

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS O INNOMINADAS EN
PROCESOS AMBIENTALES

FELIPE ANDRÉS MOLINA SAAVEDRA

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

PROFESOR PATROCINANTE: Dr. IVÁN HUNTER AMPUERO.

VALDIVIA - CHILE

2011

FELIPE MOLINA SAAVEDRA

En conformidad al Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, tengo el agrado de informar la tesis del estudiante Felipe Molina Saavedra, titulada “Aplicación de medidas cautelares innominadas en procesos ambientales”.

Para comenzar se debe indicar que el título con que se concibe la tesis está perfectamente ajustado a su contenido, puesto que el estudiante se propone justificar una aplicación amplia de las medidas cautelares innominadas en los conflictos ambientales. Para tal finalidad divide su trabajo en cuatro grandes capítulos:

En el primero, denominado “Conflictos, daños y acciones ambientales” se da cuenta de las particularidades que posee el conflicto ambiental en nuestro país, y que lo separan en gran medida del tratamiento de los conflictos patrimoniales entre privados. Importante resulta el análisis que se hace del daño ambiental y de sus particularidades, donde incluso se exponen algunos casos emblemáticos. Este primer capítulo está muy bien construido y denota un sólido conocimiento de las materias ambientales. Además permite al lector tomar conciencia de que no se trata de un daño común u ordinario, sino que uno de especiales e importantes características. Lejos es el mejor capítulo de la tesis.

El segundo capítulo da cuenta de una serie de dificultades en relación a un concepto que el estudiante denomina “acceso a la justicia ambiental”. De esta parte de la tesis resulta sumamente destacable cómo se aborda el factor tiempo en los conflictos ambientales, en especial, en el peligro de demora que se traduce en un daño irreparable para el ambiente.

En el tercer capítulo se plantea una conexión entre el principio preventivo ambiental y las medidas cautelares. Además se describen los principales conceptos estrictamente procesales acerca de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico. Finalizando este capítulo el estudiante se hace cargo del problema real de su tesis (pp. 28 a 34), estructurando una serie de argumentos que dan cuenta de una *realidad* jurídico-procesal (escasa aplicación de las medidas innominadas), y de una *necesidad* de ese mismo orden (absoluta de aplicar esas medidas a materia ambiental). La extensión de este tratamiento, desde el punto de vista estrictamente procesal, puede considerarse suficiente, aunque hubiese sido ideal su profundización. No obstante, existe un examen exhaustivo, fundamentado y bien construido, con criterios claros y acotados, que termina reafirmando su hipótesis inicial en torno a que el juez debe considerar las especialidades del conflicto medio ambiental para decretar estas medidas.

El último capítulo está destinado a dar una breve descripción de la nueva normativa en materia ambiental, recalcando el tesista que más allá de las poderosas razones prácticas, el legislador ha recogido la necesidad de implementar un sistema cautelar amplio.

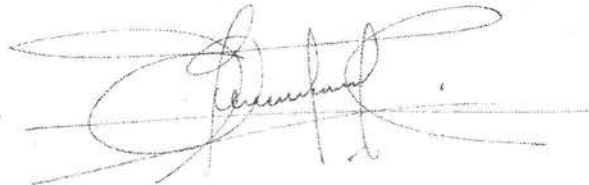
autónoma.

La tesis del estudiante Molina cumple con los umbrales de redacción y utilización del lenguaje propio de un trabajo de final de carrera. El tratamiento bibliográfico es exhaustivo y bien trabajado, y las citas se encuentran, bien confeccionadas, salvo algunas excepciones. Es un trabajo ordenado, racionalmente expuesto, con un hilo conductor bien definido, y bien redactado. Sus afirmaciones se encuentran adecuadamente fundamentadas.

Sin lugar a dudas se trata de una tesis que constituye un aporte significativo y una investigación cien por ciento genuina. Ese esfuerzo se merece una calificación sobresaliente que de no ser por la falta de profundización de algunas materias procesales sería la máxima posible.

Todo lo anterior, este profesor es de evaluar con nota 6,9 (seis coma nueve) la tesis del referido estudiante.

Se autoriza su empaste.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Iván Hunter Ampuero', written over a set of horizontal lines.

Iván Hunter Ampuero

Profesor Patrocinante

APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN PROCESOS AMBIENTALES

Introducción.....	Pág. 1.
Capítulo I: Conflictos, daños y acciones ambientales.....	Pág. 3.
1. La génesis de la preocupación medio ambiental.....	Pág. 3.
2. Conflictos ambientales en Chile.....	Pág. 4.
3. El concepto de medio ambiente.....	Pág. 5.
4. Valoración jurídica del medio ambiente.....	Pág. 5.
5. Daño ambiental: conceptos y características.....	Pág. 8.
5.1. Concepto de daño ambiental.....	Pág. 8.
5.2. Características distintivas del daño ambiental.....	Pág. 9.
5.3. Clasificación de los daños ambientales.....	Pág. 10.
5.4. Casos de daños ambientales.....	Pág. 11.
6. Acciones judiciales de relevancia en materia ambiental.....	Pág. 12.
6.1 El Recurso de protección ambiental.....	Pág. 12.
6.2 La acción de reparación ambiental o acción ambiental.....	Pág. 13.
6.3 Acción preventiva de daños del Artículo 2333 CC en materia ambiental.....	Pág. 14.
Capítulo II: Dificultades en el acceso a la justicia ambiental.....	Pág. 16.
1. Distinciones entre justicia ambiental y acceso a la justicia.....	Pág. 16.
2. Desarrollo del acceso a la justicia ambiental en América Latina.....	Pág. 17.
3. Problemas provenientes de la jurisdicción en relación al acceso a la justicia ambiental.....	Pág. 18.
4. Consideraciones en cuanto a la extensión temporal del proceso.....	Pág. 19.
Capítulo III: Principio precautorio del Derecho Ambiental y sus relaciones con las medidas cautelares en materia.....	Pág. 23.
1. Aplicación general del principio preventivo ambiental.....	Pág. 23.
2. Las medidas cautelares: concepto y clasificación.....	Pág. 25.
3. Características de las medidas cautelares clásicas.....	Pág. 26.
4. Medidas cautelares innominadas en nuestro ordenamiento procesal civil: el artículo 298 CPC.....	Pág. 28.
5. Medidas cautelares innominadas y su utilidad en procesos ambientales.....	Pág. 29.
6. ¿Tiene aplicación actual el Art. 298 CPC?.....	Pág. 32.
Capítulo IV: Proyecciones a la luz de la Nueva Institucionalidad Ambiental.....	Pág. 35.
1. Breve descripción de la ley N° 20.417 y del proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales.....	Pág. 35.
2. Análisis de la nueva normativa a la luz de nuestro estudio.....	Pág. 36.
3. Comentario final.....	Pág. 38.
Conclusiones.....	Pág. 40.

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 se haya dictado sentencia definitiva que ponga fin al conflicto ambiental cuyo conocimiento ha sido entregado a los tribunales competentes.

La escasa innovación de los jueces frente a los procesos de connotación medioambiental, delata un fuerte temor a utilizar una herramienta, que si bien se encuentra absolutamente vigente, no es utilizada por los litigantes ni tampoco otorgada cuando ha sido solicitada, pues obliga a los jueces a incurrir en caminos cercanos a la arbitrariedad, lo que ha sido obstáculo a un necesario desarrollo jurisprudencial de esta institución.

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 la tesis- 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 lograr nuestro cometido hemos desglosado la presente investigación en cuatro capítulos: en el primero hemos profundizado en lo relativo a los conflictos ambientales, específicamente en lo que respecta a sus causas y como se han desarrollado en nuestro país, para luego revisar los alcances del concepto de medio ambiente y de daño ambiental. En este mismo apartado hemos revisado las acciones vigentes en nuestro ordenamiento jurídico a las que pueden recurrir los afectados por daños inferidos al medio ambiente.

En el segundo capítulo abordaremos las dificultades en el acceso a la justicia ambiental, para lo que distinguiremos entre el concepto de justicia ambiental y acceso a la justicia evitando así caer en errores conceptuales. Luego, repasaremos el desarrollo que la justicia ambiental ha tenido en América Latina, con el objeto de advertir los problemas que aún subsisten en dicha materia y que sumados a los problemas propios de acceso a la justicia dificultan aún más los litigios de connotación ambiental, poniendo énfasis en lo que respecta a la extensión temporal del proceso.

En el tercer capítulo justificaremos la necesidad de interpretar las normas procesales a la luz del principio precautorio del Derecho Ambiental, fundamentando así la aplicación de las medidas cautelares innominadas como herramienta procesal idónea para frenar el daño ambiental en sede jurisdiccional, para ello analizaremos en profundidad el género de las medidas cautelares en cuanto a características y clasificaciones, y especialmente las medidas cautelares amplias contenidas en el artículo 298 CPC, en cuanto a su aplicación práctica y desarrollo teórico.

El último apartado de este trabajo analiza nuestras afirmaciones a la luz de la reciente

reforma a la institucionalidad ambiental, consistente en la creación de los nuevos tribunales ambientales y los nuevos procedimientos a través de los cuales dichos tribunales conocerán de la acción de reparación ambiental, asunto de capital importancia para nuestro estudio pues se incorpora una nueva regulación de medidas cautelares atípicas.

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.

Capítulo I: Conflictos, daños y acciones ambientales

1. La génesis de la preocupación medio ambiental.

La protección del medio ambiente constituye desde hace algunas décadas una preocupación fundamental de la sociedad actual, siendo su principal objetivo, el 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.

Podemos indicar como causa de la preocupación medioambiental el acelerado crecimiento de las sociedades industriales modernas y las diversas relaciones económico-sociales que dicho crecimiento ha suscitado, el cual se ha acentuado en los últimos sesenta años,¹ impulsando la aparición de intereses paralelos o anexos a este desarrollo y que se han caracterizado por abandonar los intereses individuales, para comenzar una progresiva defensa de intereses globales.

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.²

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; disminución 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.³

El comienzo de las manifestaciones globales y concretas de esta nueva conciencia se encuentra en la aprobación de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 16 de junio de 1972 en Estocolmo y reafirmada el año 1992 con la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, emanando de ellas principios que influirían en todas las normativas medioambientales de los países suscritos, entre ellos Chile.⁴

¹ El crecimiento económico en América Latina, a partir de la segunda posguerra mundial estuvo basado en un modelo que promovía el uso intensivo de los recursos naturales y de la energía, según BRAÑES BALLESTEROS, RAÚL: “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.

