



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

“LA TUTELA CAUTELAR ANTE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES”

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ELENA ISABEL VALENZUELA SILVA

Profesor guía: Nicolás Carrasco Delgado

Santiago, Chile

2019

*A mi mamá por su apoyo incondicional.
A mi papá que desde el infinito me acompaña.
Gracias totales.*

Tabla de Contenidos

I.	Introducción	4
II.	La Tutela Cautelar	6
i.	Concepto	6
ii.	Características	10
iii.	Clasificación	18
iv.	Principios informativos	24
v.	Presupuestos de aplicación	30
vi.	Regulación normativa en Chile	34
vii.	Consideraciones básicas sobre la eficiencia de las medidas cautelares	36
III.	La Tutela Cautelar ante los Tribunales Ambientales	39
IV.	El ejercicio de la Tutela Cautelar por los Tribunales Ambientales: Análisis Jurisprudencial	53
i.	Casos en que se ha concedido una medida cautelar	54
ii.	Casos en que se ha denegado una medida cautelar	56
a.	Segundo Tribunal Ambiental	56
b.	Tercer Tribunal Ambiental	65
iii.	Casos en que se ha decretado de oficio una medida cautelar	81
a.	Segundo Tribunal Ambiental	81

b.	Tercer Tribunal Ambiental	88
iv.	Otros casos relevantes	93
V.	Dificultades procesales identificadas y sus posibles soluciones	97
i.	¿Por qué los Tribunales Ambientales no decretan medidas cautelares?	97
ii.	<i>Fumus boni iuris</i> y <i>periculum in mora</i> : ¿Los presupuestos para decretar una medida cautelar en los procedimientos civiles son aplicables a los procedimientos ambientales?	103
iii.	Principio de Responsabilidad: ¿Es necesario exigir una caución?	106
iv.	Imposibilidad de recurrir contra la resolución que rechaza o accede a una medida cautelar: ¿Vulneración del derecho al recurso?	114
VI.	Conclusión	123
VII.	Bibliografía	125

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N°20.600, de fecha 28 de junio de 2012, creó los Tribunales Ambientales. Esta Ley vino a cumplir una importante misión relativa a la especialización de nuestra judicatura.

La referida norma regula una serie de aspectos relevantes, tales como, el funcionamiento, nombramiento e integración de los Tribunales Ambientales, los procedimientos que serán de su conocimiento, entre otros. De especial relevancia, es su artículo 24, contenido en el Título III “Del procedimiento” y que regula las medidas cautelares.

El artículo 24 contiene una serie de particularidades, respecto de la regulación genérica de las medidas cautelares, haciendo necesario su estudio desde un aspecto teórico como también práctico.

Es por ello que este trabajo tuvo como objetivo, en el primer capítulo, establecer qué es la Tutela Cautelar, sus manifestaciones, características, principios, requisitos, entre otros aspectos, y en general, mostrar al lector la importancia de su ejercicio.

En un segundo capítulo, analizamos el artículo 24 de la Ley N°20.600 para revisar todas sus particularidades, en relación con la normativa procesal civil, y también, sus virtudes y defectos.

Posteriormente, en el tercer capítulo, se efectuó una revisión de todas las resoluciones que los Tribunales Ambientales habían dictado hasta octubre de 2018,

en relación con las medidas cautelares; revisando los argumentos y razonamientos dados tanto para rechazar, acoger o incluso dictar de oficio diversas medidas cautelares.

Finalmente, en un último capítulo analizamos las dificultades y particularidades procesales identificadas luego de la revisión jurisprudencial, e intentamos sucintamente proponer solución a ellas.

II. LA TUTELA CAUTELAR

i. Concepto

Durante los últimos años nuestro Sistema Procesal Civil ha sido objeto de una serie de críticas, que han llevado incluso a la redacción del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil. Las críticas al sistema son de diversa índole, tales como el excesivo formalismo en la tramitación, la falta de concentración, la multiplicidad de recursos, entre otros, todos los cuales en conjunto dicen relación con el principal problema que enfrenta nuestra Justicia Civil, esto es, la lentitud en la resolución de los conflictos.

Nuestros procesos civiles son extensos. Evidencia de lo anterior es que, los procedimientos ordinarios duran aproximadamente 2 años -solo contando el tiempo en la dictación de la sentencia definitiva en la primera o única instancia-.¹

Frente a este problema nuestra legislación establece varias instituciones procesales que permiten de alguna forma aminorar los efectos de la excesiva duración de los procesos, tales como el procedimiento sumario y la tutela cautelar, entre otros.

Al respecto, la Tutela Cautelar si bien busca disminuir los efectos de los procesos con dilaciones, de ningún modo es la respuesta la crisis que vive el Sistema Judicial. Nuestro legislador ya en el año 1942 previno en la necesidad de este tipo de tutela, regulándola de forma orgánica en nuestro Código de Procedimiento Civil.

¹ RIEGO, C, y LILLO, R. (2015). *¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile?: Aportes para la reforma*. Revista chilena de derecho privado, (25), 9-54. Recuperado de [<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200001>]

Ahora bien, cabe hacernos la siguiente interrogante: ¿Qué es la Tutela Cautelar?

El diccionario de la Real Academia Española define a la “tutela” - en específico, la tutela judicial - como la “*Protección de los derechos de las personas dispensada por jueces y tribunales.*” Asimismo, define “cautelar” -en relación con una medida o una regla- como aquella “*destinada a prevenir la consecución de un determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo*”.²

Pareciera entonces que la Tutela Cautelar supone dos elementos, por una parte, supone la facultad que tienen los jueces de dar protección a los justiciables y, por otra parte, implica que dicha facultad debe ser ejercida con el fin de prevenir determinadas circunstancias.

Ahora bien, la doctrina no ha sido silente respecto a esta institución procesal y la ha definido como “*un mecanismo jurídico de protección de derechos e intereses de carácter procesal*”³, o como “*un instrumento de tutela dispuesto por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra el tiempo*”⁴ o bien, como aquel “*mecanismo auxiliar que evita la producción de alteraciones en el derecho sustancial deducido en juicio, ya sea por actos del propio demandado o de terceros, que hagan ineficaz la ejecución de la sentencia que se dicte en el proceso declarativo, principalmente si ella es de condena a una prestación (devolver la cosa,*

² “Genéricamente significa *prevenir* o *precaver* y, en Derecho, menciona desde siempre a lo *preventivo* o *precautorio*: lo que está destinado a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo. De la palabra *cautela* (del latín *cautus*) derivan *cauto*, *incauto*, *caución* y *precaución*” En: ALVARADO VELLOSO, A. (2011). *Las cautelas procesales (Crítica a las medidas precautorias)*. Santiago. Editorial Librotecnia, pp.33.

³ RAMOS ROMEU, F. (2006). *Las Medidas Cautelares Civiles. Análisis jurídico-económico*. Barcelona. Editorial Atelier, pp.48.

⁴ BORDALÍ SALAMANCA, A. (2001) *Diversos significados de la Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Revista de Derecho. Valdivia. Vol.12, No.2, pp.53.

pagar una suma de dinero, etc.)”⁵.

En efecto, el objetivo de esta tutela es dar protección y seguridad a la pretensión deducida por una de las partes al momento de dar inicio a un proceso judicial o durante su prosecución.

Dicha protección dice relación con la eventual demora que puede ocurrir entre la interposición de la acción y la consecuente pretensión, con la dictación de la providencia definitiva por parte del Tribunal, lo cual puede conllevar evidentemente a la ineficacia de esta.

En palabras del profesor Bordalí lo que persigue la Tutela Cautelar es *“permitir que la sentencia que dictará la juez referida a la tutela de un determinado derecho subjetivo o interés legítimo de una persona pueda cumplirse en sus propios términos y no se haga así ilusoria, producto de sucesos que hayan acaecido durante el normal íter del proceso”⁶.*

Asimismo, el profesor Romero Seguel lucidamente ha señalado respecto a la función de la Tutela Cautelar que *“No basta con ejercer el derecho de acción para que la protección se haga efectiva. En muchos casos, la omisión de una medida precautoria o la petición inoportuna de la misma llevará a que la sentencia sobre el fondo, aunque sea favorable, solo sirva para colgarla en el muro de las lamentaciones”⁷.*

En definitiva, la Tutela Cautelar es el mecanismo procesal establecido por el legislador para proteger los intereses de la parte activa de una relación procesal

⁵ ROMERO SEQUEL, A. (2014) *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos*. Santiago. Editorial Legal Publishing, pp. 178.

⁶ BORDALÍ SALAMANCA, A. (2001). *Op. Cit.* pp.53.

⁷ ROMERO SEQUEL, A. (2014). *Op. Cit.* pp.166.

presente o eventual, ante la prevista demora que tomará la resolución definitiva del conflicto jurídico por parte del juez, evitando cualquier alteración que pueda impedir que la sentencia que se dicte eventualmente no pueda llevarse a efecto.

Ahora bien, sin perjuicio que para efectos de este ensayo nos remitiremos a la conceptualización clásica de la Tutela Cautelar cabe señalar que la doctrina no se encuentra conteste respecto al alcance de esta institución. Pues, por una parte, existe la “visión restringida o tradicional” y por otra, la “visión extensiva o dinámica”.

La primera visión, esto es, la visión tradicional, es la concepción que hemos desarrollado en este primer acápite y cuya principal característica dice relación con el carácter instrumental y provisional de la Tutela Cautelar respecto a un proceso principal, todo lo cual desarrollaremos posteriormente.

Por su parte, la visión dinámica de la Tutela Cautelar supone no solo una amplitud y generalidad respecto a las medidas que pueden otorgarse en el ejercicio de la referida Tutela, sino que lo característico aquí es que la dictación de la medida “[no se encuentra] *ligada a un proceso “principal” con el carácter de necesidad*”⁸. Es decir, el ejercicio de la Tutela Cautelar no requiere como elemento *sine qua non* la existencia, ya sea futura o coexistente de un proceso, sin perjuicio, de que posterior a la dictación de la medida cautelar, el sujeto pasivo de ella pueda dar inicio a un proceso judicial con el fin evidente de que ponga término a dicha medida.⁹

Para esta visión doctrinaria, la Tutela Cautelar comprende no solo las medidas precautorias características de nuestro Código de Procedimiento Civil, sino que incluiría todas aquellas medidas que tienden a asegurar la eficacia de un derecho,

⁸ BORDALÍ SALAMANCA, A. (2001). *Op. Cit.* pp. 58.

⁹ Cfr.: BORDALÍ SALAMANCA, A. (2001). *Op. Cit.* pp. 63.

inclusive, por ejemplo, las medidas prejudiciales probatorias y preparatorias.¹⁰

Por último, cabe señalar que la Tutela Cautelar se materializa a través de las medidas, solicitudes o providencias cautelares. En el presente trabajo nos referiremos a ellas sin distinguos.

ii. Características

La doctrina clásica y más autorizada respecto a la materia¹¹, señala que son dos las características que definen a la Tutela Cautelar: la provisionalidad y la instrumentalidad. Sin perjuicio de ello, diversos autores han complementado dicha caracterización estableciendo otras características adicionales, que pasaremos a ver.

a. Provisionalidad

Esta característica es uno de los elementos que definen a la Tutela Cautelar y las medidas que ella engloba. La provisionalidad dice relación con que las medidas cautelares que se adopten en un determinado procedimiento judicial subsistirán durante dicho procedimiento siempre y cuando persistan las condiciones que hicieron necesaria su adopción y hasta que la sentencia definitiva dictada no se encuentre firme y ejecutoriada.

El profesor Calamandrei conceptualizó a esta característica en los siguientes términos *“la cualidad de provisoria dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia: que los efectos jurídicos de los mismas no sólo tienen*

¹⁰ Cfr.: ROMERO SEGUER, A. (2014). *Op. Cit.* pp.168.

¹¹ Ver: CALAMANDREI, P. (1996). *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires. Editorial El Foro.

*duración temporal (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas, como se dice con la cláusula rebus sic stantibus, de las cuales pueden nacer efectos dispositivos o negociales destinados a durar mientras permanezcan sin variar ciertas circunstancias de hecho propias de la relación sustancial, o en absoluto destinadas a valer solamente por un cierto tiempo, preestablecido por el juez o por la ley [...]), sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar dada a la primera, con la calificación de definitiva”.*¹²

En definitiva, la provisionalidad supone dos aspectos: (i) la medida cautelar es dictada con la cláusula *rebus sic stantibus*¹³ y, por tanto, solo se mantendrá vigente cuando las condiciones por las cuales se otorgó subsistan como tal; y, (ii) la medida cautelar solo se mantendrá vigente hasta que la sentencia definitiva haya sido dictada, se encuentre firme y, por tanto, pueda cumplirse.

Como ya hemos dicho la Tutela y sus medidas cautelares persiguen dar eficacia a la sentencia definitiva que se dicte en un procedimiento, y, por tanto, nunca puede ser considerada como una medida de carácter definitiva, pues en ningún caso establece derechos permanentes para las partes, sino que solo una mera expectativa de que la sentencia condenatoria que eventualmente se dicte, pueda hacerse efectiva y sea eficiente para el interés de la parte activa. Nada más.

¹² CALAMANDREI, P. (1996). *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires. Editorial El Foro, pp. 36-37.

¹³ Expresión en latín que se puede traducir como “estando así las cosas”.

