para responder de los perjuicios que podrían originarse”.

En cuanto a la acreditación del *fumus boni iuris*, el artículo 23 del proyecto exige al solicitante de la medida comprobantes del derecho reclamado en los mismos términos que lo hace el artículo 298 CPC, sin embargo innova en cuanto a que permite acompañar antecedentes relativos a los hechos denunciados, lo que a nuestro entender permite solicitar una medida cautelar apenas detectado un episodio de daño ambiental, sentando las bases para interponer la acción de reparación ambiental, pero permitiendo a los afectados solicitar primeramente el cese de la actividad dañosa para evitar así un mayor menoscabo del elemento medioambiental dañado.

En cuanto a la caución exigida al solicitante de la medida para hacer frente a los perjuicios que puedan provocarse como consecuencia de la aplicación de la misma, el inciso tercero del artículo 23 del proyecto de ley, mantiene el carácter facultativo de dicha garantía, pues utiliza el término “podrá”, sin embargo, limita el monto que puede ser solicitado, el cual no puede superar las cien Unidades Tributarias Mensuales, lo cual resulta ser un aliciente en pro del acceso a la justicia de los ciudadanos, puesto que se impide legalmente, el establecimiento de una caución exorbitante.

“Deducida oposición o pedido el alzamiento, escritos a los que debe adjuntarse la prueba documental que se estime pertinente, el Tribunal la pondrá en conocimiento de la parte contraria, citando a una audiencia dentro de un plazo no superior a diez días, en la que escuchará a las partes y resolverá la mantención, modificación o alzamiento de la medida.

En las controversias cautelares sólo se admitirá prueba documental. Las medidas decretadas se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa”.

La regulación de las medidas cautelares innominadas en este nuevo articulado es sin duda, considerablemente amplia, alcanzando incluso a los incidentes que se generen con motivo de su alzamiento, y limitando la prueba que se puede rendir en dicha oportunidad, a la estrictamente documental, posiblemente por razones de celeridad y economía procesal.

“La cautela innovativa sólo podrá decretarse ante la inminencia de un perjuicio irreparable. Si el Tribunal estimare que no concurren las circunstancias que la hagan procedente podrá, de oficio, decretar la medida cautelar que a su juicio corresponda”.

Si bien en el primer inciso se establece expresamente la posibilidad de decretar medidas innovativas, se restringe su procedencia a aquellos casos en que el daño sea verosímil en cuanto a su inminencia e irreversibilidad. Dicha indicación fue formulada por la Honorable Senadora señora Soledad Alvear, con el objeto de proteger al demandado de acusaciones infundadas, y con ello perjudicar su actividad productiva.

XII. COMENTARIO FINAL

La nueva reforma a la institucionalidad ambiental, y en especial en lo que respecta a la creación de los tribunales ambientales constituye un avance considerable para nuestro ordenamiento jurídico, dotándolo de instituciones y herramientas necesarias para otorgar protección a los ciudadanos en materia de medio ambiente, a través de organismos eficientes y mecanismos efectivos, con lo cual se fortalece el acceso a la justicia ambiental y la seguridad jurídica, permitiendo que las partes que se enfrenten en conflictos ambientales puedan optar a una solución pronta y legítima, a través de una forma considerablemente distinta a cómo eran llevados los juicios de connotación ambiental bajo la vigencia de la normativa anterior, cuyos procedimientos ante los tribunales civiles se extendían por largos años, tiempo durante el cual, el daño ambiental que motivaba la reclamación de los demandantes se volvía absolutamente irreversible, y por tanto, toda posibilidad de reparación en naturaleza se volvía imposible.



La nueva normativa ambiental permitirá equiparar las desiguales condiciones de las partes que se enfrentan en los recurrentes conflictos ambientales que se generan en nuestro país y que pronto serán conocidos por los nuevos tribunales ambientales, dotando a la ciudadanía de las herramientas necesarias para hacer valer sus derechos a través de mecanismos técnicos adecuados y herramientas jurídicas acorde al conflicto ambiental, permitiendo a los demandados, generalmente económicamente más poderosos que los demandantes, optar a una solución conforme a derecho, mediante una defensa justa y una decisión fundada.

En cuanto a las normas procedimentales, la incorporación del Art. 23 en el proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales resalta y desarrolla una herramienta efectiva, que en forma desafortunada se encuentra actualmente en desuso, pues como ha sostenido la doctrina, es probablemente la indeterminación y temor a la arbitrariedad lo que evita que los jueces las apliquen, perdiendo así toda posibilidad de desarrollo jurisprudencial, el cual resultaba necesario para configurar una normativa sólida y jurídicamente segura para los litigantes.

Bajo este nuevo escenario, caracterizado por una regulación minuciosa y certera, se espera un amplio desarrollo jurisprudencial que justamente fortalezca la seguridad jurídica respecto a los nuevos tribunales ambientales, y aumente considerablemente las posibilidades de restaurar el elemento medioambiental afectado producto de un daño ambiental, mejorando así la calidad de vida de las personas, tanto individual como comunitariamente.

Creemos que la regulación de las medidas cautelares atípicas mediante el proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales enriquece la institucionalidad en los términos que hemos señalado en los párrafos anteriores, y da cuenta de la valoración hecha por el legislador respecto de la utilidad que posee esta herramienta de acción inmediata frente a los daños ambientales, que es justamente lo que hemos sostenido a lo largo de este trabajo, y por ende reafirma las consideraciones que hemos expuesto y defendido.