² *Ibid.* PALOMO VÉLEZ, DIEGO: “Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la litis individual”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Volumen XIV, julio de 2003, págs. 187-201.

³ *Ibid.* 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> (15/07/2010). *passim*.

⁴ El Principio I de dicha Conferencia establece que “el hombre tiene un derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a condiciones de vida satisfactorias, en un medio ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y

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.⁵

2. Conflictos ambientales en Chile.

En nuestro país se han dado condiciones fácticas ideales para que exista una preocupación tanto de las autoridades como de la sociedad civil por las afectaciones al medio ambiente, y por ello, junto con el auge del desarrollo normativo en materia ambiental se han gestado diversos conflictos que denominaremos “ambientales” ya que el motivo que lo inicia son acciones que socialmente son apreciadas como negativas o nocivas para la calidad de vida de la población humana y de las nuevas generaciones⁶.

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, los que implican un alto impacto ambiental⁷ 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.⁸

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 los proyectos de alto impacto ambiental, 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”⁹, lo que encuentra plena coincidencia con la promulgación en el año 1994 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.¹⁰

En términos cuantitativos, entre los años 1974 y 1999 se registraron al menos 48 casos de conflictos ambientales de diversa magnitud y tipología¹¹, los que se han seguido y seguirán

bienestar. Tiene el solemne deber de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras”.

⁵ BRAÑES, R. *Op. Cit.*, pág. 85.

⁶ Cfr. CORRAL TALCIANI, HERNÁN: “El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen I, N°1, 1999, págs. 79-93.

⁷ Cfr. SABATINI DOWNEY, FRANCISCO; SEPÚLVEDA LUQUE, CLAUDIA: *Conflictos ambientales, entre la globalización y la Sociedad Civil*, Publicaciones CIPMA, Santiago, 1997, pág. 23.

⁸ Fueron importantes en nuestra historia de conflictos ambientales el proyecto Río Cóndor, 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 Bío Bío 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 una dudosa 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 AZOCAR ZAMUDIO, ANDRÉS: *Tompkins: el millonario verde*, Universidad Diego Portales, Editorial La Copa Rota S.A., Santiago, 2007, págs. 13-14.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Ley N°19.330, de Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de marzo de 1994. En lo sucesivo LBGMA.

¹¹ ALDUNATE BALESTRA, CARLOS: *El factor ecológico, Las mil caras del pensamiento verde*, LOM Ediciones, Santiago, 2001, pág. 248.

produciendo en mayor número y trascendencia.

¿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.

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 inversión¹² con alto impacto ambiental o que imponen fuertes cargas ambientales a dicha comunidad¹³.

3. El concepto de medio ambiente.

El concepto de medio ambiente es de aquellos que poseen cierta dificultad a la hora de definirlos, pues existen diversas acepciones de él, dependiendo del área de la cual provenga, discusión que se encuentra fuera del alcance de este trabajo.

Para efectos de esta investigación tendremos presente el concepto doctrinario de medio ambiente formulado por el profesor Rafael Valenzuela, quien define medio ambiente como “un sistema ecológico, o más precisamente un acoplamiento organizado de subsistemas ecológicos funcionalmente interdependientes, constituidos a su vez, por factores dinámicamente interrelacionados”.¹⁴ Por su parte, la LBGMA, para evitar conflictos interpretativos, define el concepto de medio ambiente en su artículo 2 letra II) en los siguientes términos: “un sistema global constituido por elementos naturales, artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”, definición jurídica que según autorizada doctrina “refleja una concepción amplia del ambiente, que incorpora el entorno artificial o construido, y el cultural, además del entorno natural”.¹⁵

4. Valoración jurídica del medio ambiente.

Desde una perspectiva dogmática, el medio ambiente es considerado unánimemente como un bien jurídico¹⁶, es decir, como una realidad que es objeto de consideración y protección por el Derecho, sin embargo, aún subsiste la discusión en torno a si la protección jurídica que ostenta el medio ambiente es directa o indirecta. Se ha acogido por la doctrina nacional que dicha protección es directa o autónoma, justamente debido a la naturaleza de bien jurídico autónomo del medio ambiente.¹⁷

Esta consideración del medio ambiente como bien jurídico independiente, se ha dado

¹² SABATINI DOWNEY, FRANCISCO; SEPÚLVEDA LUQUE, CLAUDIA. *Op. Cit.*, pág. 30.

¹³ 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*, Volumen XXIII, N°1, julio 2010, págs. 9-36.

¹⁴ BORQUEZ YUNGE, JOSÉ: *Introducción al Derecho Ambiental chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pág. 325.

¹⁵ 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*, Volumen XXIII, N°1, julio 2010, págs. 9-36.

¹⁶ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Editorial Aranzadi, Navarra, 1999. pág. 344.

¹⁷ Cfr. PALOMO, DIEGO: *Op. Cit.*

también en doctrina extranjera, sosteniéndose que “la tutela de la persona humana, en su salud, bienes y vida, debe enfatizarse en destacar que el ambiente es un bien jurídico autónomo, tutelado por el orden jurídico...”¹⁸

La valoración del medio ambiente como un bien jurídico autónomo es relativamente nueva, ya que originariamente eran bienes jurídicos clásicos como la vida o la salud de las personas, los que contenían a lo que entendemos actualmente como medio ambiente. En otros términos, el hecho de contaminar un río en forma irreparable, era una cuestión grave por la afectación que se provocaba a la salud de las personas que pudiesen beber sus aguas contaminadas, y no por el daño infringido a la naturaleza.

En consecuencia, el medio ambiente puede ser dañado al igual que la salud o el patrimonio de las personas, incluso en forma independiente, “sin recaer específicamente en personas o cosas jurídicamente tuteladas, afectando en forma mediática la calidad de vida de los diversos seres en el planeta”¹⁹ y por tanto, dichos daños pueden ser reparados e indemnizados legítimamente.

La preocupación por el medio ambiente ha generado una paulatina valoración de intereses sociales o de titularidad difusa sobre él, es decir, han surgido derechos cuya pertenencia es compartida por una comunidad.

Siguiendo cierta doctrina extranjera, los intereses difusos son “los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto son integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción de fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente a los integrantes del conjunto comunitario”.²⁰

Haciendo un breve repaso de las características generales de la normativa ambiental, se ha indicado que el Derecho Ambiental posee una naturaleza bifrontal, ya que aloja intereses individuales y plurales, junto a elementos, principios y reglas propias, toda vez que logra manifestarse en diversas ramas clásicas del Derecho, en forma totalmente interdisciplinaria.²¹

La anterior aseveración revela el por qué profundizaremos en una institución netamente procesal, como son las medidas cautelares, a la luz de las necesidades que plantean los conflictos ambientales y los principios del Derecho Ambiental. Sostenemos que una aplicación eficaz de la normativa ambiental requiere una relectura de las instituciones clásicas, a través de la complementariedad de los principios propios de estas ramas con aquellos que emanan del Derecho Ambiental.

La protección del medio ambiente como bien jurídico ha sido consagrada constitucionalmente en la mayoría de las cartas fundamentales modernas, acorde con los

¹⁸ MOSSE ITURRASPE, JORGE; HUTCHINSON, TOMÁS; DONNA, EDGARDO: *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999. pág. 76.

¹⁹ CAFFERATTA, NESTOR: “Régimen de responsabilidad objetiva por daño ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de Universidad de Chile, N°3, julio de 2009, pág. 84.

²⁰ STIGLITZ, GABRIEL: *La responsabilidad civil: nuevas formas y perspectivas*. Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1984, págs. 24-25, citado por *ibid.* pág. 77.

²¹ *Cfr. Ibid.* pág. 76.

mandatos internacionales emanados de las distintas declaraciones en la materia, las cuales ya hemos mencionado²².

Lo que autorizada doctrina extranjera ha denominado constitucionalismo ambiental, ha logrado -especialmente en los estados de América Latina- incorporar disposiciones de naturaleza ambiental en sus constituciones, estableciendo primero el deber de proteger el medio ambiente; y segundo, extender a la sociedad en su conjunto dicha obligación de protección, autorizando restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales; y finalmente, estableciendo el ya mencionado derecho al medioambiente apropiado, junto con los demás derechos fundamentales y la garantía de su ejercicio.²³

En nuestro marco normativo, la protección al medio ambiente se ha materializado en normas de diverso rango jerárquico. Así, la Constitución Política de la República de Chile de 1980 -en adelante CPR- establece dentro del catálogo de derechos fundamentales, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, lo que da cuenta de la importancia que se le atribuye al medio ambiente, pues dicha garantía se incorporó en el Capítulo III de nuestra Carta Fundamental, el que contiene los deberes y derechos constitucionales del Estado, pues a través de la protección del medio ambiente, se mantienen las condiciones aptas para el desarrollo de la vida, siendo esta la única vía para lograr el desarrollo y la dignidad de las personas.

En el año 1994 se promulgó la LBGMA, reconociéndose expresamente en el Mensaje Presidencial del correspondiente proyecto de ley que, “la naturaleza de Chile se encuentra hoy fuertemente presionada por las exigencias que plantea el desarrollo. Los esfuerzos de los chilenos para lograr el bienestar económico ha comprometido seriamente la capacidad de nuestras riquezas naturales y del medio ambiente”,²⁴ lo cual constituye la fuente material de dicho cuerpo normativo. La promulgación de la LBGMA constituyó un primer paso en la creación de una institucionalidad ambiental sólida y dirigida a atender las diversas problemáticas ambientales que se venían gestando desde las últimas décadas del siglo XX, la misma institucionalidad que en el año 2010 ha sido reformada para cumplir dicho objetivo acorde a los requerimientos demandados por el actual desarrollo económico, el cual se ha intensificado considerablemente desde 1994.²⁵

Luego, tenemos que el gran desarrollo de la normativa ambiental en nuestro ordenamiento ha sido por medio de la dictación de una abundante cantidad de normas reglamentarias o de carácter administrativo, habiéndose dictado entre los años 1993 a 2004 más de mil quinientas normas de esta naturaleza²⁶.

²² GONZÁLEZ, FRANCISCO: “¿Es el derecho a vivir en un medio ambiente sano y adecuado un derecho humano reconocido como tal? ¿cómo construir una adecuada tutela jurídica?”, en *Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Volumen XXVIII, N°2, 2001. pág. 274.

²³ BRAÑES BALLESTEROS, RAÚL: “Tres décadas de evolución del derecho ambiental y su aplicación en América Latina”, en MAIN SANCHA, MARCELA (Org.): *Op. Cit.*, pág. 87.

²⁴ *Historia de la Ley N°19.300 Bases del Medio Ambiente*, Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19300/HL19300.pdf>. (15/09/2010).