Por último, cabe señalar que la característica analizada se encuentra expresamente acogida en nuestro Código de Procedimiento Civil y en específico, en el artículo 301 de dicho cuerpo legal. La citada disposición establece que: “*Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes*”.

b. Instrumentalidad

Esta característica tiene directa relación con la provisionalidad, pues supone que las medidas cautelares están erigidas como un instrumento o un medio para dar protección a la pretensión que se ejerce en un proceso principal; instrumentos o medios que tendrán siempre como límite su propio carácter provisional.

Respecto a esta característica Calamandrei lucidamente señaló que esta característica es definitoria de las medidas cautelares pues “nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito”.¹⁴ A ello agrega, el mismo autor “*la tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia [...]; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, **instrumento del instrumento***”.¹⁵

¹⁴ CALAMANDREI, P. (1996). *Op. Cit.* pp.44.

¹⁵ CALAMANDREI, P. (1996). *Op. Cit.* pp.45.

En definitiva, la Tutela Cautelar y consecuentemente, las medidas cautelares no pueden existir sin un proceso y una pretensión que proteger, pues la finalidad de la tutela es justamente tutelar una pretensión y con ello dar tiempo al órgano jurisdiccional para que lleve a cabo su labor sin el temor de que la sentencia definitiva que dicte no tenga sentido alguno para la parte que requirió del ejercicio de su función.

Por último, cabe señalar que si bien esta característica, a diferencia de la anterior, no se encuentra consagrada expresamente en el texto de nuestro Código de Procedimiento Civil, es posible extraerla de la interpretación de algunos artículos tales como, el artículo 290 que dispone que las medidas precautorias “*sirven para asegurar el resultado de la acción*”¹⁶, o también, del artículo 298 del mismo cuerpo legal, que dispone que las medidas cautelares “*deben limitarse a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio*”.

c. Proporcionalidad¹⁷

Esta característica¹⁸ significa que “*debe existir algún grado de adecuación entre la tutela provisional y la pretensión ejercida, de forma que la clase de cautela que se obtenga sea apta para satisfacer una eventual tutela definitiva posterior*”. En

¹⁶ Sin perjuicio de que, en la disposición citada, el CPC parece referirse a la pretensión y no a la acción, pues como bien sabemos esta última es aquella que se ejerce para poner en movimiento la función jurisdiccional, concepto distinto a la pretensión que es, en definitiva, el beneficio jurídico que se persigue por la parte que ejerce la acción. Ver: Nota pie página N°309 en CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Análisis Económico de las Medidas Cautelares Civiles*. Santiago. Editorial Legal Publishing.

¹⁷ Los autores Claudio Díaz Uribe y José Quezada Meléndez definen a esta característica como “Limitadas”. Ver: QUEZADA, J. (1997). *Las Medidas Prejudiciales y Precautorias*. Santiago. Editorial Digesto. pp. 49. y DIAZ, C. (2004). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Santiago. Editorial Lexis Nexis. pp.418.

¹⁸ Juan Carlos Marín establece a la proporcionalidad no como una característica, sino que como un principio de las medidas cautelares. Ver: MARÍN GONZALEZ, J. (2017). *Tratado de las Medidas Cautelares. Doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, pp.305.

otras palabras, es el “nivel de eficacia cualitativa de la tutela cautelar”.¹⁹

Se encuentra expresamente recogida la primera parte del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil que dispone: “Las medidas de que trata este Título se limitaran a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio.”

Bajo mi perspectiva, la proporcionalidad supone dos aspectos o caras de una misma situación. Por un lado, la característica en estudio supone que las medidas cautelares deben ser correlativas u homogéneas con la pretensión deducida en juicio, es decir, debe existir una relación e identidad entre ellas, por ejemplo, en el ejercicio de una acción de cobro de pesos lo homogéneo es que se solicite la medida cautelar de retención de bienes determinados, pero no sería homogéneo solicitar la medida cautelar de prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados, salvo que las circunstancias del caso lo exigieren. Es decir, para conceder la medida cautelar el juez debe obligatoriamente revisar la pretensión deducida en juicio y verificar que la medida solicitada tenga relación y sirva efectivamente para su cautela.

Por otro lado, supone además que las medidas cautelares deben limitar su extensión a lo estrictamente necesario²⁰, pues como ya adelantamos, estas nunca deben transformarse en medidas de presión o abuso para la contraparte.

Asimismo, quedó plasmado en el Mensaje del Código de Procedimiento Civil en el cual expresamente se señaló que respecto a la regulación de las medidas precautorias “*se hace preciso conciliar la seguridad del derecho del actor y el respeto a la propiedad del demandado. Menester es limitar dichas medidas a lo*

¹⁹ CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Análisis Económico de las Medidas Cautelares Civiles*. Santiago. Editorial Legal Publishing, pp. 206-207.

²⁰ Cfr.: DIAZ, C. (2004). *Op. Cit.* pp. 418.

estrictamente indispensable para que no se burle la acción del demandante y evitar al mismo tiempo que con ellas sufra menoscabo el derecho de terceros”.

Por tanto, este segundo aspecto supone que el juez al momento de dictaminar si procede o no una medida cautelar, debe tener en consideración que esta no se transforme en un gravamen o apremio que sea excesivo y sobre cautele la pretensión del demandante. Al respecto, el profesor Quezada señala que con esta característica *“se ampara el derecho de propiedad del demandado sobre sus bienes y se evita un ejercicio abusivo de sus derechos por el actor. La providencia que no respeta este principio sería también abusiva, como si el juez decretara una prohibición de enajenar un inmueble de valor superior a \$5.000.000.- por un crédito de \$500.000”*.²¹ Asimismo, el profesor Nicolás Carrasco es enfático en señalar que la ponderación que haga el juez respecto de los dos aspectos ya descritos no supone nunca que este deba hacer una ponderación a favor de los intereses del demandado, sino que, únicamente debe remitirse y limitarse a no extralimitar, con su decisión, la proporcionalidad que debe existir entre la medida cautelar que conceda y la eventual sentencia definitiva que dicte.²²

d. Dispositivas

Esta característica dice relación con que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es que las medidas cautelares, son actos procesales de parte y, por tanto, deben ser decretadas a petición de la parte demandante y nunca declaradas de oficio por el Tribunal.²³ La excepción a esta regla la encontramos en

²¹ QUEZADA, J. (1997). *Op. Cit.* pp.49.

²² Cfr.: CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Op. Cit.* pp. 208.

²³ CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Op. Cit.* pp. 211.

materia de alimentos ante los Tribunales de Familia²⁴, en materia ambiental ante los Tribunales Ambientales²⁵ y en temas de libre competencia ante los Tribunales de la Libre Competencia²⁶. En todas las sedes referidas el Tribunal puede de oficio, decretar una medida cautelar.

e. Acumulabilidad

Nuestro Código de Procedimiento Civil, supletorio a los demás procedimientos especiales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, autoriza expresamente la posibilidad de solicitar más de una medida cautelar. En efecto el artículo 290 del referido Código dispone expresamente que: “*Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas (...)*”.²⁷; asimismo, es posible encontrar esta característica en el artículo 300 del mismo Código, que dispone: “*Estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes*”.

f. Sustituibilidad

En relación directa con la característica señalada precedentemente, la doctrina señala que la sustituibilidad importa que “*el demandante puede pedir su reemplazo por otra u otras que cautelen mejor sus intereses*”.²⁸

g. No taxatividad

²⁴ Ley N°19.968, Crea los Tribunales de Familia.

²⁵ Ley N°20.600, Crea los Tribunales Ambientales.

²⁶ Decreto Ley N°211, Que fija normas para la defensa de la libre competencia.

²⁷ Cfr.: QUEZADA, J. (1997). *Op. Cit.* pp. 49.

²⁸ DIAZ, C. (2004). *Op. Cit.* pp. 418.

Esta característica emana del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto señala en su parte final que: *“Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen”*. Asimismo, cabe señalar lo dispuesto por el artículo 300 del mismo cuerpo legal que establece que: *“Estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes”*.

La doctrina ha señalado que esta característica consiste en que *“la ley permite que el actor solicite otras medidas cuando considera que las ordinarias no son completamente eficaces”*. Asimismo, otros autores han señalado que respecto de esta característica emana justamente la *“potestad cautelar general del Juez”*, lo cual implica que *“[sic: se faculta] al juez a dictar medidas cautelares idóneas para la salvaguardia del objeto litigioso y el aseguramiento de la ejecución específica de la sentencia. [...] se pueden cobijar todas aquellas medidas que carecen de una regulación especial en la ley”*.²⁹

En definitiva, la no taxatividad supone, que ni el juez ni el actor se encuentran limitados a conceder o solicitar, respectivamente, únicamente las medidas cautelares establecidas expresamente en la ley. Pudiendo, cualquiera de dichos sujetos solicitar una medida cautelar que provenga de su propia creatividad o imaginación y que tenga como fin cautelar la pretensión deducida en juicio.

iii. Clasificación

La Tutela Cautelar admite una serie de clasificaciones, tales como:

²⁹ DIAZ, C. (2004). *Op. Cit.* pp. 418-419

1. En relación con el objeto de protección de la tutela, la Doctrina otorga la siguiente clasificación³⁰:

- Protección de bienes (bienes materiales o inmateriales, sobre los cuales la Tutela Cautelar persigue asegurar la eventual ejecución forzosa de una eventual sentencia);

- Protección de derechos litigiosos o ciertos (dice relación con, por ejemplo, el embargo preventivo, el secuestro, el depósito judicial de la cosa acerca de la cual se litiga, entre otras);

- Protección de personas que litigan o desean litigar;

- Protección de medios de confirmación procesal (son aquellas que protegen la producción anticipada de prueba), y

- Protección de la regular continuación del proceso (aplicable en materia penal, como, por ejemplo, la medida cautelar de la prisión preventiva).

2. En relación con el contenido de la tutela, Calamandrei³¹ la clasifica en:

- Providencias instructoras anticipadas: Son aquellas que “*en vista de un futuro posible proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno*”³². El CPC establece este tipo de medidas en su título IV del libro II, bajo la denominación de medidas prejudiciales

³⁰ ALVARADO VELLOSO, A. (2011). *Op. Cit.* pp. 58.

³¹ CALAMANDREI, P. (1996). *Op. Cit.* pp. 51.

³² CALAMANDREI, P. (1996). *Op. Cit.* pp. 53.

probatorias, las que, tienen por objeto obtener medios de prueba, que en durante el juicio posterior, sean de difícil realización o recaigan sobre hechos o personas que pueden fácilmente desaparecer.

- Providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada: Son aquellas que *“sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”*³³. Nuestro CPC recoge estas medidas en las que denomina como precautorias previstas en el título V del Libro II del CPC, pues todas ellas persiguen asegurar un determinado conjunto de bienes a fin de poder ejecutar el eventual fallo que se dicte.

- Anticipación de providencias decisorias: Son aquellas en que *“se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la sentencia definitiva”*³⁴, es decir, son aquellas que persiguen *“precaver un daño, mientras se dicta la providencia definitiva”*.³⁵ Los ejemplos clásicos de esta medidas son los alimentos provisorios regulados en el artículo 4° de la Ley N°14.908 y la suspensión provisional de la ejecución de obra en el interdicto posesorio de obra nueva, previsto en el artículo 565 del CPC

- Las cauciones procesales: Son aquellas medidas en que existe *“la imposición por parte del juez de una caución”*³⁶, cuya finalidad es el *“aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podrá surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada, a favor de aquel contra quien se ha ejecutado”*.³⁷ Con esta clasificación se alude a lo que es conocido como la

³³ CALAMANDREI, P. (1996). *Op. Cit.* pp. 56.

³⁴ CALAMANDREI, P. (1996). *Op. Cit.* pp.58.

³⁵ QUEZADA, J. (1997). *Op. Cit.* pp. 65.

³⁶ CALAMANDREI, P. (1996). *Op. Cit.* pp. 63.

³⁷ CALAMANDREI, P. (1996). *Op. Cit.* pp. 64.

“contra cautela”, es decir, la cautela de la cautela, pues con la caución lo que se persigue justamente es cautelar los intereses de aquel afectado con la medida cautelar que se dicte en su contra. En nuestro CPC la exigencia de la caución se encuentra contemplada expresamente respecto de las medidas prejudiciales precautorias, según lo dispuesto por el artículo 279 y respecto de las medidas precautorias que no es encuentren expresamente reguladas en la ley - innominadas-, el Tribunal podrá exigir caución según lo dispuesto por el artículo 300 del CPC.

3. Según la forma en que se encuentran reguladas por el legislador:

Según este criterio, las medidas son nominadas o innominadas.

Son nominadas aquellas que el legislador ha contemplado expresamente en la ley. Estas son, por ejemplo, las del artículo 290 del CPC, las del artículo 85 D de la Ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual o las del artículo 48 de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Son innominadas aquellas que el legislador no contempló en la ley, facultando a las partes de un litigio o al juez, a solicitar y/o decretar las que estimen pertinentes de acuerdo con la pretensión que se pretende cautelar. He aquí la expresión del poder cautelar general, en virtud del cual, el juez podría decretar una medida distinta de las nominadas en la ley y que provenga exclusivamente de su creatividad e imaginación, siempre y cuando, mantenga las características básicas de la Tutela Cautelar, a las cuales ya nos hemos referido.

Las medidas innominadas no son ajenas en nuestro ordenamiento, así cabe señalar el artículo 300 del CPC que permite al tribunal implícitamente decretar

medidas no contempladas en dicho cuerpo legal. Asimismo, cabe señalar otros ejemplos, tales como, el artículo 24 de la Ley N°20.600³⁸, o el artículo 444 inciso primero del Código del Trabajo.³⁹, entre otras disposiciones.