²⁵ 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 de 2010.

²⁶ RAMÍREZ SFEIR, DANIELLA *et al*: “*Actualización de normativa de relevancia ambiental y poblamiento de una base de datos de legislación ambiental: período año 1993-2004*”, (recurso electrónico) memoria de tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2006. *passim*.

5. Daño ambiental: concepto y características.

5.1 Concepto de daño ambiental.

Es imperante definir y luego establecer las características especiales que posee el “daño ambiental”, con el fin de esclarecer tanto el alcance del mismo, como el punto de partida de los conflictos ambientales.

Destacada doctrina nacional ha planteado las siguientes interrogantes ¿Qué debe entenderse por daño medioambiental? ¿Cuándo se daña el medio ambiente? ¿Basta cualquier alteración del entorno por la conducta humana para que pueda hablarse de perjuicio ambiental?²⁷ El mismo autor previene que una concepción amplia de daño ambiental podría generar que no habría acción u omisión humana que no pudiera ser calificada de actual o potencialmente dañina.²⁸ Por otro lado, en la doctrina española se sostiene que un “concepto restringido en exceso reduciría las posibilidades de establecer un modelo económico de desarrollo sostenible”.²⁹

La LBGMA define en su artículo 2 letra g) daño ambiental, como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo³⁰ inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”. Dicho concepto posee un amplio campo de aplicación que se extiende tanto a daños causados a bienes biológicos como socioculturales³¹, existiendo *a priori* la necesidad de que el daño se haya producido efectivamente, exigiéndose que exista una relación causal entre el hecho culposo o doloso y el daño significativo.

Con respecto a la amplitud del concepto de daño ambiental, hacemos nuestras las aprensiones de Corral Talciani, pues ésta no resulta ser una cuestión menor, ya que al determinar la amplitud de dicho concepto se fija la intensidad de la protección que se le otorga al medio ambiente.

En la medida que el concepto de daño ambiental es más amplio, una mayor cantidad de situaciones serán tachadas como ambientalmente dañosas, impidiendo su ejecución. Si radicalizamos lo anterior, podríamos lograr una disminución en el desarrollo económico del país, debido a que una mayor cantidad de actividades productivas no podrían ser llevadas a cabo, pues todas producen algún daño o impacto ambiental.

Al ser incluido el término “significativo” en el concepto legal de daño ambiental, se logra abreviar relativamente la cantidad de casos que pueden quedar comprendidos por dicho concepto, exigiéndose cierta intensidad para calificar un hecho como ambientalmente dañoso, y por tanto, también se limita la procedencia de las acciones pertinentes para hacer efectiva la responsabilidad ambiental, pues éstas sólo procederán frente a una “pérdida, disminución o detrimento significativo del medio ambiente o de uno o más de sus componentes”.

²⁷ CORRAL TALCIANI, HERNÁN: “El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen I, N°1, 1999, págs. 79-93.

²⁸ *Cfr. ibid.*

²⁹ *Cfr.* GOMIS CATALÁ, LUCIA: *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 63.

³⁰“ La determinación de si el daño es o no significativo, corresponde, precisamente, a la jurisprudencia, en base a las pretensiones que se le presenten, ir creando un concepto dinámico y flexible que pueda ser aplicado en cada caso particular”. *Rol 638-2006, I. C. de de Puerto Montt (ap.)*

³¹ RUIZ PIRACÉS, ROBERTO: “Hacia un nuevo tratamiento jurídico del daño ecológico en la ley ambiental chilena”, en *Revista Ambiente y Desarrollo*, CIPMA, Vol. XII, N°4, 1996, págs. 50-57.

Resulta también pertinente considerar que mediante el desarrollo administrativo de las normas que establecen los niveles máximos de impacto o contaminación ambiental, y la evaluación a la que debe ser sometida previamente toda actividad o proyecto susceptible de producir daños al medioambiente, se ha establecido en forma implícita una clasificación que distingue entre daños no previstos por el Sistema de Evaluación Ambiental³² -en adelante SEIA-, caso en que el titular del proyecto “responderá (ambientalmente), sólo si se comprueba un comportamiento doloso o culposo y la relación causa a efecto entre esa conducta y el daño”³³; daños previstos pero no autorizados, es decir, que “se previeron como de posible ocurrencia durante la ejecución del proyecto o actividad, se consideraron evitables, y con tal propósito se exigieron medidas de prevención o de control”³⁴, siendo responsable el titular en caso que el daño se produzca debido a que las medidas no fueron ejecutadas de acuerdo a lo contemplado en el Estudio o Resolución. Ese mismo incumplimiento podrá ser considerado constitutivo de negligencia o descuido, y permitirá, junto con la prueba del vínculo causal, exigir la responsabilidad del titular.

Finalmente tenemos impactos significativamente adversos, los que pueden llegar a constituir daños irreversibles, y que son considerados previstos, mas no autorizados, pues dada la imposibilidad de ser evitados por la actividad o proyecto aprobado por el SEIA, el titular está obligado a ejecutar medidas de compensación. Según Corral Talciani, estos son “daños autorizados por el Estado, por cumplir con el objetivo de la LBGMA de hacer compatible el interés de otorgar protección del medio ambiente con el de fomentar el desarrollo económico.”³⁵ A mayor abundamiento, cabe indicar lo sostenido por Hunter Ampuero, quien aboga por una aplicación de la responsabilidad civil a las actuaciones realizadas en virtud de una actuación administrativa o en cumplimiento de la normativa sectorial, en contra de la postura que sostiene la exclusión de la responsabilidad civil toda vez que se produzca un daño habiendo cumplido la normativa respectiva³⁶.

5.2 Características distintivas del daño ambiental.

Desde el punto de vista fáctico, se sostiene que todo daño ambiental posee características que lo diferencian de otros tipos de daños, como son la velocidad, la imperceptibilidad y la irreversibilidad, 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

³² “...Lo que un sistema de evaluación ambiental busca, ante todo, es gestionar riesgos jurídicamente tolerados, prevenir aquellos efectos que no estamos dispuestos a tolerar, y hacerse cargo de aquellos efectos que la sociedad está dispuesta a sobrellevar”. ARANDA ORTEGA JORGE: “Comentario a la sentencia de apelación de la acción de protección en caso Javier Nahuelpan y otros con COREMA Región de Los Ríos”, disponible en www.microjuris.com. (07/02/2011).

³³ CORRAL TALCIANI, HERNÁN: “El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Volumen I, N°1, 1999, pág. 79-93.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ HUNTER AMPUERO, IVÁN: “La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Volumen XVIII, N°2, diciembre de 2005, págs. 9-25.

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.³⁷

5.3 Clasificación de los daños ambientales.

Autorizada doctrina española ha agrupado los daños ambientales en función de sus principales características en el siguiente esquema:³⁸

A) Daños colectivos: siendo la característica más clara y notoria, y que recuerda la necesidad de adoptar mecanismos para satisfacer las demandas presentadas por una misma actividad dañosa. Esta particularidad resulta graficada en que la mayoría de las demandas son interpuestas por un conjunto de personas.

B) Daños continuados: los daños ambientales son producidos por acciones que no pueden ser determinadas en un punto específico de tiempo. A través de un análisis de las sentencias del Tribunal Supremo Español, el autor destaca la existencia de tres situaciones posibles, subclasificando los daños continuados de la siguiente manera:

B.1) Daños continuados en sentido estricto: son aquellos originados por una sucesión de actos. Podría también denominarse que se trata de un acto complejo, cuya realización se prolonga en el tiempo.

B.2) Daños continuados permanentes: son aquellos causados por un único acto, perfectamente localizable en un único punto temporal, cuyos efectos se dilatan o trascienden a lo largo del tiempo.

B.3) Daño continuado progresivo: que es el producido por una serie de actos sucesivos cuya conjunción provoca un daño mayor que la suma de cada uno de los daños individualmente producidos por cada acto lesivo.

El carácter difuso del daño ambiental se plantea no sólo respecto de los sujetos afectados, sino también respecto de la identificación del agente productor del daño, generándose una situación de alta complejidad en materia de prueba, pues se necesitará abundante material probatorio de naturaleza científica.

No cabe duda que 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 son la parte más

³⁷ Cfr. FERNÁNDEZ BITTERLICH, PEDRO: *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pág.124.

³⁸ DE MIGUEL PERALES, CARLOS: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 94-96.

pobre de la población, probablemente porque habitan en aquellas zonas de las ciudades que limitan con los sectores industriales, estando más expuestos a los riesgos que ello implica³⁹. 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 altos, donde el aire es puro y cuentan con amplias áreas verdes.⁴⁰

5.4 Casos de daños ambientales.

Un ejemplo de la complejidad de los daños ambientales lo constituye el naufragio en enero de 1993 del barco petrolero *The Braer*, en las Islas Shetland, ubicadas al suroeste de Noruega y Gran Bretaña, donde a diferencia de muchos otros desastres medioambientales, la causa de éste pudo ser rápidamente identificada, se supo exactamente cómo y cuándo tuvo lugar el contacto entre sustancias contaminantes y el entorno natural y sus efectos inmediatos pudieron ser claramente observados; sin embargo, pese a esas ventajas enumeradas, aún no existe certeza en torno a la magnitud del daño ocasionado y al que puede producirse a corto y largo plazo.⁴¹

Frente a estas especialísimas características del daño ambiental, podemos sostener la necesidad de un proceso célere y libre de dilaciones indebidas con el objeto de evitar, en algunos casos, que se siga produciendo el hecho dañoso, y en otros, la producción de un daño mayor. Sin embargo, ello no sucede en la mayoría de los casos, pues en materia ambiental dichos procesos suelen extenderse largamente, no siendo extraño que entre la interposición de la demanda y la dictación de una sentencia de primera instancia transcurra una cantidad considerable de tiempo, sin tomar en cuenta el lapso temporal por el cual ese daño ya se encuentra produciéndose en forma imperceptible.

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.⁴²

En julio del año 1999 fue interpuesta por los vecinos afectados, una demanda por daño ambiental contra la Sociedad *Promel Ltda.*, y la *Cía. CPA 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, frente a la cual es recurrida de casación también por ambas

³⁹ *Las comunas más contaminadas de Chile: pobres y con alto desempleo*. El Mercurio, 20 de febrero de 2011.

⁴⁰ *Cfr.* MOSSE ITURRASPE, JORGE; HUTCHINSON, TOMÁS; DONNA, EDGARDO: *Op. Cit.*, pág. 75.