4. Según los efectos de la Tutela Cautelar.

En relación con lo anterior, la doctrina hace la siguiente clasificación: Medidas conservativas e innovativas. Para efectos prácticos, en este trabajo nos avocaremos en específico a esta clasificación, por la relevancia que tienen, en específico, las medidas innovativas en materia ambiental y en general, en los nuevos procedimientos existentes en nuestra legislación.

a. Medidas conservativas

Estas medidas cautelares son aquellas que persiguen mantener un *status quo*, o como lo señala su nombre, persiguen “conservar” una determinada situación, patrimonio, bienes, entre otros; teniendo como límite claro el que dicho *status quo* no implique un adelantamiento de la providencia definitiva.

En efecto, la doctrina ha definido a estas medidas como aquellas que “*tienden a mantener el estado de cosas anterior al proceso principal*”⁴⁰ y su finalidad “es

³⁸ Norma que señala “*Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, 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*”.

³⁹ Que establece “*En el ejercicio de su función cautelar, el juez decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes para garantizar el monto de lo demandado.*”

⁴⁰ CORTEZ, G. (2017). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Santiago. Editorial Thomson Reuters. Recuperado en:

*impedir que mientras dure el pleito, alguna de las partes ejecute actos jurídicos o de hecho que alteren la situación existente o se abstenga de hacerlo y de esa ejecución o abstención se siga una afectación para la efectividad de la sentencia”.*⁴¹

b. Medidas innovativas

Las medidas innovativas o anticipativas son aquellas que, como adelanta su nombre, otorgan de forma anticipada, es decir, sin la dictación de la providencia definitiva, la pretensión ejercida en juicio, modificando con ello una situación de hecho y/o derecho existente. Es decir, estas medidas adelantan los efectos de la sentencia definitiva en caso de que ésta fuere favorable a lo solicitado por la parte.

Han sido definidas como “*aquellas que tienden a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas (sin perjuicio de la regulación que pueda hacer el legislador en determinados casos), otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda*”.⁴² De igual forma, se definen también como “*la medida excepcional, que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o que se retrotraigan los resultas consumadas de una actividad de igual tenor. La medida es excepcional en tanto, sin que medie sentencia firme, ordena*

<https://proviewthomsonreuterscom.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2016%2F42070441%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=8dadf52e7ef9a0bf451ec3832cba3d9b&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>

⁴¹ CORTEZ, G. (2017). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Santiago. Editorial Thomson Reuters. Recuperado en:

<https://proviewthomsonreuterscom.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2016%2F42070441%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=8dadf52e7ef9a0bf451ec3832cba3d9b&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>

⁴² CARBONE, C. (2009). *Esquicio diferenciador entre la medida cautelar innovativa y el despacho interino de fondo*. En: PEYRANO, J. *Medida Innovativa*. Buenos Aires. Editorial Rubinzal- Culzoni, pp 83-106, pp.85.

*que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente”.*⁴³

De forma palmaria, estas medidas, requieren una mayor intervención o injerencia por parte del juez, pues, en definitiva, suponen dar una decisión anticipada del conflicto sometido a su decisión, pudiendo proceder a su dictación incluso sin haber concluido, por ejemplo, la fase de discusión y prueba, todo lo que supone que se está otorgando sin título lo pedido en la demanda, situación contraria al clásico principio del derecho procesal: *Nulla executio sine titulo* (Sin título, no hay ejecución).

iv. Principios informativos

Algunos principios que informan a la Tutela Cautelar son, por ejemplo, la mínima injerencia y la responsabilidad. Lo anterior sin perjuicio que algunos autores los han desarrollado y clasificado no como principios, sino que como características.

Para efectos de este trabajo, los desarrollaré como principios, pues considero, que más bien dicen relación con aspectos que deben ser considerados por el juez al momento de decretar una medida cautelar, más que aspectos esenciales o característicos de las mismas.

a. Mínima injerencia

⁴³ PEYRANO, Jorge. (1981). *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires. Editorial Depalma. pp. 13. En: ROMERO SEGUÉL, A. (2001). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil Chileno*. En Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, N°2, abril, pp. 44.

En relación con la proporcionalidad, algunos autores han desarrollado el principio de la mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado o sujeto pasivo. Este principio tiene como premisa el hecho de que las medidas cautelares generan perjuicios al sujeto o patrimonio sobre el cual se imponen. Justamente son dichos perjuicios los que el Juez, al momento de decretar una medida cautelar, debe procurar evitar.

El profesor Marín señala que “*este principio busca que los jueces limiten al máximo el componente opresivo que toda medida cautelar lleva consigo; de este modo, el tribunal debería sólo conceder aquellas medidas estrictamente necesarias y que guarden proporción con la pretensión hecha valer por el demandante*”.⁴⁴ Asimismo, con este principio o criterio delimitador se persigue evitar o frenar el ejercicio abusivo de la tutela cautelar.⁴⁵

Se materializa en dos aspectos: (i) En nuestro ordenamiento encuentra regulación normativa en el artículo 298 del CPC, que dispone: “*Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio*”; (ii) Cuando es posible decretar dos o más medidas cautelares igualmente idóneas, frente a dicha situación, el juez en virtud de la mínima injerencia orientará su decisión a fin de descartar una o varias o para preferir otra u otras.⁴⁶

b. Responsabilidad

⁴⁴ MARÍN, J. (2017). *Tratado de las Medidas Cautelares. Doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, pp.307.

⁴⁵ ROMERO SEGUEL, A. (2014). *Op. Cit.* pp. 188.

⁴⁶ CORTEZ, G. (2017). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Santiago. Editorial Thomson Reuters. Recuperado en:

<https://proviewthomsonreuterscom.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALAY%2F2016%2F42070441%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=8dadf52e7ef9a0bf451ec3832cba3d9b&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>

Este principio supone que “*las medidas cautelares se conceden por cuenta y riesgo de quien las solicita*”⁴⁷, y persigue establecer desincentivos a la adopción y solicitud de medidas cautelares no óptimas, y a su vez, persigue indemnizar a aquellos sujetos pasivos que se hayan visto injustificadamente afectados con una medida cautelar.⁴⁸

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación orgánica ni mucho menos un sistema de responsabilidad respecto de los daños causados con la concesión de una medida cautelar. Solo existe el artículo 280 del CPC que establece un caso de responsabilidad objetiva, para el solicitante de una medida prejudicial precautoria que no presente su demanda en un plazo de 10 días, ni solicita que se mantenga la medida como precautoria propiamente tal, o bien, que el Tribunal al resolver sobre dicha petición no la mantiene en carácter de precautoria. En esos casos el solicitante quedará responsable de todos los perjuicios causados con la medida, considerándosele además doloso su procedimiento.

La referida norma es aislada, pues su aplicación es restringida a las medidas prejudiciales precautorias, no pudiendo derivarse de ella una regla general de aplicación para todo nuestro sistema cautelar. El sistema de responsabilidad aplicable para los demás casos es el de responsabilidad extracontractual contemplado en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.⁴⁹

De igual forma, otra medida contemplada por nuestro legislador para hacer frente a los eventuales daños que pueda sufrir el sujeto pasivo de una medida cautelar,

⁴⁷ CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Op. Cit.* pp. 208.

⁴⁸ Cfr.: RAMOS ROMEU, F. (2006). *Op. Cit.* pp. 179.

⁴⁹ Cfr.: CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Op. Cit.* pp. 210.

es la imposición de la constitución por el solicitante de una caución. Con todo, su aplicación también es restringida, pues como veremos, la caución es requerida solo cuando se solicite una medida prejudicial precautoria o cuando se solicite una medida precautoria de aquellas no expresamente reguladas por la Ley.

¿Es necesario un sistema de responsabilidad claro aplicable a la concesión de medidas cautelares? ¿Un sistema de responsabilidad objetiva o un sistema de responsabilidad por culpa?

Frente al vacío legal existente respecto a la materia, es claro que la respuesta a la primera pregunta es un sí. Es necesario un sistema de responsabilidad que establezca con claridad los incentivos para evitar la concesión y solicitud de medidas abusivas; establezca una regla clara de reparación de los perjuicios que eventualmente ocasionen las medidas; y, un procedimiento procesal especial y expedito para la obtención de dicha reparación.

Ahora bien, respecto a la segunda pregunta la respuesta no es unívoca. La doctrina ha oscilado entre un sistema de responsabilidad objetiva y un sistema de responsabilidad por culpa. Así las cosas, se ha sostenido que: "*Quien solicita una medida precautoria debe tener plena conciencia de la responsabilidad que asume al poner en marcha un arma muy celosa que, por lo tanto, requiere de un cuidado superior al común; y si los hechos demuestran luego que la trabó mal es imposible que se exima de responsabilidad argumentando que su conducta no es culpable*".⁵⁰

Por otra parte, se ha señalado que "*para responsabilizar por daños a quien ha solicitado y obtenido una cautelar indebidamente o sin derecho se requiere, amén*

⁵⁰ RAMÍREZ, J. (1976). *Medidas cautelares*. Buenos Aires. Editorial Depalma. pp. 71. En: CORTEZ, G. (2017). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Santiago. Editorial Thomson Reuters.

*de la existencia de un perjuicio susceptible de apreciación, la concurrencia del elemento subjetivo —dolo, culpa, negligencia, exceso o abuso del derecho— conforme los principios generales que rigen la responsabilidad civil”.*⁵¹

Asimismo, algunos autores nacionales como Juan Carlos Marín consideran que establecer un sistema de responsabilidad objetiva es olvidar el por qué existe la Tutela Cautelar, es olvidar que nuestro Sistema Judicial es lento e ineficiente, y que por tanto, la Tutela Cautelar existe porque es el remedio para dicho problema, no pudiendo entonces, establecerse una regla que permita que la sola solicitud de una medida cautelar haga responsable al solicitante de todos los perjuicios que con ella se ocasionen; pues en definitiva, sin dolo, culpa ni desproporción solo se está ejerciendo legítimamente un derecho establecido por la ley.⁵²

En sentido opuesto, el profesor Nicolás Carrasco considera que el sistema de responsabilidad aplicable a la materia debería ser el de la responsabilidad objetiva, por una serie de razones, que pasaré a sintetizar:

- (i) Los daños que pueden generar una medida cautelar son de aquellos llamados “unilaterales”, es decir, aquellos en que solo el solicitante de la medida puede evitar y, por tanto, es él, el que mejor puede controlar el acaecimiento de estos. Por tanto, en ese sentido el juez solo debería entrar a conocer la magnitud de los daños, nada más.⁵³
- (ii) En un sistema de responsabilidad objetiva, se elimina la dificultad que

⁵¹ BADUEL, M. y BADUEL, J. (1999) *Medidas cautelares trabadas indebidamente. Responsabilidad.*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, pp. 91. En: CORTEZ, G. (2017). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil.* Santiago. Editorial Thomson Reuters.

⁵² Cfr.: MARÍN, J. (2017). *Op. Cit.* pp. 316-318.

⁵³ Cfr.: CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Op. Cit.* pp. 149.

importa determinar *a posteriori* la existencia de culpa en la actuación del solicitante de una medida cautelar.⁵⁴

- (iii) Con la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva se logra que sea el mismo juez que concedió la medida cautelar el que se pronuncie sobre la responsabilidad del solicitante por los daños generados con la medida.⁵⁵
- (iv) Establecer un sistema de responsabilidad por culpa implica, frente a la diversidad de medidas cautelares existentes, consagrar un estándar de debido cuidado exigible para cada una de ellas, lo cual generaría una mayor incertidumbre y menor seguridad en los litigantes.⁵⁶
- (v) Un sistema de responsabilidad por culpa no permite optar por la medida más eficiente, entre dos o más medidas óptimas, pues el solicitante no tiene incentivo alguno para optar por aquellas medidas que menor daño cause, pues solamente será responsable si se acredita que actuó con negligencia.⁵⁷

En definitiva, concluye que: *“el mejor sistema es el de responsabilidad objetiva, ya que induce a la reducción de los costos sociales involucrados, ponderados por las probabilidades de error, de una mejor manera que en un sistema por culpa, el que, frente a diversas medidas óptimas, pero con diferentes niveles de costos asociados, no permite la elección de la mejor alternativa”*.⁵⁸

v. Presupuestos de aplicación

⁵⁴ Cfr.: CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Op. Cit.* pp. 150.

⁵⁵ Cfr.: CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Op. Cit.* pp. 150.

⁵⁶ Cfr.: CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Op. Cit.* pp. 238.

⁵⁷ Cfr.: CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Op. Cit.* pp. 176.

⁵⁸ CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Op. Cit.* pp. 239.

La Tutela Cautelar en nuestro ordenamiento jurídico exige, de forma genérica y sin excepciones, la concurrencia de dos elementos: El *periculum in mora* o peligro en la demora y el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

Asimismo, en determinadas ocasiones, supone para su aplicación, un requisito adicional: La Caución, que debe ser constituida por el solicitante de la medida, a fin de responder de los eventuales perjuicios que sufra el demandado, por su concesión.

Pasaremos a ver cada uno de estos presupuestos.

a. Periculum in mora

El *periculum in mora* o el peligro en la demora es en palabras de Calamandrei “*el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario*”.⁵⁹

En definitiva, es el peligro jurídico que emana del probable retraso o mora en la dictación de la sentencia definitiva, y que puede permitir que el demandado, por ejemplo, haga desaparecer sus bienes, caiga en insolvencia y que haga que la eventual sentencia definitiva sea totalmente ineficaz e inútil para los intereses perseguidos por el demandante, esto es, el peligro de retardo; o, que dicha demora genere un perjuicio irreparable por la demora en recibir la prestación que se perseguía con la tramitación del juicio y su consecuente sentencia, esto es, el peligro de infructuosidad.