⁴¹ *Cfr.* GOMIS, LUCIA: *Op. Cit.*, pág. 74.

⁴² 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. (15/08/2010).

partes, emitiendo la Corte Suprema, su dictamen respecto a los recursos interpuestos el 30 de mayo de 2007.⁴³ Es decir, existió un conflicto ambiental judicializado que se extiende 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?

6. 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.

6.1 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 CPR⁴⁴, para tutelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuando sea afectado.⁴⁵ La principal fortaleza de éste “...procedimiento de urgencia, es la posibilidad de obtener una eficiente medida cautelar, como es la orden de no innovar...”⁴⁶

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 del que hemos descrito).⁴⁷

Reconocemos que existe una confusión en cuanto a la naturaleza del recurso de protección, generada por la manera en que se han comprendido las medidas cautelares que se

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Art. 20 inc. 2º CPR: Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 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.

⁴⁵ *Cfr.* BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: *Tutela jurisdiccional del medio ambiente*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2005, pág. 326.

⁴⁶ BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (2/09/2010).

⁴⁷ OLMEDO BUSTOS, JUAN PABLO: “Recurso de protección y medio ambiente”, en *Éxitos y fracasos en la defensa jurídica del medio ambiente*, FUNDACIÓN TERRAM, Santiago, 2002, págs. 25 y siguientes.

pueden decretar en su procedimiento, pues como señala Andrés Bordalí, el recurso de protección solo es un "... proceso sumario especial dispuestos para otorgar una tutela urgente a los derechos constitucionalmente reconocidos", dentro del cual es posible dictar medidas cautelares tradicionales "...como una orden de suspensión o una orden de no innovar",⁴⁸ por lo tanto, sería un error comprender esta institución como una manifestación más de la tutela cautelar.

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. Igualmente, podemos llegar a concluir que la intervención de los tribunales de justicia en los conflictos ambientales atraviesa una crisis que se debe a las dificultades que -como veremos más adelante- presenta el sistema de acciones vigente, sobre todo en la tutela de intereses colectivos.⁴⁹

6.2. La acción de reparación ambiental o acción ambiental.

La LBGMA significó un avance indiscutible pues estableció un régimen de responsabilidad por daño ambiental que incluye una acción de reparación ambiental, la cual se encuentra consagrada en el Artículo 53 de ley:

"Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado".

Esta acción significa a nuestro juicio, una herramienta de extrema utilidad a favor de los ciudadanos en pro de su acceso a la justicia ambiental, pues estos se encuentran legitimados para impetrarla frente a la afectación del medio ambiente por un hecho u omisión dañosa, permitiéndoles tener la posibilidad de un proceso de lato conocimiento del asunto, y en definitiva, una solución de fondo al problema, lo que como indicábamos anteriormente, resulta superar a la hasta entonces única herramienta a favor de los ciudadanos existente hasta el año 1994, el recurso de protección.

Como se indica en el Art. 53 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 ser ello posible, restablecer, al menos, sus propiedades básicas".

En la práctica, se ha denominado también "acción verde", pues tiene por objeto exclusivo la reparación del elemento del medio ambiente dañado y no la indemnización pecuniaria del mismo como forma de resarcir el daño producido, pues obliga al responsable del daño a restablecer las cosas a un estado igual -o si ello no es posible- similar a como estaban en un momento anterior a la perpetración del daño.

Sin embargo, un problema que la tramitación de esta acción presenta es justamente su

⁴⁸BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: "Diversos Significados de la Tutela Cautelar en el Proceso Civil", en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XII, 2001, págs. 51-66.

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 138.

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 parece haber acaecido en el Santuario Carlos Andwandter”.⁵⁰

6.3 Acción preventiva de daños del Artículo 2333 CC en materia ambiental.

El conflicto ambiental enfrenta a la comunidad contra el Estado y los privados con mayores recursos económicos, a veces conjuntamente y otras en forma separada, o sólo contra uno de dichos actores.⁵¹ No obstante, el punto de partida del conflicto ha sido siempre la producción o el peligro concreto de que se produzca un daño ambiental con motivo de un determinado proyecto económico-industrial o de infraestructura.

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 solo originaría inseguridad jurídica e incluso, una “limitación inadecuada al ejercicio de los propios derechos”⁵².

¿Existe en nuestro ordenamiento jurídico alguna acción que pueda ser interpuesta frente al peligro de daño y por tanto ser de extrema utilidad en materia medioambiental tal como en el caso argentino?

Siendo escasamente utilizada por los operadores jurídicos, la acción preventiva de daños contenida en el Art. 2333 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 algunas de éstas podrá intentar la acción”.

Según el profesor Diez Schwerter, la acción del Art. 2333 del Código Civil constituye una importante innovación introducida por Andrés Bello⁵³, 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 jurídica⁵⁴, pública o privada; el juez, al acogerla, tiene la facultad de decretar las medidas que estime pertinentes para evitar la producción efectiva del daño⁵⁵; y además no posee el carácter de prescriptible.⁵⁶

⁵⁰ BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (2/09/2010).

⁵¹ ALDUNATE, C: *Op. Cit.*, pág. 249.

⁵² MOSSE ITURRASPE, JORGE; HUTCHINSON, TOMÁS; DONNA, EDGARDO: *Op. Cit.*, pág. 157.

⁵³ DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS: “Notas sobre la acción preventiva de daños del Artículo 2333 del Código Civil: A propósito de un fallo reciente”, en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, año LXXIII, 2005, N° 217-218.

⁵⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 359.

⁵⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Universitaria, Santiago, 1943, pág. 219.

⁵⁶ *Cfr.* CORRAL TALCIANI, HERNÁN: *Op. Cit.*, pág. 362.

Para Diez Schwerter, 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 artículo 2333 CC.⁵⁷

La doctrina española ha sostenido que las dos características que debe cumplir todo daño para generar responsabilidad son que este sea un daño cierto y que afecte a una víctima concreta, esto es, que sea personal. Sin embargo, se advierte que en materia de daños ambientales surgen dificultades en cuanto a su certeza⁵⁸ y al carácter personal del interés lesionado,⁵⁹ lo que confirmaría que la posibilidad de interponer la acción preventiva de daños del artículo 2333 CC resulta de extrema utilidad atendida las especiales características del daño ambiental, como es la indeterminación de los sujetos afectados, y que incluso permite elevar la protección a los elementos del medio ambiente, superando el requisito de “significativo” del daño para poder impetrar alguna acción, y en definitiva solicitar una medida cautelar para evitar un mayor deterioro o un daño irreparable.

Con respecto a este punto podemos concluir que tanto la doctrina extranjera como la nacional, han esbozado la posibilidad de solicitar a la judicatura algunas medidas tendientes a evitar o prevenir la producción de un daño verosímil, atendiendo especialmente a la imposibilidad de reparación *a posteriori*, debido a la naturaleza del objeto de reparar y a lo oneroso que ello resultaría.

⁵⁷ Cfr. DIEZ SCHWERTER, JOSÉ: *Op. Cit.*, pág. 319.

⁵⁸ Afirmar que el daño debe ser cierto significa afirmar que no existen dudas sobre su realidad. No obstante, cuando del medio ambiente se trata, es fácil intuir, por una parte, las numerosas dificultades que surgen a la hora de probar la existencia misma del daño, y por otras, las dudas científicas que constantemente se plantean y que todavía no parecen estar resueltas. *Vid.* GOMIS CATALÁ, LUCÍA: *Op. Cit.*, pág. 73.

⁵⁹ Cfr. *Ibid.*

Capítulo II: Dificultades en el acceso a la justicia ambiental.

1. Distinciones entre justicia ambiental y acceso a la justicia.

Considerando que en páginas anteriores hemos utilizado el concepto de justicia ambiental, es pertinente aclarar que este concepto se diferencia de lo que los procesalistas entienden por acceso a la justicia. En efecto, el concepto al que hemos aludido comprende mucho más de lo que nos interesa (la posibilidad de obtener la reparación de daños inferidos al medio ambiente como solución de un conflicto ambiental) incluyendo aspectos tan dinámicos y por cierto ajenos al aspecto judicial.

El acceso a la justicia en materia de medio ambiente apunta a tres cuestiones: primeramente, al derecho a la información y participación de la comunidad en la toma de decisiones; luego, a las acciones de defensa y reparación del medio ambiente dañado por actividades contaminantes; y, en tercer lugar, al velar por el cumplimiento de la normativa medioambiental⁶⁰. Ideas o elementos que se han materializado en mecanismos destinados a responsabilizar a los gobiernos y asegurar que la normativa sectorial sea cumplida.

Según lo anterior, cuando en este trabajo, hemos utilizado el concepto acceso a la justicia, ha sido en referencia sólo a uno de los elementos del mismo, es decir, a la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales para obtener un pronunciamiento judicial respecto a un conflicto ambiental, o en palabras de Brañes Ballesteros, a la “posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”⁶¹

Esta aclaración permite evitar confundir el concepto de justicia ambiental, con lo que la doctrina procesalista ha discutido desde antaño con respecto al acceso a la justicia en un sentido lato.

Al margen de la discusión que clásicamente se ha sostenido sobre la naturaleza del derecho de acción que poseen los justiciables, asunto absolutamente lejano de las fronteras de este estudio, y por tanto sólo mencionable como un elemento de lo que se ha entendido por acceso a la justicia, esto es, la posibilidad de los ciudadanos de acceder libremente a los órganos jurisdiccionales para obtener una concreta tutela jurisdiccional, o lo que la doctrina procesal española ha entendido como uno de los derechos básicos de los justiciables.⁶²

En efecto, hablar en términos estrictamente procesales sobre el acceso a la justicia significa -según ha entendido parte de la doctrina- hacer referencia a los derechos que tienen los justiciables frente al Estado, a que éste disponga jueces que ejerzan su potestad jurisdiccional toda vez que sea necesario; una concreción del derecho anterior frente a los jueces requeridos para que estos resuelvan el conflicto sometido a su conocimiento; y un derecho frente al Juez competente para que si las partes alegan y prueban sus afirmaciones fácticas y jurídicas se les

⁶⁰ PRING, GEORGE; PRING, CATHERINE: *Creating and improvising environmental courts and tribunals*. The Access Initiative World Resources Institute, Denver, 2009. Disponible en <http://www.accessinitiative.org/blog/2010/01/greening-justice-creating-and-improving-environmental-courts-and-tribunals> (15/01/2011).

⁶¹ BRAÑES BALLESTEROS, RAÚL: *Op. Cit.*, pág. 136.