⁵⁹ CALAMANDREI, P. (1996). *Op. Cit.* pp. 42.

Pareciera que cada vez que se somete una pretensión a la decisión de un Tribunal y se da inicio a un litigio la demandante se enfrenta en mayor o menor medida ante este peligro, pues como ya vimos nuestros procedimientos por regla general suponen años de tramitación antes de llegar a la dictación de la sentencia definitiva. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario aclarar que el daño no siempre provendrá de la duración del procedimiento, sino que dicha duración es la ocasión para que el peligro se actualice, para que el daño se produzca, pero no es *per se* el origen inmediato del daño.⁶⁰ Es por ello por lo que se requiere un requisito adicional para la concesión de una medida cautelar, este es, el *fumus boni iuris*, que pasaremos a ver.

Por último, cabe señalar que, este requisito en nuestro ordenamiento jurídico carece de una formulación general y por tanto, lo encontramos en diversas disposiciones de nuestro CPC, tales como: El artículo 291 del CPC establece que procede el secuestro, entre otros requisitos, cuando “*haya justo motivo de temer que se pierda o deteriore (...)*” la cosa sobre la cual recaerá la medida de retención; El artículo 293 del CPC establece que habrá lugar al nombramiento de un interventor, entre otros casos, cuando “*haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burlados*”; El artículo 295 del CPC establece que procederá la retención de bienes del demandado “*cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes*”.

b. Fumus boni iuris

⁶⁰ Cfr.: ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, pp. 16. En: CORTEZ, G. (2017). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Santiago. Editorial Thomson Reuters.

El *fumus boni iuris* o humo de buen derecho, es otro de los requisitos indispensables que deben concurrir para que el Tribunal decrete una medida cautelar. Este requisito o elemento esencial supone que el derecho que se invoca tiene que revestir caracteres de verosimilitud respecto de su existencia, o de a lo menos su germen.

En palabras doctrinarias este requisito supone que “*al menos la existencia de ese derecho que se afirma aparezca como posible*”⁶¹; que “*(...) en una primera aproximación y en sede provisional, (...) razonablemente hay probabilidades de obtener una sentencia favorable*”.⁶² Asimismo, ha sido definido como aquel “*juicio de verosimilitud acerca de la existencia del derecho que se reclama*”.⁶³

Ahora bien, lo anterior no supone que el solicitante de la medida deba acreditar fehacientemente la existencia y legitimidad del derecho que reclama, pues eso implicaría adelantar o derechamente imponer una carga probatoria que corresponde a una etapa diversa –término de prueba- y porque además, el solicitante en ningún caso debe lograr la convicción del juez –que se producirá o no en la dictación de la sentencia definitiva- sino que solo debe acreditar que la existencia de los hechos en que funda su pretensión son más probables que su negación.⁶⁴ El juez por lo tanto deberá efectuar, en palabras de Calamandrei “*un juicio de probabilidades y de verosimilitud*”⁶⁵, esto implica que “*basta que, según un*

⁶¹ MARÍN, J. (2017). *Op. Cit.* pp. 329.

⁶² MARÍN, J. (2017). *Op. Cit.* pp. 329.

⁶³ ROMERO SEQUEL, A. (2014). *Op. Cit.* pp. 173.

⁶⁴ Cfr.: ISENSEE, C. (2018). *Prueba y medidas cautelares en el derecho administrativo sancionador, penal y civil*. Santiago. Editorial Librotecnia, pp. 129.

⁶⁵ CALAMANDREI, P. (1996). *Op. Cit.* pp. 77.

*cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar”.*⁶⁶

A diferencia del peligro en la demora, el *fumus boni iuris* se encuentra recogido en nuestra legislación por medio de una fórmula general que encontramos en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil en cuanto dispone que: “(...) *deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.*”

c. La caución

La caución o también conocida como “contra cautela”, en términos del artículo 44 del Código Civil es “*cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda.*”; en palabras simples, es aquella garantía patrimonial que tendrá que constituir el solicitante de una medida cautelar para asegurar la reparación de los eventuales perjuicios que pueda sufrir el sujeto pasivo de la medida por su concesión e imposición.

Su función principal es dar protección a los intereses del demandado, sobre el cual recaerá la medida cautelar. En términos de Gonzalo Cortez “*La caución juega como la máxima garantía que un sistema de medidas cautelares debe conceder al demandado. Esta función de garantía se cumple, primero, dando seguridad al demandado de que será resarcido de los perjuicios que pueda sufrir por la*

⁶⁶ CALAMANDREI, P. (1996). *Op. Cit.* pp. 77.

concesión de una medida que a la postre resulte infundada, de otra parte, sirve para contener solicitudes injustificadas de tutela cautelar.”⁶⁷

De lo señalado por el citado autor se desprende que la caución tiene por los menos dos fines, uno preventivo y uno represivo. Por una parte, la caución busca prevenir que los eventuales perjuicios sufridos por el demandado queden sin ser reparados por el solicitante y, por tanto, responsable de ellos; y por otra parte, la caución persigue evitar o reprimir la interposición de solicitudes cautelares infundadas o abusivas.

Ahora bien, cabe señalar que, en nuestro ordenamiento, no es un presupuesto general para la concesión y/o ejecución de las medidas cautelares. Su exigencia se encuentra limitada a la concesión de las medidas prejudiciales precautorias, según lo dispone el artículo 279 del CPC; a la concesión de medidas precautorias cuando tratándose de “casos graves y urgentes”, el solicitante no pueda acompañar junto a la solicitud los comprobantes que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que reclama (el *fumus boni iuris*), según lo dispone el artículo 299 del CPC; y, en el caso del artículo 298 del CPC, cuando el juez concede una medida precautoria innominada.

vi. Regulación normativa en Chile

Nuestro Derecho Procesal Civil regula a la Tutela Cautelar de la siguiente forma:

⁶⁷ CORTEZ, G. (2017). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Santiago. Editorial Thomson Reuters. Recuperado en: <https://proviewthomsonreuterscom.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALAY%2F2016%2F42070441%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=8dadf52e7ef9a0bf451ec3832cba3d9b&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>

(i) El Código de Procedimiento Civil contiene una regulación orgánica y sistemática de la Tutela Cautelar, de singular importancia, pues no debemos olvidar que este cuerpo legal y en específico, su Libro I y II, aplica supletoriamente frente a otros procedimientos civiles (sumarios, ejecutivos, etc.) e inclusive a procedimientos penales y especiales.

El Código de Procedimiento Civil distingue a las medidas cautelares entre medidas prejudiciales precautorias⁶⁸ y medidas precautorias propiamente tal. Ambas se encuentran reguladas en el Libro II del referido Código, las primeras, en el Título IV y las segundas, en el Título V.

(ii) Asimismo, dentro del Código de Procedimiento Civil pero fuera de los Títulos señalados, se consagran otras medidas cautelares, tales como, la suspensión de la obra en el interdicto de obra nueva contemplado en el artículo 565, entre otras.

(iii) Fuera del Código de Procedimiento Civil encontramos una serie de medidas cautelares en Leyes Especiales relativas a derecho de familia, ambiental, propiedad intelectual, competencia, entre otros.

(iv) Finalmente, cabe señalar las medidas innominadas, las que según lo dispuesto por el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, el juez puede crear prudencialmente.

vii. Consideraciones básicas sobre la eficiencia de las Medidas Cautelares

⁶⁸ Sin perjuicio, de que el CPC contempla también como medidas prejudiciales las probatorias y preparatorias, que no persiguen el mismo fin que las precautorias, en tanto, cautelares, sino que solo buscan, en palabras simples, evitar adelantar prueba y preparar la acción que se deducirá en un juicio eventual, respectivamente.

La Tutela Cautelar supone establecer un mecanismo de incentivos en que “*se adopten medidas óptimas, es decir, medidas que tratan de impedir unos daños elevados, causando unos daños menores*”.⁶⁹

La eficiencia de las Medidas Cautelares supone establecer incentivos para que los litigantes opten por aquellas medidas que siendo óptimas para la cautela de sus intereses sean además aquellas que generen un menor daño al sujeto pasivo y a terceros.

Ahora bien, ¿cómo determinamos si una medida cautelar es eficiente? En la obra del profesor Nicolás Carrasco se desarrolla y efectúa con detenimiento la respuesta a esta interrogante, desde la aplicación del análisis económico del derecho. En el presente acápite, intentaré explicar sucintamente lo propuesto por el referido autor.

Primero, debemos establecer que los litigantes pueden enfrentarse a la disyuntiva de elegir dos o más medidas cautelares óptimas, estas son, aquellas que son útiles para tutelar sus intereses jurídicos. Ahora bien, una medida cautelar óptima no es necesariamente eficiente, como pasaremos a ver.

Para determinar si la medida óptima solicitada es eficiente tendremos que tomar en cuenta, principalmente cinco variables⁷⁰: (i) la probabilidad del demandante de obtener una sentencia favorable; (ii) el daño probable que sufrirá el demandante en caso de no concedérsele la medida; (iii) la probabilidad del demandado de obtener una sentencia favorable; (iv) el daño probable que sufrirá el demandado en caso de que se conceda la medida en su contra; y, (v) la probabilidad de causar daños a terceros con la concesión de la medida.

⁶⁹ RAMOS ROMEU, F. (2006). *Op. Cit.*, pp.177.

La eficiencia de una medida óptima se determina por medio del análisis del resultado de: la multiplicación de [la probabilidad de obtener un resultado favorable por el demandante] con [el daño probable que sufrirá en caso de no concedérsele la medida] contra, la multiplicación de [la probabilidad de obtener un resultado favorable por el demandado] con [el daño probable que le generará al demandado la concesión de la medida] más [la probabilidad de generar daños a terceros].

Si el primer resultado es mayor que el segundo, la medida es eficiente; si el primer resultado es menor que el segundo, entonces la medida no es eficiente.

Ahora bien, entre dos medidas óptimas y eficientes, debe elegirse aquella cuyo resultado sea menor, es decir, aquella que en definitiva genere un menor daño y, por tanto, un mayor beneficio social respecto de los daños que podría sufrir el demandante por la no concesión de la medida.

Estas no son las únicas variables que se han considerado en el análisis de la eficiencia de las medidas cautelares, así el profesor Nicolas Carrasco señala que debe tenerse en cuenta el activo del demandante, a fin de evitar el abuso de la tutela cautelar, basado en la robustez del patrimonio del demandante para enfrentar y resarcir los perjuicios que pueda generar con la medida cautelar solicitada. Por tanto, el activo del demandante debe ser equivalente a la sumatoria de la probabilidad de los daños que puedan sufrir tanto el demandante, por la no concesión de la medida, como el demandado por la concesión de esta.⁷¹

Por último, señala que debe tenerse en consideración la variable de la caución o fianza. La cuantía de esta debe ser levemente menor a lo obtenido de la sumatoria de la probabilidad de los daños que puedan sufrir tanto el demandante, por la no concesión de la medida, como el demandado por la concesión de esta. En definitiva,

⁷¹ CARRASCO DELGADO, N. (2012). *Op. Cit.* pp. 171.

la caución debe ser levemente menor que los eventuales daños que la medida ocasiona en general, de otra forma, perdería interés la petición de la tutela cautelar.

II. LA TUTELA CAUTELAR EN LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

1. Sin perjuicio, de la labor que efectúan los Tribunales Ambientales, de aprobación y control de determinadas “Medidas Provisionales” decretadas por la Superintendencia de Medio Ambiente, según lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley N°20.417.⁷²⁷³ En este trabajo de investigación, nos avocaremos en específico, a la Tutela Cautelar que ejercen estos Tribunales en los procedimientos de responsabilidad de daño ambiental.

La Ley N°20.600 del año 2012, que creó los Tribunales Ambientales establece en su artículo 24 una especial regulación de la Tutela Cautelar aplicable a los procedimientos de responsabilidad por daño ambiental.

El artículo 24, intitulado “De las medidas cautelares”, contiene una serie de particularidades en relación con la regulación que otorga el Código de Procedimiento Civil respecto a la materia. Lo anterior, sin perjuicio de que los Libros I y II de dicho cuerpo legal son aplicables supletoriamente a lo dispuesto por la Ley

⁷² Ley N°20.417 “Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente”.

⁷³ Según lo dispuesto por el artículo 48, en aquellos casos en que la Superintendencia del Medio Ambiente fuere a decretar alguna de las siguientes medidas provisionales: (i) Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones; (ii) Detención del funcionamiento de las instalaciones; o, (iii) Suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental, deberá obtener previamente, por la vía más expedita posible, la autorización del Tribunal Ambiental. La misma exigencia aplica cuando la Superintendencia requiera: (a) Suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de un proyecto o actividad genere un daño grave e inminente para el medio ambiente, a consecuencia del incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en dichas resoluciones, o, (b) Suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias, para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de los proyectos o actividades, genere efectos no previstos en la evaluación y como consecuencia de ello se pueda generar un daño inminente y grave para el medio ambiente.

N°20.600, según lo ordena su artículo 47.⁷⁴

2. La disposición en comento inicia señalando cuál es la finalidad que persiguen las medidas cautelares en sede ambiental, el que es “*resguardar un interés jurídicamente tutelado*”. Previo a continuar con el análisis de la norma en comento, cabe detenerse, en la frase: “*interés jurídicamente tutelado*”; si bien la Ley nada dice respecto a su sentido y alcance, intentaremos brevemente dilucidar que debe entenderse por ella.

El concepto de “interés jurídico” ha sido definido por la doctrina como una “***aspiración legítima, de orden pecuniario o moral que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta. No todos los intereses individuales o colectivos son susceptibles de considerarse jurídicamente relevantes. Solamente aquellos que el legislador selecciona como susceptibles de protección de jurídica adquieren consagración constitucional o legal***”⁷⁵, o también como aquél “*que ha sido considerado por la norma como jurídicamente relevante y al que ésta brinda su protección (interés jurídicamente protegido), por considerar que se adentra en el orbe de lo jurídico y es digno de tutela jurídica*”.⁷⁶

Pues bien, el interés en juego en materia ambiental dice relación con la protección del medio ambiente y con la expectativa de que el desarrollo económico y social sea sustentable y no conlleve un deterioro excesivo e irremediable del medio ambiente. Este interés ha sido denominado por la doctrina como un “*interés*

⁷⁴ Art. 47.- Normas supletorias. A los procedimientos establecidos en esta ley se les aplicarán supletoriamente las disposiciones contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

⁷⁵ COUTURE, E. (1993). *Vocabulario Jurídico: con especial referencia al Derecho Procesal positivo vigente uruguayo*. Buenos Aires. Editorial Depalma, pp. 344. En: AGUIRREZABAL, M. (2006). *Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*. Revista Chilena de Derecho, (33), 69-91, pp. 76.

⁷⁶ GUTIÉRREZ, P. (1999). *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra. Editorial Aranzadi, pp. 46. En: AGUIRREZABAL, M. (2006). *Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*. Revista Chilena de Derecho, (33), 69-91, pp. 76.

supraindividual o transindividual”, estos son, aquellos que “pertenecen a todos y cada uno de los miembros integrantes de la sociedad. (...) [sic: y que] precisan protección jurídica y tutela procesal”.⁷⁷

Asimismo, es necesario destacar que doctrinariamente se ha escrito e identificado el interés jurídico relativo a la protección del medio ambiente como una: *“legítima expectativa a que el ambiente permanezca en calidades, niveles, concentraciones y estándares que permitan a cada uno de los integrantes de la nación disfrutar y beneficiarse de un medio ecológico apto para las necesidades presentes y futuras”.⁷⁸*

Por último, señala que el interés en análisis es de carácter jurídico toda vez que nuestro legislador le consagró una expresa protección, estableciendo el “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” en nuestra Constitución Política, en su artículo 19, N°8, que dispone que: *“8º.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;”*

De esta forma, el “interés jurídicamente tutelado” al que se refiere el artículo 24, no es otro que sino, el derecho a vivir en un medio libre de contaminación, expresamente regulado en nuestra Constitución y que los Tribunales Ambientales tienen el concreto deber de cautelar.

⁷⁷ ACOSTA, J. (1995). *Tutela procesal de los consumidores*. Barcelona. Editorial Bosch. En: Aguirrezabal, M. (2016). *Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad ambiental*. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. (23), N°1, (23-49). pp.24.

⁷⁸ TISNÉ, J. (2014). *Los intereses comprometidos en el daño ambiental. Comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley N°20.600*. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte, (21), 323-351, pp. 328.

3. Establecido lo anterior, continuaremos con el análisis del artículo 24 de la Ley N°20.600, que señala de forma implícita cuáles son los requisitos que deben concurrir para la concesión de una medida cautelar. Los requisitos son los siguientes:

(i) Que la medida sea necesaria para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos al conocimiento del Tribunal, esto es, el *periculum in mora*; y,

(ii) Acreditar la verosimilitud del derecho que se reclama, lo que se materializa, con la exigencia de que el solicitante debe acompañar “antecedentes” que constituyan, a lo menos, presunción grave del “derecho que se reclama o de los hechos denunciados”, esto es, el *fumus boni iuris*.

En cuanto, a este último punto es relevante destacar que la norma se aparta en dos aspectos, de lo establecido en materia civil.

Primero, la disposición se refiere a los “antecedentes”, a diferencia del Código de Procedimiento Civil que exige “comprobantes”. La distinción es relevante pues nuestra doctrina y jurisprudencia se encuentran contestes en que los referidos “comprobantes” no pueden ni deben ser restringidos a la prueba documental⁷⁹, al contrario, su interpretación debe ser amplia y supone que la parte solicitante podrá recurrir a todos los medios de prueba establecidos por el Código de Procedimiento Civil para sustentar su petición de cautela.⁸⁰ Como veremos más adelante, el

⁷⁹ CORTEZ, G. (2017). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Santiago. Editorial Thomson Reuters. Recuperado en: <https://proviewthomsonreuterscom.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2016%2F42070441%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=8dadf52e7ef9a0bf451ec3832cba3d9b&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>

⁸⁰ Nuestra Jurisprudencia se ha pronunciado sobre la materia y ha fallado en el siguiente sentido: “el legislador al exigir que se acompañen ‘comprobantes’ que constituyan presunción grave del derecho que se reclama, no ha exigido pluralidad de ellos, sino que se ha tomado esa acepción,

artículo en análisis, dispone expresamente que “*en las controversias cautelares solo se admitirá prueba documental*”, pareciera entonces que aquí la palabra “antecedentes” no puede dársele el alcance amplio que como vimos se da a la palabra “comprobantes”, y por tanto, su sentido es estricto y debe limitarme a la prueba instrumental o documental. La limitación carece de justificación.

Segundo, la disposición agrega que el solicitante deberá acompañar antecedentes que a los menos constituyan presunción grave de los “hechos denunciados”; en mi opinión, el legislador aquí reconoció el fin que persigue la tutela cautelar en materia ambiental, en la que como el sentido común indica, dice mayor relación con aspectos facticos más que con aspectos jurídicos, a diferencia de lo que ocurre en materia civil.

4. Ahora bien, en aquellos casos en que el Tribunal lo estime necesario podrá exigir al “actor particular”⁸¹ la rendición de una caución para responder de los perjuicios que pudieren originarse con la concesión de la medida.

Es facultativo del Tribunal Ambiental establecer la obligación de rendir una caución como también queda a su prudencia determinar su monto. Esto último no siempre fue así.

Durante la tramitación del proyecto de Ley, una de las cuestiones relevantes en

como sinónimo de 'prueba', 'medios probatorios', porque: a) comprobar significa verificar, confirmar una cosa, cotejándola con otra o repitiendo las demostraciones que la prueban y acreditan como ciertas; b) porque en los artículos 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil, se consulta un régimen amplio de comprobación que va de los instrumentos a cualquier otro medio de prueba, debiendo el juez únicamente remontarse a lo dispuesto por el artículo 47 del Código Civil, en orden a si los acompañados, o medios de prueba producidos 'constituyen presunción grave del derecho que se reclama'; c) así se colige de la historia fidedigna de la ley.” C. de Apelaciones de Temuco, 15 de octubre de 1969, en Rev. Der. y Jur., t. 66, s. 2ª, p. 84

⁸¹ MARÍN, J. (2017). *Tratado de las Medidas Cautelares. Doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, pp.605: “*Con ello se distingue de los organismos públicos, a quienes el Legislador los presume solventes y por tanto, no es necesario que rindan caución alguna*”

la discusión fue justamente la caución. Así las cosas, durante la tramitación se formuló y aprobó una indicación que estableció que el monto de la caución no podría superar las 100 UTM, bajo el solo fundamento de establecer un margen en su determinación.⁸²

Finalmente, dicho límite fue eliminado bajo la justificación de que podrían existir casos en que resultare exiguo, como, por ejemplo, cuando la medida consistiera en la paralización de un proyecto de gran envergadura, que afectare el trabajo de varias personas y que, en definitiva, pudiera tener importantes consecuencias económicas para quien se encuentre ejecutándolo. El Congreso consideró entonces que bajo ese análisis correspondía dar a los Tribunales Ambientales amplias facultades para establecer el monto de la caución.⁸³

En base a lo anterior, cabe preguntarse: ¿cuáles son los límites y/o parámetros implícitos a los que deben recurrir los Tribunales Ambientales para determinar dicho monto? La lógica de los procedimientos civiles no es aplicable en un procedimiento de responsabilidad por daño ambiental, pues, en definitiva, ¿cómo se cuantifica la protección al medio ambiente, en tanto, interés que se cautela?

Considero que si bien, la opinión legislativa es un parámetro adecuado para determinar el monto, aquél no puede ser el único, pues no debemos olvidar que la caución puede funcionar como un fuerte desincentivo para la solicitud de medidas cautelares. Por tanto, el monto también debe ser adecuado para no generar un impedimento al acceso a la justicia ambiental por parte de la ciudadanía; en definitiva, el juez deberá analizar no solo la petición de cautela, los eventuales perjuicios que pudiere ocasionar tanto con su concesión como por la denegación, sino que también, las facultades económicas de quién o quiénes solicitan la medida.

⁸² Historia de la Ley N°20.600, pp.540.

⁸³ Historia de la Ley N°20.600, pp.632.

5. Una de las novedades del artículo 24, es la incorporación de las medidas cautelares innovativas, las que como ya vimos no son admitidas en nuestro Sistema Procesal Civil. El artículo no solo señala que es posible su solicitud y concesión, sino que, además, contiene una definición tanto de las medidas conservativas como de las innovativas.

En efecto, las medidas conservativas son: *“aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida”*. Y las medidas innovativas son: *“aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida”*.

En cuanto a las segundas medidas, su definición no estuvo exenta de discusión durante la tramitación de la Ley, pues nuestra legislación en ninguna materia establece una definición expresa de ellas.

En efecto, algunos parlamentarios discutieron respecto de su alcance y significado. El Diputado señor Burgos consideró que el objeto de las medidas innovativas sería *“impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a conocimiento del Tribunal, lo que guardaría similitud con la orden de no innovar”*⁸⁴; el Diputado señor Harboe explicó que su alcance se explica de la siguiente forma: *“las medidas conservativas tenían por objeto asegurar la protección de un bien; así, por ejemplo, si se deseaba proteger un bien patrimonial, la medida se orientaría a evitar su demolición. La medida innovativa, en cambio, exigiría su reparación o restauración”*⁸⁵

⁸⁴ Historia de la Ley N°20.600, pp.631.

⁸⁵ Historia de la Ley N°20.600, pp.632.

Ahora bien, la definición a la que se arribó en el artículo en comento si bien, es relativamente correcta, en mi opinión es escueta y no caracteriza de forma íntegra el contenido de una medida cautelar innovativa. Como vimos, estas medidas lo que buscan es otorgar la pretensión ejercida en juicio de forma anticipada, es decir, sin que se haya dictado sentencia definitiva.

En conclusión, las medidas innovativas o también conocidas como autosatisfactivas, han sido definidas más concretamente como aquellas que *“otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda, y que según la naturaleza del interés, la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable o de difícil reparación, o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica, la decreta el juez para obviar las consecuencias perjudiciales de un evento que podría producir la supresión o restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el fondo”*.⁸⁶

Son varios los elementos que podemos destacar de la citada definición; así las cosas, cabe destacar que las medidas innovativas suponen siempre adelantar la decisión del fondo del asunto; revisten el carácter de excepcionales pues requieren de la existencia de un perjuicio de carácter inminente e irreparable, lo que de acuerdo al artículo 24 se constituye como uno de los requisitos para la concesión de estas medidas; y, por último, cabe destacar que su regulación es la consagración en materia ambiental del principio preventivo, que es aquel que *“persigue en lo esencial adoptar medidas anticipatorias que permitan evitar o aminorar las consecuencias adversas para el medio ambiente como producto de la actividad*

⁸⁶ AGUIRREZABAI, M. (2016). *Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad ambiental*. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. (23), N°1, (23-49). pp.27.

humana".⁸⁷

6. Como ya señalamos, la Ley impone un requisito adicional para la concesión de una medida innovativa, que consiste en que el solicitante deberá acreditar, además, la "inminencia de un perjuicio irreparable". En caso de que el Tribunal considerare que no concurren "las circunstancias" que hacen procedente la medida innovativa, este podrá de oficio, decretar una medida cautelar diversa a la solicitada y que considere como la más idónea.

En el capítulo anterior señalamos como una de las características de la Tutela Cautelar, su carácter dispositivo, pues por regla general las medidas cautelares son decretadas previa solicitud de parte. Con el artículo en comento y otras disposiciones vigentes en nuestra legislación, se establece una excepción a dicha característica dando margen a la oficialidad del juez para decretar motu proprio las medidas cautelares que estime necesarias.

Tanto en sede ambiental, de familia y de libre competencia se faculta al juez para dictar medidas cautelares de oficio. Lo anterior tiene sentido, toda vez que los intereses que convergen y a los que debe dar cautela el juez son de carácter general y en que los afectados por regla general son un número indeterminado de personas.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de un actual derrame de petróleo en la costa de una ciudad, en el que probablemente se ejerza una acción de responsabilidad por daño ambiental a fin de que los eventuales responsables reparen los perjuicios ocasionados, pero ¿Qué ocurre si ese actor, por diversos motivos, no solicita una medida cautelar para que, por ejemplo, se paralice la faena que está provocando

⁸⁷ GUZMÁN, R. (2012). *Derecho Ambiental Chileno*. Santiago, Planeta Sostenible, pp.89. En: COSTA, E. (2013). *La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile*. Revista de Justicia Ambiental de la ONG FIMA. N°5. (199-218). pp 203.

los derrames? Pareciera que, en este caso, el interés general, indica que es el juez el que debe tomar la iniciativa y decretar las medidas cautelares necesarias para no solo evitar que se produzcan más derrames, sino que también para proteger a la población de las eventuales consecuencias dañinas.