⁶² ACOSTA ESTÉVEZ, JOSÉ: *Los derechos básicos del justiciable*, PPU, Barcelona, 1987, págs. 41-62.

otorgue la tutela que han solicitado; y finalmente derecho a la tutela que se funda en circunstancias objetivas y que no dependen del arbitrio o capricho del juez⁶³.

2. 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 basta riqueza de recursos naturales e historia sobre conflictos ambientales que posee nuestro continente, y también nuestro país. Es decir, en un lapso de treinta años, las condiciones para lograr el acceso a la justicia han mejorado, pero no lo suficiente, siendo creadas e implementadas ciertas medidas en forma exitosa, pero aun restando para su completo desarrollo.

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 creadas⁶⁴. Así lo reconocen los mismos jueces en el punto N°1 de la Declaración de Buenos Aires, originada en el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental⁶⁵, 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”.

⁶³ CARRERAS LLANSANA, JORGE: *El Juez ante la Ley*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1991, pág. 46, citado por ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO: “Algunas consideraciones sobre la acción, en el Ordenamiento Procesal Civil Español en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, N°91, Vol. II, págs. 59-96.

⁶⁴ 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.*, pág. 135.

⁶⁵ *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 (30/11/2010).

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...”⁶⁶ 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.

3. Problemas provenientes de la jurisdicción en relación al acceso a la justicia ambiental.

Creemos acertada la enumeración de problemas que el profesor Brañes Ballesteros realiza⁶⁷, puesto que su conocimiento versa sobre distintos ordenamientos jurídicos de América Latina, no limitándose a nuestro país:

3.1. La extraordinaria complejidad científico-técnica de los casos ambientales, que dificulta su comprensión y exige pruebas que son costosas.

3.2. La inmensa complejidad que existe en el tratamiento de intereses colectivos y difusos, ameritando intrincadas formas de organización de los afectados, requiriéndose recursos económicos y técnicos.

3.3. El estar comprometido un interés social, requiriéndose la participación de un órgano público que asuma su representación.

3.4. La complejidad del derecho ambiental, que demanda una preparación especial de los abogados y jueces, la cual no es proporcionada por las facultades de derecho.

3.5. En cuanto a la justicia civil, los problemas se presentan a la hora de reparar los daños ambientales, pues estos – como ya hemos señalado – no afectan un interés individual, sino colectivo. Este punto es relevante, pues el origen del problema – según Raúl Brañes – se encuentra en que la normativa vigente no se ha preocupado de las especiales características que posee el daño ambiental, ni de los problemas que existen por ellas, a la hora de reclamar su reparación.

A los problemas señalados por el profesor Raul Brañes, y en relación a la dificultad que posee la justicia civil para resolver sobre la reparación de daños ambientales, creemos pertinente dejar en evidencia otro flanco de la problemática señalada.

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

⁶⁶ BRAÑES BALLESTEROS, RAÚL: *Ibid.*, pág. 135.

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 136.

poseen los daños ambientales, y sumando las consideraciones que deben tenerse respecto al transcurso temporal de todo proceso judicial, las cuales trataremos en las siguientes páginas.

4. Consideraciones en cuanto a la extensión temporal del proceso.

El lapso temporal que cada una de las etapas de un proceso judicial amerita es un elemento imprescindible para lograr un pronunciamiento eficaz en la administración de justicia, es decir, debe darse cumplimiento a las diversas actuaciones procesales dentro de un plazo razonable, esto es, dentro de un tiempo nunca abreviado pero tampoco extenso en demasía.

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 indiscutida. 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.

El tiempo que va transcurriendo mientras sucede lo dicho, en ningún caso será el que las partes estimen conveniente para la protección o restablecimiento de sus intereses o derechos, sobre todo si se trata de una cuestión urgente, que produce una afección considerable a ellos.⁶⁸

Consideramos acertado lo sostenido por parte de la doctrina española, al indicar que “existe una exigencia ínsita 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”.⁶⁹

Debemos tener presente que la eficacia y celeridad con la que se conduce la generalidad de los procesos judiciales no es un elemento dispensable u optativo, pues así es como se construye la eficacia del sistema judicial en general, piedra angular de una democracia madura y sólida.⁷⁰

¿Cómo se compatibiliza la relación entre duración y eficacia dentro de un proceso judicial? Se ha sostenido que dichos conceptos no resultan ser antagónicos, sino que por el contrario, todo juicio debe desarrollarse en un período de tiempo justo para que sea eficaz⁷¹, esto es, como mencionamos anteriormente, nunca abreviado pero tampoco extenso en demasía. No debe un proceso desarrollarse en un breve lapso pues corremos el riesgo de obtener una decisión incompleta, ni tampoco en un período tan extenso que vuelva imposible llevarla a cabo para la parte a quien resulte un fallo favorable. Así, por ejemplo se ha sostenido por la doctrina que el “reforzamiento y ampliación de la protección cautelar a los fines de evitar el riesgo de una

⁶⁸ Nos estamos refiriendo a los procesos como generalidad, con excepción de aquellos que incumben a las afectaciones de derechos fundamentales, los cuales son tutelados mediante un proceso de tutela de urgencia, los cuales por esencia son resueltos dentro de un plazo breve, sino resultarían absolutamente ineficaces.

⁶⁹ RIBA TREPAT, CRISTINA: *La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 25.

⁷⁰ MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS: *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 45.

⁷¹ *Cfr. Ibid.* pág. 17.

sentencia favorable pero ineficaz por tardía constituye uno de los temas que más preocupa al procesalismo moderno. Resulta indudable que dicha preocupación obedece a la búsqueda de eficacia del sistema judicial, como vía para hacer efectivos los valores de seguridad jurídica y justicia. La eficacia de la jurisdicción se ha convertido en objeto de desvelo para los estudiosos del proceso”.⁷²

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 plausiblemente⁷³. 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”.⁷⁴

¿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 esta investigación.

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.

En los casos en que se ventilan conflictos ambientales, si bien pueden ser iniciados por un particular específico “que sufrió el daño o perjuicio” según indica el Art. 54 LBGMA, existe en este procedimiento un compromiso del interés público, pues al producirse un “hecho o acto contaminante que altere profundamente el medio ambiente, contaminándolo y degradándolo al extremo”⁷⁵, se afectará no solamente el bienestar de la comunidad actual, al perjudicar su entorno natural y/o sociocultural, sino también, se arriesgará el bienestar y desarrollo de las generaciones futuras, toda vez que “son situaciones globales las que resultan menoscabadas, son intereses supraindividuales de la colectividad los que requieren de una tutela y mecanismos de defensa especiales y efectivos”⁷⁶.

Insistimos en que no estamos frente a un interés puramente privado, de cuya tutela y defensa deban hacerse cargo sus respectivos titulares, ni tampoco frente a un interés público de cuya protección se ocupe un defensor concreto, sino a un especial interés que se encuentra expectante entre quien quiera y pueda reivindicarlos, justamente por la importancia transversal a sus diversos titulares.⁷⁷

Resulta fundamental que el Derecho Procesal abandone las estructuras clásicas que le rigen desde antaño, con miras a encontrar un punto de flexibilidad⁷⁸ para estos nuevos casos,

⁷² DE LOS SANTOS, MABEL: *Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*. Disponible en www.microjuris.cl. (15/09/2010).

⁷³ Cfr. MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS: *Op. Cit.*, pág. 35.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ PALOMO VÉLEZ, DIEGO: *Op. Cit.*, pág. 191.

⁷⁶ *Ibid.*, pág. 189.

⁷⁷ Cfr. *Ibid.*, pág. 195.

⁷⁸ Cfr. *Ibid.*

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.⁷⁹⁸⁰

En materia de conflictos jurídicos-ambientales⁸¹, es preocupante -como ya hemos esbozado- la tardanza en la obtención de una solución definitiva y favorable para la parte demandante -que en la mayoría de los casos será la comunidad afectada y organizada- 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.

En este punto es necesario retomar la discusión que se produce entre eficacia y tiempo en el proceso, puesto que en las siguientes páginas haremos una aproximación a una de las vías que permiten compatibilizar dichos elementos, y que posee capital importancia en los procesos ambientales, atendidas sus especiales características ya expuestas, permitiéndonos elaborar una nueva interpretación acerca de la tutela cautelar en los procesos 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 Andrés Bordalí, 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”.⁸²

Como es sabido, el conocimiento de la acción ambiental por parte de los tribunales de justicia, se produce mediante un procedimiento sumario,⁸³ aplicándose las normas del Título XI del Código de Procedimiento Civil, el cual igualmente podía durar mucho tiempo,⁸⁴ 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

⁷⁹ Cfr. *Ibid.*, pág. 189.

⁸⁰ 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.

⁸¹ Actualmente ante los tribunales no sólo ha aumentado cuantitativamente, sino que también ha 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.*, pág. 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.

⁸² BORDALÍ 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, págs. 51-66.

⁸³ 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.

⁸⁴ BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (2/09/2010). *passim*.

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”.⁸⁵

⁸⁵ BRAÑES BALLESTEROS, RAÚL: *Op. Cit.*, pág. 41.

Capítulo III: Principio preventivo del Derecho Ambiental y sus relaciones con las medidas cautelares en materia judicial.

1. Aplicación general del principio preventivo ambiental.

La flexibilización o modernización de ciertas instituciones procesales, como es el caso de las medidas cautelares, ha sido impulsada por una fuerte presión doctrinal debido a los problemas que enfrenta la jurisdicción civil -los que hemos intentado resumir en las páginas precedentes- pero además por el surgimiento de nuevos principios, como es el principio preventivo o precautorio en materia ambiental, cuyo contenido sostenemos que debe tenerse en cuenta al enfrentar un conflicto jurídico-ambiental, pues logra fundamentar el tratamiento especializado que los tribunales deben dar a estos temas a la luz de las particularidades que tanto los daños como los conflictos ambientales poseen.

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)⁸⁶:

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 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

⁸⁶ Reunión de científicos, filósofos, juristas y miembros de asociaciones ecologistas de Estados Unidos y Canadá realizada en la ciudad de Wingspread, estado de Winsconsin, Estados Unidos, durante enero de 1998.

gestión como es la educación ambiental; el sistema de evaluación ambiental; los planes preventivos de descontaminación y las normas sobre responsabilidad⁸⁷.

Según refiere jurisprudencia nacional, el principio preventivo, o de precaución, posee “...tres elementos centrales, a saber: a) el daño, debiendo identificarse la posibilidad de un peligro sobre el medio ambiente o sobre la salud de una población dada; b) la incertidumbre, pues el principio precautorio es una forma de tratar la falta de certeza científica por las limitaciones del conocimiento humano, y c) la acción precautoria, cuya esencia es proveer una razón para tomar acción contra una actividad o sustancia en ausencia de certeza científica antes de continuar la práctica sospechosa mientras está bajo estudio o sin estudio”⁸⁸.

No cabe duda que el principio preventivo 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 justicia⁸⁹, 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 daño⁹⁰, 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”⁹¹.

⁸⁷ *Historia de la Ley N°19.300 Bases del Medio Ambiente*, Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19300/HL19300.pdf>. (15/09/2010), págs. 14 y 15.

⁸⁸ *Aresti, Ramón y otros con ENTEL PCS y otros*, Rol 5596-2009, Corte de Apelaciones de Santiago.

⁸⁹ En este mismo sentido, NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO: “Justicia Ambiental y Justicia Constitucional” en *Revista de Derecho Ambiental*, Fiscalía del Medio Ambiente - FIMA, N°2, mayo 2010, págs. 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.

⁹⁰ 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).

⁹¹ ARCILA SALAZAR, BEATRIZ: “El principio de precaución y su aplicación judicial” en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana*, Vol. 39, N° 111, Julio-Diciembre de 2009, pág. 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.

2. Las medidas cautelares: concepto y clasificación.

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.⁹²

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.”⁹³

En palabras de Andrés Bordalí Salamanca, estamos ante “...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.”⁹⁴

Calamandrei estableció la siguiente clasificación de las medidas cautelares:⁹⁵

- a) Providencias instructorias anticipadas: las cuales tienen por finalidad adelantar y obtener medios probatorios, que con el correr del tiempo, se harían imposible difícil de recoger.
- b) Providencias de aseguramiento de la ejecución forzada: las cuales sirven para asegurar el resultado práctico de una ejecución forzada
- c) Providencias mediante las cuales se decide interinamente: en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, evitando que se produzcan daños para alguna de las partes.

⁹² Cfr. CALAMANDREI, PIERO: *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Trad. Marino Ayerra Merín, Librería El Foro S.A, Buenos Aires, 1996, págs. 43-44.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ BORDALÍ 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, págs. 51-66.

⁹⁵ CALAMANDREI, PIERO: *Op. Cit.*, pág. 45.

A mayor abundamiento, según una clasificación más actual que la propuesta por Calamandrei y establecida según las finalidades con las que pueden ser utilizadas las medidas cautelares, se ha sostenido que estas pueden agruparse en conservativas, las que buscan mantener el *status quo*; y las que poseen una finalidad anticipativa, siendo estas últimas las que buscan anticipar pronunciamientos que si recayesen en el momento normal, perderían total o parcialmente su eficacia.

Mientras la primera clase es aceptada, las medidas cautelares de efectos anticipativos, no son aceptadas totalmente por la doctrina y jurisprudencia, haciendo exigible para ello “una buena excusa”, y por tanto, solo tiene aceptación en determinados asuntos como son las medidas provisionales que se aplican en juicios de paternidad o alimentos.⁹⁶ Sin embargo, desde un tiempo a esta parte, se reclama cada vez con mayor fuerza formas de tutela que obliguen a cesar las actividades dañinas, por sobre las formas más tradicionales, pues los denominados “nuevos derechos”, como los relacionados con la salud humana y de la personalidad individual, la posición de consumidor y el goce de los bienes ambientales, reclaman formas de tutela preventiva más intensas que la mera tutela declarativa, lo que hace meritorio la utilización de instrumentos inhibitorios y de medidas de urgencia, dirigidos a lograr el cese del comportamiento lesivo.⁹⁷

3. Características de las medidas cautelares clásicas.

Debido al surgimiento de nuevos derechos e intereses susceptibles de ser tutelados por el sistema jurídico, (como son los relativos a los consumidores o el medio ambiente) ha sido necesario que las instituciones clásicas tanto del Derecho Procesal, como de otras ramas jurídicas se modernicen⁹⁸, en el sentido de flexibilizarse para conseguir una tutela adecuada de dichos intereses o derechos. Para vislumbrar claramente el efecto de modernización que han sufrido las medidas cautelares, repasaremos a continuación las características de esta institución en su versión clásica, para más adelante cotejar su adaptación a las nuevas necesidades de los justiciables⁹⁹.

Las características principales de las medidas cautelares son¹⁰⁰:

3.1. Efecto asegurativo de la medida.

Las medidas cautelares buscan asegurar el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho mientras un juicio se encuentra en tramitación, previniendo así las repercusiones posiblemente perjudiciales que el tiempo de la tramitación del juicio puede provocar al derecho

⁹⁶ Cfr. MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS: *Op. Cit.*, 2004, págs. 240 y siguientes.

⁹⁷ BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: *Op. Cit.*, pág. 60.

⁹⁸ La modernización que han sufrido las medidas cautelares se manifiesta por ejemplo, en los nuevos fines que pueden cumplir: “...se ha demostrado que las medidas cautelares en nuestro ordenamiento cumplen fines más amplios que los asegurativos patrimoniales que tradicionalmente se le han asignado”. MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS: *Op. Cit.*, pág. 468

⁹⁹ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*, en *Ibid*, pág. 12 y siguientes.

¹⁰⁰ Además de las características enumeradas, también concurren el carácter dispositivo de las medidas cautelares; la contracautela; y el carácter provisorio de las mismas.

mismo. Bajo esta premisa, según Gutiérrez de Cabiedes y la mayoría de la doctrina, una medida innovativa solo excepcionalmente podría ser considerada de naturaleza cautelar¹⁰¹.

3.2. La medida cautelar siempre se establece en relación a un proceso pendiente.

Debido a su naturaleza eminentemente instrumental, la medida cautelar está preordenada a la eficacia de una resolución, normalmente de una sentencia definitiva que aún no ha sido dictada, con el fin de prevenir un peligro y evitar un potencial daño injusto, debido a la duración del proceso. En palabras de Font Serra “la instrumentalidad supone que la tutela cautelar tiene una relación de servicio respecto al proceso, en virtud de cuya incoación o intención de promoverlo se ha adoptado la medida de justicia cautelar”.¹⁰²

3.3. Provisionalidad.

Una medida cautelar es esencialmente limitada en el tiempo, pues nunca es definitiva, ya que las partes pueden pedir que cese por haberse terminado el peligro que la motivó. También puede extinguirse tanto en el momento en que cesa el peligro que la motiva, o con la dictación de la resolución que pone fin a la instancia.¹⁰³

3.4. Se requiere la exhibición de título.

Según la doctrina española no basta la mera posibilidad de un derecho declarado en la sentencia sino que se requiere algo más que esta posibilidad y algo menos que la certeza de la existencia del derecho.

Esta característica es ajena a nuestro ordenamiento procesal, pues según la parte primera del Art. 298 CPC, refiriéndose a las medidas cautelares en general señala que “deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”, sin mencionar la necesidad de presentar título alguno, y entendiéndose por comprobante, cualquier documento que haga mínimamente verosímil la reclamación presentada.

3.5. Homogeneidad y no identidad entre la medida cautelar y el derecho sustantivo tutelado.

Para lograr asegurar la ejecución de la sentencia, debe existir una mínima homogeneidad entre la medida cautelar y el derecho sustantivo tutelado, sin embargo, se debe tener la prevención de que la medida cautelar no debe ser absolutamente idéntica al derecho cuya tutela se pide, pues de darse esa plena identificación, la medida cautelar se desnaturalizaría, convirtiéndose en una medida ejecutiva otorgada en forma anticipada.

Sin embargo, en los casos en que se recurre a la tutela cautelar innovativa, dicha regla es excepcionada, pues la medida concreta que se aplica coincide con lo que se resolvería en la sentencia definitiva.

¹⁰¹ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: *Op. Cit.*

¹⁰² FONT SERRA, EDUARDO: *Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva*, en VV.AA: *Sistemas de medidas cautelares*, Ediciones Universidad de Navarra S.A, Pamplona, 1974, pág. 143.

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 144.

En cuanto a la posibilidad de exigir caución a la parte que solicita la aplicación de la medida cautelar tenemos que el CPC hace exigible esta garantía cuando:

Según la parte final del artículo 298 “Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y tratándose de medidas no necesariamente autorizadas por ley, exigir caución al actor de los perjuicios que se originen”.

La misma exigibilidad de caución establece el artículo 299 CPC “...para responder de los perjuicios que resulten”, en el caso que se hayan solicitado medidas cautelares faltando los comprobantes requeridos por ley.

Es decir, la caución puede ser exigida tanto para aquellos casos en que se solicitan medidas no establecidas por ley, como para cuando se solicitan medidas cautelares sin acompañar los comprobantes que la ley exige para permitir su aplicación.

Consideramos que la exigencia de esta garantía ha formado una fuerte barrera en el acceso a la jurisdicción, puesto que sobre todo en procesos de connotación ambiental, los afectados por un hecho dañoso no cuentan con los recursos suficientes para constituir dicha garantía. Así mismo ha sostenido Juan Carlos Marín, quien ha indicado que “la caución funciona (...) como un correctivo económico que limita *ex ante* la actuación de la parte que no está en condiciones de asegurar una eventual responsabilidad posterior”.¹⁰⁴

4. Medidas cautelares innominadas en nuestro ordenamiento procesal civil: el Artículo 298 CPC.

Dentro del género de las medidas cautelares, se encuentra la especie de las denominadas medidas cautelares atípicas o innominadas, las que se encuentran consagradas brevemente en la parte final del artículo 298 CPC:

“Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley (...)”

Esta institución propia del Derecho Procesal, específicamente de la tutela cautelar, ha sido estudiada por la doctrina justamente a propósito del necesario tratamiento que los jueces deben dar al tiempo, a fin de contrarrestar la necesaria extensión temporal del proceso, que debe ser entendida como una garantía de las partes, aunque ello parezca paradójico para los justiciables.¹⁰⁵

Sin embargo, la extensión temporal del proceso, que *a priori* constituye una garantía de seguridad jurídica, suele transformarse en un grave problema, pues como ya hemos sostenido, generalmente los procesos se extienden en demasía, por lo que se vuelve imperante que el ordenamiento jurídico actúe cuando se detecta algún peligro que pueda frustrar el resultado del juicio.

En definitiva, resulta urgente asegurar que el objeto litigioso permanezca sin alteraciones.¹⁰⁶

La doctrina más autorizada ha estimado que el artículo en comento constituye una norma

¹⁰⁴ MARIN, JUAN CARLOS: *Op. Cit.*, pág. 64.

¹⁰⁵ *Cfr.* JOVÉ, MARÍA DE LOS ÁNGELES: *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. José María Bosch Editor S.A, Barcelona, 1995, pág. 13.