La oficialidad en materia ambiental supone que el deber del juez debe proteger no solo al medio ambiente, sino que a todos aquellos que puedan verse afectados con las consecuencias de su daño, sin importar si son o no partes de litigio sometido a su conocimiento.

7. En cuanto a la tramitación cabe señalar que, las medidas cautelares podrán ser decretadas por el Tribunal, en cualquier estado del proceso. Lo mismo aplica respecto de su modificación u alzamiento.

8. Asimismo, las medidas cautelares podrán ser decretadas incluso antes del inicio del procedimiento, como medidas prejudiciales; en este caso, el solicitante deberá presentar su demanda en un plazo de 15 días hábiles contados desde la concesión de la medida cautelar o en el plazo mayor que fije el Tribunal, bajo apercibimiento de que la medida quede sin efecto de pleno derecho.

Sobre esto último el legislador también se apartó de la regulación procesal civil del artículo 280 del CPC, que dispone que aquel que, entre otros casos, no presente la demanda dentro de un determinado plazo quedará responsable de todos los perjuicios que se hubieren causado con la concesión de la medida prejudicial, considerándosele además doloso su procedimiento.

9. Las medidas cautelares podrán ser decretadas por el plazo que estime conveniente el Tribunal. Además, podrán ser decretadas tanto a solicitud de parte como de oficio por el Tribunal; en el primer caso, el Tribunal podrá resolver la solicitud de plano o con citación de la contraparte, en el segundo caso, la ley nada

dice. Pareciera que en el segundo caso lo lógico es que el Tribunal actuando de oficio proceda a decretar de plano la medida cautelar, pues en ese caso el ejercicio de la Tutela Cautelar debería suponer la existencia de un perjuicio o daño que debe ser remediado de forma urgente y por tanto, si la decretase con citación, la medida perdería sentido y probablemente oportunidad.

Ahora bien, esto último no deja de ser controvertido desde un punto de vista constitucional y de garantías procesales, pues se trata de imponer una medida perjudicial para una de las partes sin que esta tenga siquiera el derecho a ser oído respecto a su procedencia. A pesar de ello, considero que el interés jurídico que tutelan los Tribunales Ambientales justifica incluso que se atenúen garantías procesales como la de ser oído y el derecho a la defensa, en miras de satisfacer los objetivos procedimentales que la normativa sectorial persigue.

10. La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar debe ser notificada al afectado, salvo que existiere “motivo grave” en virtud del cual el Tribunal podrá decretar que se lleve a efecto antes de la notificación a la persona en contra quien se dictó. Ahora bien, la medida igualmente deberá notificarse, pero en un plazo de 5 días, ampliable por el Tribunal, con motivo fundado, bajo sanción de que quede sin valor la medida decretada.

¿La regla anterior es aplicable cuando la medida es decretada por el Tribunal, de oficio? En concordancia con lo desarrollado en los párrafos anteriores y teniendo como asentado el hecho de que las medidas que se decreten de oficio serán dictadas de plano, no tiene relevancia su notificación, pues como bien sabemos las actuaciones judiciales decretadas de plano son aquellas que se llevan a cabo de forma inmediata sin necesidad de notificación alguna.

11. En caso de que exista oposición a la solicitud de medida cautelar o se pida

el alzamiento, el Tribunal pondrá en conocimiento a la parte contraria de la respectiva solicitud y citará a todas las partes a una audiencia en un plazo no superior a 10 días, en la que el Tribunal las oírán y resolverá de la incidencia.

Cabe señalar que el artículo exige que, en los respectivos escritos de oposición u solicitud de alzamiento, debe adjuntarse la prueba documental correspondiente. Señala, además, que en las “controversias cautelares” solo será admitida la prueba documental, descartando los demás medios de prueba que establece el Código de Procedimiento Civil. Si bien, durante la discusión del Proyecto de Ley se planteó que su justificación se encontraría en la necesidad de celeridad del procedimiento y por ser además una cuestión incidental y no de fondo⁸⁸, la limitación bajo mí parecer carece de sentido; sin perjuicio de lo anterior, algunos parlamentarios plantearon la necesidad de incluir la inspección ocular del Tribunal, solicitud que no tuvo acogida.

La necesidad de celeridad del procedimiento no pareciera ser justificación suficiente para imponer una limitación probatoria tan restrictiva. Los intereses y derechos que colisionan al momento de ejercer la Tutela Cautelar ya sea de oficio o a petición de parte, suponen que al menos la parte afectada pueda recurrir a todos los medios probatorios que establece la Ley Procesal Civil para su defensa.

El debido proceso supone una serie de derechos procesales, uno de ellos, es el derecho a la defensa que implica que las partes puedan arribar al proceso todas las pruebas necesarias para acreditar sus alegaciones. En efecto, así lo ha resuelto nuestro Tribunal Constitucional al fallar que: *“De ahí que el legislador esté obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medio apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que*

⁸⁸ Historia de la Ley N°20.600, pp.335.

otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda, excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad. Lo anterior se ve reafirmado por lo señalado en el artículo 19, N°26, de la Carta Fundamental, que prohíbe al legislador afectar los derechos en su esencia o imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”⁸⁹

En los procedimientos cautelares civiles las partes pueden recurrir a todos los medios de prueba que establece el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil. ¿Es la celeridad una justificación válida para no aplicar el criterio civil a los procedimientos ambientales? En mi opinión, la limitación probatoria sería justamente más válida en materias propiamente civiles en que la prueba documental puede ser determinante para acreditar o desacreditar la necesidad de una medida cautelar. Sin embargo, en materia ambiental los conflictos e intereses en juego son totalmente diversos y requieren que, a lo menos, las partes puedan recurrir a la prueba pericial y la inspección personal del tribunal.

12. Por último, la Ley es clara en determinar que respecto de la resolución que

⁸⁹ STC Rol N°1411 (c.7): Tribunal Constitucional resolvió y acogió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N°19.989 que establece que la Tesorería General de la República podrá retener de la devolución anual de impuestos a la renta que correspondiere a los deudores del crédito solidario universitario el monto que éstos adeuden y enterar dichos montos al administrador del fondo solidario de crédito universitario respectivo, salvo que el deudor acredite que ha solucionado la deuda mediante un certificado otorgado por el respectivo administrador; el Tribunal consideró que la limitación probatoria establecida para acreditar el pago de la deuda era injustificada e irracional, fallando que: “una restricción tan drástica de los medios de defensa de una persona no tiene sustento racional, pues, aun cuando existen fundamentos objetivos para un cobro expedito de las deudas provenientes de los Fondos de Créditos Universitario, lo que justifica la restricción de las excepciones de que pueda valerse quien aparezca como deudor, ello no puede llegar hasta privar, en la práctica, del derecho que tiene toda persona a una defensa oportuna, sea ante el órgano administrativo que decide la retención o ante algún tribunal al que pudiera reclamarse, que en el caso de autos no existe.”(c.8)

conceda o deniegue una medida cautelar no cabe el recurso de apelación, pues establece que ese recurso solo puede ser deducido contra determinadas resoluciones. Ahora bien, en virtud de lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley que dispone la aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil, es posible concebir que de todas formas cabe el recurso de reposición, pues en la Ley tampoco existe ningún artículo que disponga que las referidas resoluciones no son recurribles, de forma alguna.

III. EL EJERCICIO DE LA TUTELA CAUTELAR POR LOS TRIBUNALES AMBIENTALES: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Ya habiendo revisado sucintamente la tutela cautelar desde un enfoque general y habiendo también revisado y analizado el artículo 24 de la Ley N°20.600 que regula el ejercicio de la tutela cautelar en los procedimientos ambientales de demandas por daño ambiental, cabe revisar cómo se han comportado nuestros Tribunales Ambientales ante el ejercicio de la tutela en estudio.

En nuestro país existen actualmente tres Tribunales Ambientales. El 1° Tribunal Ambiental entró en funcionamiento durante el año 2017 y ejerce su competencia en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo. El 2° Tribunal Ambiental entró en funcionamiento durante el año 2012 y ejerce su competencia en las regiones de Valparaíso, O'Higgins, Maule y Metropolitana. Finalmente, el 3° Tribunal Ambiental entró en funcionamiento durante el año 2013 y ejerce su competencia en las regiones del Ñuble, Biobío, Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén y Magallanes.

Desde su entrada en funcionamiento estos Tribunales Ambientales han conocido de medidas cautelares, accediendo o denegándolas, o incluso decretándolas de oficio. Cabe hacer presente que el 1° Tribunal Ambiental hace la excepción a lo recién señalado, toda vez que, a la fecha, no ha conocido de ninguna medida cautelar.

Desarrollaré este capítulo desde un enfoque práctico a fin de poder presentar el comportamiento de los Tribunales Ambientales ante el ejercicio de la tutela cautelar. Para lo anterior, dividiré el capítulo en cuatro apartados: (i) Casos en que se ha concedido una medida cautelar; (ii) Casos en que se ha decretado de oficio una

medida cautelar; (iii) Casos en que se ha denegado una medida cautelar; y, (iv) Otros casos relevantes.

El análisis busca ser breve a fin de ser un real aporte a todos aquellos que requieran revisar lo resuelto por los Tribunales Ambientales.

(i) Casos en que se ha concedido una medida cautelar: ¿Por qué se conceden?

1. Causa D-15 seguida ante el 2° Tribunal Ambiental

Con fecha 5 de marzo de 2015 la Municipalidad de Maipú solicitó que se decretara una medida prejudicial innovativa en contra de la Minera Española Chile Limitada.

Su solicitud se sustentó en que la futura demandada, de forma ilegal y clandestina, se encontraba llevando a cabo explotaciones mineras en la Quebrada de la Plata. Lo anterior habría provocado la bioacumulación de metales pesados en la flora y fauna, lo cual evidentemente puede tener graves consecuencias en la salud de la comunidad que convive con ellos y los consume. Asimismo, la solicitante señaló que habían detectado problemas de contaminación de aguas y suelo.

La medida cautelar prejudicial innovativa solicitada fue que se ordenara el retiro de toda la maquinaria y vehículos, sean estos, para el transporte de mineral extraído o de personas, y el desalojo de todo el personal que labora en las faenas que realiza a demandada, en el cerro “El Roble”.

Con fecha 20 de marzo de 2015 el Tribunal dio dar lugar a la medida prejudicial pues consideró que de los documentos acompañados era posible concluir que *“existen antecedentes suficientes que hacen plausibles la inminencia de un*

perjuicio irreparable, y que el retraso o la demora en otorgar lo solicitado puede aumentar el riesgo de afectación significativa al medio ambiente, se resuelve dar lugar a la solicitud de medida provisional innovativa, consistente en el retiro de toda la maquinaria y vehículos de trabajo , y el desalojo de todo el personal que labora en la faena, excepto el que cumpla labores de vigilancia, por el plazo máximo de 15 días hábiles”.

Esta resolución es importante pues es el único caso en que, a la fecha, un Tribunal Ambiental ha accedido a una solicitud de medida cautelar.

Ahora bien, al revisar los hechos en que se fundó la solicitud y los antecedentes que se acompañaron en ella, es posible concluir que el Tribunal decretó la medida porque se acreditó fehacientemente que existía un daño al medio ambiente pues ello, además, ya había sido declarado por otros Tribunales.

En definitiva, el Tribunal Ambiental ante la existencia de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte Suprema que ordenaban expresamente la paralización de las faenas; así como las medidas adoptadas por la Superintendencia del Medio Ambiente y aprobadas por el mismo Tribunal Ambiental en el sentido de decretar la clausura total temporal de las faenas; y, al haberse acompañado antecedentes que acreditaron que la faena seguía en funcionamiento, decidió decretar la medida cautelar solicitada.

Esta resolución es una clara muestra de que el estándar exigido por lo menos, por el 2° Tribunal Ambiental, para decretar una medida cautelar es sumo exigente.

En este estadio procesal el estándar probatorio debe ser distinto a aquel que se exige para la decisión de fondo, pues para decretar una medida cautelar

prejudicial, no debe ser necesario acreditar el daño ambiental, sino que debe bastar comprobar la existencia de un riesgo cierto de dicho daño.

(ii) Casos en que se ha denegado una medida cautelar: ¿Por qué las deniegan?

2° Tribunal Ambiental

1. Causa D-23

Con fecha 3 de febrero de 2016 un grupo de vecinos interpuso una demanda de reparación de daño ambiental y solicitaron una medida cautelar en contra del Consorcio Santa Marta S.A.

La solicitud se fundó en los siguientes hechos. La demandada era titular del proyecto “Relleno Sanitario Santa Marta”, ubicado en la comuna de Talagante; el proyecto consistía en la construcción, operación y abandono de un sitio para la disposición final de residuos sólidos domiciliarios y residuos asimilables, excluyendo desechos biomédicos o infecciones y aquellos considerados como peligrosos. Ahora bien, el proyecto presentó una serie de deficiencias operacionales y estructurales, tal y como se presencié el día 15 de enero de 2016, cuando se produjo un desprendimiento o deslizamiento de una masa de residuos.

Esta situación fue además constatada por la Superintendencia del Medio Ambiente detectando: existencia de grietas y asentamientos irregulares en la masa de residuos, líneas de biogás torcidas y el afloramiento y acumulación de lixiviados.

Asimismo, los demandantes señalaron que el proyecto estaba recibiendo lodos o bio sólidos provenientes de plantas de tratamientos de aguas servidas y de purines derivados de plantas de tratamientos de la agroindustria, en circunstancias, que el proyecto solo estaba autorizado para recibir residuos sólidos domiciliarios.