¹⁰⁶ *Cfr. Ibid.*

de clausura, pues permite la creación jurisprudencial de medidas cautelares con el objeto de asegurar el resultado del juicio, según sean solicitadas por los litigantes. Discusión ajena a la nuestra es aquella que se refiere a la legitimidad del espacio que esta norma le entrega al juez para que innove fuera de lo previsto por ley.¹⁰⁷

5. *Medidas cautelares innominadas y su utilidad en procesos ambientales.*

Las críticas que se han formulado a la extensa duración de los procesos, al igual que los estudios sobre las medidas cautelares que hemos revisado han sido planteadas por parte de la doctrina teniendo en vista los procesos civiles, y por tanto, los problemas que hemos logrado advertir versan sobre procedimientos civiles ordinarios.

Reflexionando en torno a los procesos ambientales que se tramitan ante tribunales civiles, 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. La institución en estudio posee 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 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.

Del tenor literal de los artículos 290 y 291 CPC, la medida establecida en el primer numeral del artículo 290 CPC -el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda- sólo es aplicable a bienes muebles que hayan sido embargados; igualmente nos podemos preguntar ¿Resulta útil para alguna de las partes que sostienen un conflicto ambiental el que se decrete la retención de un bien, tal como indica el artículo 290 número 3 CPC? Hechas estas consideraciones, no es complejo concluir que las medidas reguladas en detalle por el Título V del Libro II del CPC no son aplicables en materia de conflictos ambientales, pues resultan ser absolutamente inidóneas para resguardar el bien jurídico ambiental¹⁰⁸.

A modo de ejemplo, Bordalí Salamanca analiza la posibilidad de aplicar la medida cautelar consistente en la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados del demandado, “toda vez que la reparación del ambiente da lugar a una obligación de hacer que civilmente está sujeta a las reglas de ejecución del artículo 1553 CC y de los artículos 530 y siguientes del CPC. Esto quiere decir que si el demandado no cumple con la sentencia puede

¹⁰⁷ Cfr. MARÍN, JUAN CARLOS: *Op. Cit.*, pág. 463.

¹⁰⁸ En palabras de Andrés Bordalí: “...el CPC no contempla ninguna medida cautelar o precautoria que hubiera podido ser útil en el proceso de reparación del medio ambiente dañado”. Otro aspecto a considerar es el tipo de medidas cautelares que cabe acordar en el proceso para obtener la reparación del ambiente dañado. De especial interés es el análisis sobre qué medida cautelar en concreto puede dictarse durante el curso de este proceso teniendo en cuenta que éste tendrá por fin la condena al restablecimiento de un daño significativo al ambiente. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Documento electrónico, disponible en www.microjuris.cl (2/09/2010)

verse expuesto (...) a pagar los dineros utilizados en la contratación de un tercero que se haya empleado en ejecutar lo que originalmente el demandado tenía que hacer.”¹⁰⁹

Sin embargo, el autor sostiene que la aplicación de esta medida en dichos términos, significaría aceptar una tutela cautelar que obligue a esperar que un daño al ambiente se haya realizado en forma efectiva y significativamente, exigiéndose así, la violación consumada de un derecho, lo que nos llevaría a concluir la imposibilidad de obtener una tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos de contenido no patrimonial, como los relacionados con el medio ambiente.¹¹⁰

La doctrina ha indicado que la existencia de normas autorizantes de medidas cautelares indeterminadas o atípicas -como es el artículo 298 CPC- es “...sin duda, 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.”¹¹¹ 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 2333 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. La materialización del principio preventivo o de precaución -que irradia todo el ordenamiento jurídico- se produce mediante la aplicación de la medida cautelar innominada, pues esta es la única que resulta ser idónea y útil para un caso concreto como el que hemos puesto de ejemplo.

Son los jueces los encargados de encontrar el equilibrio entre los distintos principios en pugna. Sin duda que en este ámbito la labor del juez es muy importante. Es el juez quien tiene los mejores elementos de análisis para formarse un adecuado criterio en orden a conceder o no una determinada medida y, de concederla, cómo la concede y bajo qué garantías. Es decir, el juez

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Cfr. Ibid.*

¹¹¹ *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, pág. 434.*

tiene las herramientas necesarias para adoptar la decisión más adecuada¹¹².

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."¹¹³

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.¹¹⁴

En cuanto a los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares innominadas, 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.¹¹⁵

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.¹¹⁶ 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 Juan Carlos Marín 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."¹¹⁷

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 definitiva¹¹⁸

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,

¹¹² Cfr. MARÍN, JUAN CARLOS: *Op. Cit.*, pág. 66.

¹¹³ BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: *Op. Cit.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Cfr. MARÍN, JUAN CARLOS: *Op. Cit.*, pág. 467.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.* pág. 471.

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.

Dicho proceso fue iniciado mediante la interposición de una 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) aun en estado de tramitación, específicamente en etapa probatoria.¹¹⁹ La industria se encuentra funcionando normalmente, luego de haberse paralizado solo por un breve período, debido a 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.

La necesidad de medidas cautelares menos rígidas, se manifiesta también en la acreditación de los presupuestos, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, por parte de quien solicita la aplicación de las medidas atípicas del Art. 298 CPC, pues como ha indicado la doctrina, la apariencia de buen derecho se entiende legalmente prevista, sin necesidad de acreditar la titularidad del derecho, mientras que el peligro en la mora, se justifica con lo dañoso que sería para el bien jurídico afectado, una sentencia definitiva tardía.

6. ¿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: “es lamentable constatar que en Chile los jueces civiles no hacen uso de las facultades que el legislador procesal

¹¹⁹ Rol causa 746 – 2005, 1º Juzgado Civil de Valdivia, según Sistema de Información de Causas, www.poderjudicial.cl (26 de enero de 2011).

pone a su disposición, mostrando muy poca capacidad creativa, más allá de los rígidos moldes”.¹²⁰ 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. La posibilidad de exigir una caución a la parte solicitante complica aún más las cosas. Mediante 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 arrojados 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*”.¹²¹

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 ha advertido que se produce un importante contrasentido, pues a pesar de la utilidad que esta herramienta procesal posee, los jueces se abstraen 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.¹²²

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.

La mayoría de los afectados por daños al medio ambiente, recurren a los tribunales mediante la interposición de sendos recursos de protección, dada la rápida resolución de estas acciones de urgencia, tal como hemos indicado en puntos anteriores de este trabajo.

Cierta doctrina, refiriéndose a la responsabilidad penal de la empresa y de la víctima en el delito ambiental, ha estimado que los afectados son responsables de hacer operar las medidas cautelares rápidas, sencillas y urgentes establecidas a su favor, pues en caso que así no lo hiciera, se restan las posibilidades de obtener una reparación en sede civil.¹²³ ¿A qué otras medidas cautelares podría referirse el autor, sino a las contenidas en el Art. 298 CPC? Como hemos expuesto en el presente estudio, otras medidas cautelares resultan ser completamente inidóneas respecto a conflictos de naturaleza ambiental.

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

¹²⁰ MARÍN, JUAN CARLOS: *Op. Cit.* pág. 89.

¹²¹ BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (2/09/2010). *Passim*

¹²² ORTELLS RAMOS, MANUEL *et al.*: “La Tutela Cautelar en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *El Proceso Civil y su Reforma*, Colex, Madrid, 1998, pág. 434.

¹²³ *Cfr.* MANRÍQUEZ, JUAN CARLOS: “Responsabilidad penal de la empresa y de la víctima en el delito ambiental”. Disponible en www.microjuris.cl (08/02/2011).

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.

Capítulo IV: Proyecciones a la luz de la Nueva Institucionalidad Ambiental.

1. Breve descripción de la ley N° 20.417 y del 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,¹²⁴ 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 Tribunal. En el transcurso de la discusión, se entiende la necesidad de distinguir la infracción de la administración de las sanciones.¹²⁵

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.¹²⁶ 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 Valdivia¹²⁷, 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.¹²⁸

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

¹²⁴ 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.

¹²⁵ *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>. (10/02/2011).

¹²⁶ 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.

¹²⁷ 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.

¹²⁸ Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente recaído en el Proyecto de Ley que crea los Tribunales Ambientales.

ambientales, que son legal, científica, tecnológica y económicamente complejos.¹²⁹

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. El proyecto se encuentra en el Segundo Trámite Constitucional ante la Cámara De Diputados, restándole ser estudiado por la Comisión de Constitución y ser aprobado en la Sala de la Cámara de Diputados.¹³⁰

2. Análisis de la nueva normativa relevante para nuestro estudio.

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:

Nº2. De las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la Ley Nº 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”.

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.

En efecto, el párrafo cuarto del proyecto de ley titulado “Del daño ambiental”, incluye normas sobre el inicio del procedimiento; excepciones dilatorias; recepción de la causa a prueba e impugnación de dicha resolución; audiencia; conciliación y alegaciones; tipos de prueba admisible; y medidas para mejor resolver. Además en un párrafo final incorpora la regulación relativa a la ejecución de las sanciones y a la indemnización de perjuicio.

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 transcurra el proceso.

¹²⁹ 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> (10/02/2011).

¹³⁰ Oficio Nº 170-2010 de 16 de diciembre de 2010. Cuenta Oficio de la Comisión de Recursos Naturales, por el cual solicita el acuerdo de la Sala, para remitir el proyecto a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Disponible en www.camara.cl (10/02/2011).

A continuación analizaremos en detalle 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 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 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 exorbitada.

“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 productiva¹³¹.

3. 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

¹³¹ Los incisos restantes no son pertinentes para el presente estudio.

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.

CONCLUSIONES

- Existe una preocupación global respecto a la conservación y protección de los recursos naturales motivada como respuesta al exacerbado desarrollo económico y demográfico que data desde el siglo XX, el cual ha generado efectos negativos que perjudican la vida de las personas y la comunidad. La primera manifestación concreta de esta toma de conciencia data de 1972, año en que se aprueba la Declaración de Estocolmo.
- Chile, por su vasta riqueza en biodiversidad y recursos naturales, ha atraído la instalación de proyectos de gran envergadura, por lo que el tema medioambiental se ha insertado en el debate público: desde el punto de vista de los ciudadanos, quienes reclaman mayor participación en la toma de decisiones, y desde la Administración del Estado, generando una institucionalidad ambiental sólida y eficiente en cuanto a actividad normativa, fiscalizadora y de gestión ambiental.
- El retorno a la democracia abrió la posibilidad a la ciudadanía de manifestarse y hacer frente a los proyectos que han explotado -o pretendido explotar- los recursos naturales del país, afectando considerablemente la calidad de vida de las personas, entendidas como comunidad, pues las cargas ambientales no afectaban a la vida, salud o patrimonio de un individuo en particular, sino justamente a las comunidades más pobres. Así, se fueron gestando emblemáticos conflictos ambientales. Actualmente no existe indicio de que este panorama cambie.
- El medio ambiente ha sido valorado jurídicamente como un bien jurídico autónomo, aceptándose su afectación con independencia de otros bienes jurídicos, como la vida o la salud de las personas. En cuanto a la titularidad del derecho, esta posee un doble carácter, pues conviven derechos e intereses que pertenecen simultáneamente a un individuo y a la comunidad a la que este pertenece.
- El daño ambiental se diferencia de otros tipos de daños, pues posee características especiales como irreversibilidad, velocidad de producción, capacidad de afectar a la población de una ciudad, región o incluso país, incluso puede ser imperceptible. En cuanto al aspecto económico, es altamente costoso demostrar su existencia, pues requiere informes técnicos con conocimiento especializado, muchas veces imposible de costear por los afectados. Por ello amerita un tratamiento jurídico distinto, mucho más rápido y eficiente.
- Un conflicto ambiental se judicializa cuando los afectados recurren a los tribunales mediante la interposición de un recurso de protección ambiental; una acción de reparación ambiental; o la acción preventiva de daños del artículo 2333 del Código Civil. La más utilizada por su rapidez y bajo costo es el recurso de protección ambiental, sin embargo, a pesar de resultar eficiente en el corto plazo, no ofrece una solución de fondo al conflicto.
- La acción preventiva de daños del artículo 2333 CC y la acción de reparación ambiental de la LBGMA, a pesar de ser útiles en materia ambiental, han sido utilizadas mínimamente.

- Los escasos procesos de connotación ambiental iniciados mediante la interposición de acción de reparación ambiental son extremadamente largos, lo que perjudica aún más a los afectados, pues mientras no obtienen una decisión definitiva, el daño se sigue acrecentando. Este panorama amerita que el Derecho Procesal se adapte a las nuevas necesidades de los justiciables, mediante la flexibilización de sus estructuras clásicas y la creación de mecanismos procesales adecuados, evitando así tardanzas perjudiciales para los ciudadanos.
- Los jueces también deben actuar a la luz del principio precautorio del Derecho Ambiental, pues a pesar de que tengan conocimiento de un daño ambiental, y por tanto, de una falla en los mecanismos preventivos propios de la administración, aún es necesario adoptar medidas para evitar la prosecución del perjuicio ambiental.
- En nuestro ordenamiento vigente, la única institución procesal que tiene utilidad en los procesos ambientales para evitar que el daño denunciado y por el que se acciona en tribunales se siga produciendo, es la que concierne a las medidas cautelares innominadas consagradas en el artículo 298 CPC, sin embargo, en la práctica, estas no son solicitadas por los litigantes ni son decretadas por los jueces, impidiendo su necesario desarrollo jurisprudencial.
- El proyecto de ley que crea los nuevos tribunales ambientales -aún en trámite- incorpora una norma que permite y regula ampliamente las medidas cautelares innominadas en los nuevos procedimientos ambientales que también crea dicho proyecto. Ello demuestra que el legislador y los distintos sectores involucrados han advertido la utilidad de esta herramienta procesal en materia ambiental, adaptándola y desarrollándola a las necesidades que el proceso ambiental requiere a fin de evitar mayores daños ambientales, principalmente a través de la aceptación expresa de medidas cautelares con fines anticipativos, y con ello contribuir eficazmente a la protección del medio ambiente y la defensa de los derechos de los ciudadanos que litigan en conflictos ambientales.

BIBLIOGRAFIA

I - Libros:

ACOSTA ESTÉVEZ, JOSÉ: *Los derechos básicos del justiciable*, PPU, Barcelona, 1987.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*: Editorial Universitaria, Santiago, 1943.

ALDUNATE BALESTRA, CARLOS: *El factor ecológico, Las mil caras del pensamiento verde*, LOM Ediciones, Santiago, 2001.

AZOCAR ZAMUDIO, ANDRÉS: *Tompkins: el millonario verde*, Universidad Diego Portales, Editorial La Copa Rota S.A., Santiago, 2007.

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: *Tutela jurisdiccional del medio ambiente*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2005.

BORQUEZ YUNGE, JOSÉ: *Introducción al Derecho Ambiental chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

CALAMANDREI, PIERO: *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Trad. Marino Ayerra Merín, Librería El Foro S.A, Buenos Aires, 1996.

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

DE MIGUEL PERALES, CARLOS: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Civitas, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ BITTERLICH, PEDRO: *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

FUNDACIÓN TERRAM: *Éxitos y fracasos en la defensa jurídica del medio ambiente*, Santiago, 2002.

GOMIS CATALÁ, LUCIA: *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Editorial Aranzadi, Navarra, 1999.

JOVÉ, MARÍA DE LOS ÁNGELES: *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. José María Bosch Editor S.A, Barcelona, 1995.

MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS: *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

MOSSE ITURRASPE, JORGE; HUTCHINSON, TOMÁS; DONNA, EDGARDO: *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.

RIBA TREPAT, CRISTINA: *La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SABATINI DOWNEY, FRANCISCO; SEPÚLVEDA LUQUE, CLAUDIA: *Conflictos ambientales, entre la globalización y la Sociedad Civil*, Publicaciones CIPMA, Santiago, 1997.

STIGLITZ, GABRIEL: *La responsabilidad civil: nuevas formas y perspectivas*. Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1984.

VV.AA: *Sistemas de medidas cautelares*, Ediciones Universidad de Navarra S.A, Pamplona, 1974.

VV.AA: *El Proceso Civil y su Reforma*, Colex, Madrid, 1998.

VV.AA: *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.

II – Artículos de revistas:

ARCILA SALAZAR, BEATRIZ: “El principio de precaución y su aplicación judicial” en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana*, Vol. 39, N° 111, Julio-Diciembre de 2009.

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: "Diversos Significados de la Tutela Cautelar en el Proceso Civil", en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XII, 2001, págs. 51-66.

CAFFERATTA, NESTOR: “Régimen de responsabilidad objetiva por daño ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de Universidad de Chile, N°3, julio de 2009.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN: “El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Volumen I, N°1, 1999, págs. 79-93.

DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS: “Notas sobre la acción preventiva de daños del Artículo 2333 del Código Civil: A propósito de un fallo reciente”, en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, año LXXIII, 2005, N° 217-218

GONZÁLEZ, FRANCISCO: “¿Es el derecho a vivir en un medio ambiente sano y adecuado un derecho humano reconocido como tal? ¿Cómo construir una adecuada tutela jurídica?”, en *Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Volumen XXVIII, N°2, 2001.

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*, Volumen XXIII, N°1, julio 2010, págs. 9-36.

HUNTER AMPUERO, IVÁN: “La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Volumen XVIII, N°2, diciembre de 2005, págs. 9-25.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO: “Justicia Ambiental y Justicia Constitucional” en *Revista de Derecho Ambiental*, Fiscalía del Medio Ambiente - FIMA, N°2, mayo 2010, págs. 17-18.

PALOMO VÉLEZ, DIEGO: “Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la litis individual”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Volumen XIV, julio de 2003, págs. 187-201.

ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO: “Algunas consideraciones sobre la acción, en el Ordenamiento Procesal Civil Español en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, N°91, Vol. II, págs. 59-96.

RUIZ PIRACÉS, ROBERTO: “Hacia un nuevo tratamiento jurídico del daño ecológico en la ley ambiental chilena”, en *Revista Ambiente y Desarrollo*, CIPMA, Vol. XII, N°4, 1996, págs. 50-57.

III – Recursos electrónicos:

ARANDA ORTEGA JORGE: “Comentario a la sentencia de apelación de la acción de protección en caso Javier Nahuelpan y otros con COREMA Región de Los Ríos”, disponible en www.microjuris.com. (07/02/2011).

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL: *Historia de la Ley N°19.300 Bases del Medio Ambiente*, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19300/HL19300.pdf>. (15/09/2010).

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL: *Historia de la ley N°20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente*. disponible en 26 de enero de 2010. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia?cate=15>. (10/02/2011).

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS: “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (2/09/2010).

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> (15/07/2010).

CEPAL: *Declaración de Buenos Aires en el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina sobre Aplicación y cumplimiento de la Normativa Ambiental*, 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 (30/11/2010).

DE LOS SANTOS, MABEL: *Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*. Disponible en www.microjuris.cl. (15/09/2010).

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. (15/08/2010).

MANRÍQUEZ, JUAN CARLOS: “Responsabilidad penal de la empresa y de la víctima en el delito ambiental”. Disponible en www.microjuris.cl (08/02/2011).

PRING, GEORGE; PRING, CATHERINE: *Creating and improvising environmental courts and tribunals*. The Access Initiative World Resources Institute, Denver, 2009. Disponible en <http://www.accessinitiative.org/blog/2010/01/greening-justice-creating-and-improving-environmental-courts-and-tribunals> (15/01/2011).

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> (10/02/2011).

IV – Memoria de tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas.

RAMÍREZ SFEIR, DANIELLA *et al*: “Actualización de normativa de relevancia ambiental y poblamiento de una base de datos de legislación ambiental: período año 1993-2004”, (recurso electrónico) memoria de tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2006.

V – Textos legales nacionales.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. 11° edición oficial, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Código Civil de la República de Chile. 16° edición oficial, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Código de Procedimiento Civil. 18º edición oficial, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

VI – Normas legales nacionales.

Ley N°19.330, de Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de marzo de 1994.

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 de 2010.

VII – Normas jurídicas internacionales.

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 16 de junio de 1972.

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992.

VIII – Jurisprudencia.

Rol 638-2006, Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Rol 5596-2009, Corte de Apelaciones de Santiago.

Rol 746-2005, 1º Juzgado Civil de Valdivia.

IX – Proyectos de ley.

Boletín N°6742-12 e ingresado por Mensaje Presidencia N°1419-357, el 28 de octubre de 2009.

X – Archivos de prensa.

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

XI – Otros.

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).

HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS DE CHILE: Oficio N° 170-2010 de 16 de diciembre de 2010. Cuenta Oficio de la Comisión de Recursos Naturales, por el cual solicita el acuerdo de la Sala, para remitir el proyecto a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Disponible en www.camara.cl (10/02/2011).

HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS DE CHILE: Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente recaído en el Proyecto de Ley que crea los Tribunales Ambientales.