Señalaron que la mezcla de residuos sólidos domiciliarios con lodos contribuyó a la inestabilidad estructural del proyecto y, en consecuencia, ello provocó el deslizamiento de parte de la superficie central de la masa de residuos, que traspasó incluso el muro de contención de hormigón llegando a superficies fuera del área contempladas para el relleno sanitario y, por tanto, sin impermeabilización alguna. Por último, agregaron en su solicitud que a consecuencia del deslizamiento de la masa se produjo un incendio anaeróbico que generó importantes consecuencias para la comunidad.

La medida cautelar solicitada fue el cierre provisional del Relleno Sanitario Santa Marta mientras se tramitase el juicio a que dio inicio la interposición de la demanda.

Con fecha 22 de febrero de 2016 el Tribunal rechazó la solicitud resolviendo que: *“atendido que se encuentra vigente la medida provisional de clausura temporal parcial de las instalaciones del Relleno Sanitario Santa Marta, autorizada por este Tribunal el 10 de febrero de 2016, en causa Rol S N°26-2016, no ha lugar;”*

Lo resuelto por el Tribunal es razonable y concordante con lo resuelto en la causa Rol S-26, pues ningún sentido habría tenido decretar la misma medida nuevamente. Según se verifica con las fechas de las solicitudes y resoluciones, la demandante solicitó la medida cautelar ante el eventual caso de que la

Superintendencia del Medio Ambiente no solicitara la autorización para la paralización de las faenas o ante la eventual negativa del Tribunal respecto a dicha solicitud.

2. Causa D-21

Con fecha 25 de enero de 2016 el agricultor don Juan Diamantidis interpuso una demanda de responsabilidad por daño ambiental y solicitó una medida cautelar en contra de la Municipalidad de Quintero.

La solicitud se fundó en que la demandada habría provocado un daño ambiental producto de la operación ilegal de un vertedero o basurero a la altura del km 4 del camino Troncal de la comuna de Quintero. Señaló que el vertedero no contaba con un cierre perimetral operativo, que el personal que lo operaba no tenía el equipamiento necesario, que no existía control respecto al ingreso y salidas de personas, que no solo se arrojaban residuos domésticos, sino que también residuos de construcción. Y que, además, la acumulación de basura alcanzaba a una altura superior a 10 metros, desbordado sus deslindes y en definitiva, traspasando los límites del predio arrendado.

La medida cautelar solicitada fue la innovativa consistente en el cierre provisional del vertedero hasta la resolución del litigio.

Con fecha 26 de enero de 2016 el Tribunal rechazó la solicitud de medida cautelar resolviendo que: *“en atención a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N°20.600, que exige que el requirente acompañe antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados, y que ésta solo podrá decretarse ante la inminencia de un perjuicio irreparable, exigencias que no se cumplen en el escrito de demanda que por*

este acto se admite a tramitación, no ha lugar, sin perjuicio de poder reiterarse en su oportunidad según lo previsto en el inciso 2° del artículo recién citado,”

De la simple revisión de los antecedentes acompañados por el solicitante es posible concordar con lo resuelto por el Tribunal, pues cada uno de los documentos acompañados son de data (2011-2012) muy anterior a la presentación de la demanda y, por tanto, no era posible concluir de ellos la existencia actual de un riesgo de daño ambiental. Como veremos más adelante, los antecedentes que se acompañan en la solicitud de una medida cautelar deben lograr acreditar un riesgo actual de un daño ambiental y para ello deben ser de una fecha más o menos coetánea a la presentación de la solicitud, a lo menos.

3. Causa D-20

Con fecha 15 de enero de 2016 la Municipalidad de Maipú solicitó se decretase una medida cautelar prejudicial en contra de la sociedad Julio Martínez Oliva e Hijos Limitada.

Su solicitud se fundó en la referida sociedad estaba desarrollando faenas de extracción de materiales áridos, arena, grava y ripio, sin contar con las patentes, permisos o concesiones municipales pertinentes. Dicha situación fue constatada en el año 2012 por la Municipalidad y producto de ello, se dispuso la clausura del recinto clandestino.

Durante el año 2014 la Municipalidad nuevamente constató que la sociedad estaba llevando a cabo las mismas actividades sin los permisos respectivos. Finalmente, en octubre de 2015 se verificó nuevamente que la sociedad continuaba desarrollando sus actividades y aún más, que estaba implementando una Planta de Reciclaje, Chancado y Recuperación de Suelos.

Según la solicitante las referidas actividades generaron un grave perjuicio al medio ambiente producto de la expulsión de una gran cantidad de material particulado a la atmósfera. Agregó la solicitante que la sociedad efectúa sus actividades en una zona que, según el Plan Regulador, no permite actividades extractivas como las descritas.

La medida cautelar prejudicial innovativa solicitada fue que se procediera a ordenar el retiro de toda la maquinaria y el desalojo de todo el personal que trabajaba en las faenas.

Con fecha 20 de enero de 2016 el Tribunal rechazó la solicitud resolviendo que: *“considerando i) que los antecedentes aportados por la parte solicitante no constituyen presunción grave del derecho que se reclama, y (ii) no da cuenta suficiente de la inminencia de un perjuicio irreparable en los términos que lo exige el inciso 3° y 6° del artículo 24 de la Ley N°20.600, respectivamente, exigencias fundamentales para decretar la cautela innovativa requerida, se rechaza la solicitud de ordenar el retiro de toda la maquinaria y el desalojo de todo el personal que labora en las faenas donde se realizan las acciones que motivan la medida. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de reiterar la solicitud acompañando los antecedentes necesarios e identificando y caracterizando la inminencia de algún perjuicio irreparable;”*

Dos aspectos son relevantes de resaltar en la resolución citada. El primero dice relación con el hecho de que el Tribunal no hizo referencia alguna a los antecedentes acompañados y que daban cuenta de infracciones constatadas por la Municipalidad respectiva y que a simple vista sí podrían haber constituido el *fumus boni iuris* requerido.

Y, en segundo término, la resolución incurre en un vicio al señalar que *“no da cuenta suficiente de la inminencia de un perjuicio irreparable en los términos que lo exige el inciso 3° y 6° del artículo 24 de la Ley N°20.600”*, pues los incisos citados nada explican respecto a que debemos entender, por ejemplo, respecto a la *“inminencia de un perjuicio irreparable”*, por tanto, la resolución solo redundante en lo señalado por el referido artículo y nada aporta.

En mi opinión los Tribunal especializados, como lo es el 2° Tribunal Ambiental, en sus resoluciones deberían intentar dar criterios para entender de mejor forma los requisitos que exige el artículo 24 de la Ley N°20.600, para que con ello las partes puedan hacer efectiva el ejercicio de la Tutela Cautelar.

4. Causa D-19

Con fecha 21 de octubre de 2015 el agricultor don Juan Diamantidis interpuso una demanda de responsabilidad por daño ambiental y solicitó una medida cautelar en contra de la Municipalidad de Quintero.

La solicitud se fundó en los mismos hechos descritos en la causa D-21 seguida ante el mismo Tribunal y que expusimos en el número 2 de este capítulo. La medida cautelar solicitada también fue la misma.

Con fecha 4 de noviembre de 2015 el Tribunal rechazó la solicitud resolviendo que: *“en atención a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 24 de la Ley N°20.600, que señala que “Cuando se soliciten estas medidas, el requirente deberá acompañar los antecedentes que constituyen, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados”, exigencia que no se cumple en el escrito de demanda que por este acto se admite a*

tramitación, no ha lugar, sin perjuicio de poder reiterarse en su oportunidad según lo previsto en el inciso 2° del artículo recién citado”.

Lo resuelto por el Tribunal nuevamente me parece correcto, habida vez que los documentos y antecedentes presentados en la solicitud eran de una fecha muy anterior a la presentación de la demanda. De hecho, los documentos acompañados en esta solicitud fueron los mismos que se acompañaron en la causa D-21 seguida ante el mismo Tribunal y en la que también se rechazó la solicitud.

5. Causa D-12

Con fecha 10 de octubre de 2014 un grupo de vecinos de la comuna de San José de Maipo interpuso demanda de reparación de daño ambiental y solicitó se decretase una medida cautelar innovativa en contra de la sucesión de don Vicente Rosendo Campusano Labarca.

La solicitud se fundó en que en un predio de propiedad de la sucesión se estaba desarrollando un negocio de extracción, procesamiento y venta de áridos. Lo anterior habría generado una serie de efectos negativos para los demandantes toda vez que la faena no tenía horarios definidos de trabajo, no existían medidas de mitigación respecto de sus externalidades negativas. Asimismo, reclamaron que de los acopios de áridos se levantaban tormentas de arena y polvo fino, que ingresaban a las viviendas y áreas verdes; por otra parte, los vecinos señalaron que habrían visto afectada su salud producto de la situación de generación y concentración de material particulado.

La medida cautelar innovativa que solicitaron fue que se decretase la paralización inmediata de las obras.

El Tribunal con fecha 21 de octubre de 2014 rechazó la solicitud de medida cautelar resolviendo que: *“considerando que los antecedentes aportados por la parte demandante no dan cuenta de la “inminencia de un perjuicio irreparable”, en los términos que lo exige el inciso 6° del artículo 24 de la Ley N°20.600 – requisito fundamental para decretar una medida cautelar innovativa- se rechaza la solicitud de paralización inmediata requerida por el demandante;”*

La resolución presenta dos problemas. El primero es que habla de los términos que exige el inciso 6° del artículo 24, en circunstancias de que dicho inciso no entrega ningún término ni criterio para aclarar que debemos entender por “inminencia de un perjuicio irreparable”, por tanto, el Tribunal se limitó a redundar en un mismo concepto, lo que, como ya hemos señalado, nada aporta.

El segundo, es que en la solicitud no se acompañó ningún documento o instrumento, que como vimos en el capítulo anterior es fundamental hacerlo pues a ellos se refiere el artículo 24 cuando señala que: *“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”*. Pues bien, el Tribunal no reparó en ello y consideró que, si se habían aportado antecedentes para resolver la solicitud, pues resolvió señalando que **“considerando que los antecedentes aportados por la parte demandante no dan cuenta de la “inminencia de un perjuicio irreparable”**”. Esta resolución permite llegar a dos conclusiones, por una parte, el Tribunal no reparó que no se habían acompañado antecedentes y copió y pegó una resolución; o el Tribunal consideró que “antecedentes” implicaba un concepto más amplio que documentos o instrumentos y que en este caso, inclusive solo los hechos aportados en el escrito de demanda y solicitud de medida cautelar podían constituir antecedentes para resolver.

6. Causa D-9

Con fecha 3 de febrero de 2014 un grupo de agricultores solicitó se decretase una medida cautelar prejudicial innovativa en contra la Compañía Minera Amalia Limitada, Compañía Minera Catemu Limitada, Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero y la Empresa Nacional de Minería.

Su solicitud se fundó en que la Planta de Beneficio Minero Catemu, de propiedad de una de las demandadas, estaba llevando a cabo actividades de producción, procesando cobre y otros minerales a través del proceso de lixiviación, proceso que demanda el chancado del material obtenido desde las minas, su acumulación en canchas de acopia, su riego con ácido sulfúrico y su transporte al interior de las faenas mineras. Señalaron las demandantes que todas estas actividades generaban una considerable cantidad de polvo en suspensión que por el régimen de vientos existente en la zona, se trasladaban fácilmente hasta las plantaciones y suelos de los demandantes, lo cual trajo como consecuencia efectos nocivos en el proceso de floración e impide la adecuada fotosíntesis de los árboles.

La medida cautelar prejudicial innovativa solicitada fue la de paralizar el funcionamiento de la Planta Catemu mientras no se asegurará que sus labores no seguirán produciendo daño al medio ambiente.

Con fecha 5 de febrero de 2014 se rechazó la solicitud y resolvió que: *“considerando que los antecedentes aportados por la parte demandante no dan cuenta suficiente de la “inminencia de un perjuicio irreparable”, en los términos que lo exige el inciso 6° del artículo 24 de la Ley N°20.600, requisito fundamental*

para decretar la cautela innovativa solicitada, se rechaza la solicitud de paralizar el funcionamiento de la Planta Catemu”.

En esta resolución ocurre nuevamente lo ya reiterado anteriormente, pues se refiere a los términos indicados en el inciso 6° del artículo 24 y ese inciso habla justamente de la “inminencia de un perjuicio irreparable” sin señalar criterio alguno para poder darle contenido, por tanto, es redundante la forma en que resuelve y la verdad es nada aporta respecto a qué debemos entender por la idea de la inminencia de un perjuicio irreparable.

3° Tribunal Ambiental

1. Causa D-38

Con fecha 31 de agosto de 2018 la Federación de Sindicatos de Pescadores Artesanales de la comuna de Hualaihue solicitaron una medida cautelar prejudicial innovativa contra de la demandada Marine Harvest Chile S.A.

La solicitud se fundó en el escape, ocurrido el 5 de julio de 2018, de más de 900.000 salmones del Centro de Engorda de Peces Punta Redonda y en que un porcentaje importante de ellos contenía tratamiento antibiótico con Florfenicol. Producto de ello los demandantes alegaron que el escape generó no solo un grave riesgo para la vida y salud de las personas que eventualmente podrían consumirlos, sino que además generó una serie de efectos perniciosos a los recursos hidrobiológicos y a la biodiversidad, tales como, la hibridación de especies (cruza de individuos de distintas especies que altera la selección genética natural), la transmisión de enfermedades asociadas a los salmones de cultivo y la depredación de los salmones sobre las especies nativas.

Las medidas cautelares solicitadas fueron las siguientes:

1° Cierre total del Centro de Engorda de peces de Punta Redonda mientras no se realizase una reevaluación de las condiciones de fondeo del centro de cultivo.

2° Se ordenase a la empresa continuar con un programa de vigilancia y recaptura en toda la columna de agua en el seno del Reloncaví, a través de distintas formas de pesca, tales como, cerco, enmalle y espinel, incluyendo las desembocaduras de ríos a fin de monitorear el paradero de los salmones escapados.

3° Se solicitó que se ordenase de oficio toda otra medida que el Tribunal considerase como necesaria para disminuir el impacto de los salmones escapados en el ecosistema marino y la fauna silvestre.

El Tribunal con fecha 12 de septiembre de 2018 resolvió rechazar la solicitud por las siguientes razones:

La primera medida cautelar fue rechazada porque el Tribunal tomó en consideración el hecho de que la Superintendencia del Medio Ambiente ya había decretado una medida provisional consistente en la detención del funcionamiento del Centro de Engorda por 30 días y que si bien, la solicitud actual pretendía que dicha paralización se mantuviera, el Tribunal consideró que no tenía justificación, habida vez que las jaulas de engorda se encontraban totalmente inutilizables y que se había impuesto la carga a la futura demandada de acreditar el cumplimiento de una serie de requisitos de seguridad antes de reiniciar sus faenas de explotación. Por tanto, el Tribunal decidió en sus

palabras que *“la solicitud carece de justificación fundada en consideraciones medio ambientales que acrediten la inminencia de un perjuicio irreparable”*.

La segunda medida cautelar fue rechazada pues el Tribunal considero que el uso de cerco, enmalle y espinel, propuesto para capturar a los salmones, conllevaba un importante riesgo de capturar de otras especies distintas a los salmones que se escaparon, lo cual, evidentemente podría generar un daño ambiental mayor al que se pretendía evitar con la medida. Asimismo, el Tribunal consideró que la probabilidad de captura eran bajas pues ya habían transcurrido más de 60 días desde el escape.

La última solicitud también fue rechazada pues el Tribunal consideró que: *“no existen otros medios apropiados que permitan la dictación de una medida cautelar innovativa de oficio”*.

En esta resolución resulta relevante destacar ciertos aspectos. Uno de ellos dice relación con la valoración y ponderación de los riesgos de daños al medio ambiente que hace el Tribunal en el considerando cuarto, que si bien, es escueta y omite las consideraciones técnicas para determinar qué riesgo prefiere soportar, parece un avance significativo el que los Tribunales efectúen este tipo de análisis al momento de conocer cualquier asunto de relevancia jurídica.

Finalmente, resulta útil destacar que el Tribunal hace uso de lo que se conoce doctrinariamente como “la falta de oportunidad” de la medida. Pues conociendo del asunto consideró que decretar la segunda medida innovativa ya no tenía justificación pues ya había transcurrido demasiado tiempo por tanto el decretarla ya no cumpliría con su objetivo.

2. Causa D-34

Con fecha 23 de enero de 2018 el Comité de Defensa Patrimonial de Los Ángeles (CODEPALA) solicitó se decretase una medida cautelar prejudicial conservativa en contra de la Municipalidad de Los Ángeles.

Su solicitud se sustentó en que la referida Municipalidad estaba llevando a cabo faenas y obras en el Edificio del Liceo ex Internado de Hombres, declarado como Inmueble de Conservación Histórica Parcial, que implicaban la demolición de partes de éste y la alteración de su volumen original, todo lo cual, según la actora tendría como consecuencia un daño irreversible e irreparable para la conservación del carácter histórico del inmueble.

La medida cautelar solicitada fue que se decretase la suspensión de todas las faenas y obras que se estuvieren llevando a cabo en el Liceo ex Internado de Hombres, y se conservara el inmueble en el estado que se encontraba a la fecha de la presentación de la solicitud.

El Tribunal con fecha 5 de febrero de 2018 rechazó la solicitud de medida cautelar porque consideró que no se había logrado acreditar la presunción grave del derecho que se reclama. Ahora bien, para efectos de este trabajo resulta relevante revisar ciertos aspectos de la referida resolución y del voto en contra con el cual se dictó, como pasaremos a ver.

La resolución señaló en su primer considerando que: *“A juicio de estos ministros, de acuerdo al Art. 24 de la Ley N°20.600, para decretar una medida cautelar es necesario cumplir con tres presupuestos esenciales: 1) verosimilitud de un interés jurídicamente tutelable; 2) la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), y; 3) el peligro en la demora (periculum in mora)”*.

El razonamiento expresado en el considerando citado no es del todo correcto, pues como vimos en el capítulo anterior son dos los presupuestos esenciales para decretar una medida cautelar: 1) Que la medida sea necesaria para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a conocimiento del Tribunal, esto es, el *periculum in mora*; y, 2) Acompañar antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados, esto es, el *fumus boni iuris*.

El primero de los requisitos señalados por el Tribunal es equivocado. El Tribunal habla de la “verosimilitud de un interés jurídicamente tutelable” lo cual solo parece una confusión respecto de los términos en los que se expresa la Ley. El interés jurídicamente tutelable es solo uno, a saber, el derecho a vivir en un medio libre de contaminación, y es justamente su protección lo que persigue la tutela cautelar, tal como lo señala el inciso primero del artículo 24 de la Ley N°20.600. Por tanto, la verosimilitud que se debe acreditar al momento de solicitar una medida cautelar es respecto de la pretensión que se invoca -lo cual se enmarca en lo que se define como *fumus boni iuris*- y no respecto del interés jurídicamente tutelable, como señala erradamente el Tribunal.

Ahora bien, la resolución señaló que en el caso no se acreditó “la apariencia de buen derecho”, lo que en sus palabras implica: “*que el futuro demandante debe acreditar que tiene razonables probabilidades de obtener una sentencia favorable*”. La resolución continúa señalando que “*Para ello, el legislador en el Art. 24 inciso 3° le exige suministrar antecedentes que constituyen al menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. En la especie, esto implica que el futuro actor asume la carga de demostrar – en un estadio preliminar- que existe una acción u omisión, culpable o dolosa, imputable al futuro demandado (Municipio de Los Ángeles), que*

causa un daño ambiental susceptible de ser reparado". (destacado es nuestro)

Bajo este presupuesto el Tribunal consideró que los documentos acompañados (informe técnico y fotografías) por el solicitante, no eran suficientes para acreditar el referido presupuesto, pues bajo su consideración los antecedentes acompañados eran "*de baja fiabilidad y poca precisión*".

Ahora bien, la decisión fue acordada con un voto en contra. En él hay una serie de ideas de suma relevancia para la aplicación y ejecución de la tutela cautelar por parte de la judicatura ambiental, como veremos.

El voto en cuestión concordó con la afirmación de que los antecedentes acompañados en la solicitud no eran precisos y que con ellos no sería posible acreditar fehacientemente el grave peligro que se busca evitar con la medida solicitada. Sin embargo, no hizo lo mismo con la exigencia de la acreditación del daño al que se refiere la resolución, por las siguientes razones: "*en el entendido que la acreditación fehaciente del daño es un estándar más propio de resoluciones de fondo, **en el caso de las medidas cautelares conservativas del procedimiento ambiental, el estándar de admisibilidad es menor, al ser el riesgo y no el daño el que se busca acreditar***".

Y que: "*la dilación para resolver mientras se reúnen antecedentes suficientes puede generar consecuencias más perniciosas, sino irreversibles, que aquellas que provoque una paralización momentánea de faenas. Este es el riesgo que debe ser ponderado por el Tribunal al momento de declarar la admisibilidad de la medida*".

Finalmente, concluye que: *“el estándar de admisibilidad debe necesariamente disminuirse en relación a su símil del procedimiento civil, porque naturalmente las consecuencias de la inacción por parte del Tribunal pueden llegar a ser irreparables, teniendo la magistratura ambiental la responsabilidad y deber de protegerlo ante la existencia de dudas, que es la esencia del principio precautorio, una de las bases del Derecho Ambiental”*.

Lo razonado es relevante pues señala expresamente que el estándar para otorgar una medida cautelar en materia ambiental debe ser diverso al estándar civil. La sola existencia de un riesgo de daño ambiental, aun cuando el solicitante no haya acompañado ni antecedente ni comprobante alguno de la verosimilitud del derecho o hecho que reclama, debería ser motivo suficiente para la concesión de la medida cautelar. Según el voto en análisis, es dable concluir que frente a una solicitud de medida cautelar bastaría con el solo relato completo y concluyente de los hechos que permita a la judicatura ambiental considerar la existencia de un riesgo, para otorgar dicha medida, sin la necesidad perentoria de acompañar prueba de la existencia de dicho riesgo.

Por último, termina el voto sentenciando que: *“la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, vista a través del prisma de los principios del Derecho Ambiental, en especial del principio precautorio, **hace obligatorio al sentenciador acogerlas provisionalmente por un plazo brevísimo, prudencial y no perjudicial para el afectado por ellas, ante la entrega de indicios del riesgo evitable por parte del solicitante, en aras de asegurar la existencia del peligro bajo apercebimiento de no admitirse su renovación en caso de no allegarse a este Tribunal la totalidad de los antecedentes que permiten ordenar una medida proporcional al daño que se busca evitar**”*.
(destacado es nuestro)

Considero que el último razonamiento del voto de minoría es de suma relevancia, toda vez que hace una propuesta de *lege ferenda* respecto de aquellos casos en que, no habiéndose acompañado antecedentes suficientes, en opinión del Tribunal, pero existiendo “indicios” de un “riesgo” el Tribunal debería igualmente decretar la medida cautelar y ordenar que se acompañen los antecedentes suficientes para mantener la medida, bajo apercibimiento de dejarla sin efecto.

3. Causa D-33

Con fecha 18 de mayo de 2017 la Junta de Vecinos N°18 de La Aguada y un conjunto de habitantes de la localidad de Yumbel interpusieron conjuntamente una demanda de reparación de daño ambiental y una solicitud de medida cautelar en contra de Eólica Monte Redondo S.A.

Su solicitud se fundó en que la demandada para emplazar la Central de Pasada Laja tuvo que llevar a cabo la inundación de una serie de sectores aledaños, lo cual no fue avisado por medio alguno a los vecinos. Asimismo, alegaron que la inundación debería llegar a una altura de 14 metros en circunstancias de que llegó a los 24 metros. Que producto de la inundación se perdieron playas, se inundaron campings y se alteraron corrientes de aguas en una serie de sectores cercanos.

Que además el tranque o inundación se transformó en una masa de agua verde y putrefacta, pues el funcionamiento de la central generó un fenómeno de eutrofización en la masa de agua, alterando la temperatura del agua, los niveles de oxígeno y el PH del ecosistema.

La medida cautelar innovativa solicitada consistía en que se ordenase de forma inmediata que el funcionamiento de las instalaciones de la Central, se permitiese

la apertura de sus compuertas en temporada estival (entre octubre y abril), a fin de evitar la concentración de masa de agua eutroficada y que, al efecto, se notificase a la Superintendencia del Medio Ambiente correspondiente, a fin de que efectuase el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de la medida.

Con fecha 14 de diciembre de 2017 el Tribunal resolvió rechazar la medida cautelar innovativa solicitada expresando que: *“Que, de los fundamentos y antecedentes acompañados es posible advertir que estos últimos no son actualizados y carecen de la suficiencia para acreditar fehacientemente la inminencia de un perjuicio irreparable. Asimismo, lo expuesto por la demandante no permite configurar una presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados, todo lo anterior, conforme lo exige el art. 24 de la Ley N°20.600”*

Lo resuelto es concordante con los antecedentes en que se fundó la solicitud. Revisados dichos antecedentes resultan evidentes que todos son de una fecha muy anterior a la presentación de la solicitud y que uno de los antecedentes más relevantes, el “Informe de Agua Potable, Agua del Río Laja y Agua de Represa ubicada cerca del límite de comunas de Yumbel y Cabrero”, realizado por Centro Nacional de Medio Ambiente de la U. de Chile, era de fecha 2015, por tanto, lo resuelto es lógico pues la tutela cautelar debe suponer un riesgo o peligro actual.

4. Causa D-31

Con fecha 28 de agosto de 2017 don Antonio Pardo interpuso una demanda por reparación de daño ambiental y en conjunto solicitó dos medidas cautelares en contra de la Empresa Eléctrica Caren S.A.

Su solicitud se fundó en que la demandada construyó sin la correspondiente autorización ambiental y sin recepción de obras por la Dirección General de

Aguas una bocatoma y un ducto de aducción subterráneo para conducir aguas del río Carilafquén destinadas a la central hidroeléctrica de pasada “Carilafquen-Malalcahuello”. Asimismo, señaló que la bocatoma y el ducto habrían sufrido diversas fracturas estructurales que generaron derrame de material pétreo y del caudal contenido sobre el predio del demandante; además, se generaron alteraciones de las condiciones morfológicas del terreno y del hábitat de una serie de especies forestales que se encuentran en el área afectada.

Las medidas cautelares solicitadas fueron las siguientes:

1° Paralización del funcionamiento de la central de pasada Carilafquen-Malalcahuello, en lo relativo a la utilización de la Bocatoma, Ducto y chimenea de equilibrio.

2° La prohibición de celebrar actos y contratos sobre la central de pasada Carilafquen-Malalcahuello y/o los derechos de agua de que la demandada fuere titular en relación con el río Carilafquen.

El Tribunal con fecha 8 de septiembre de 2017 rechazó la solicitud de medidas cautelares.

La primera medida la rechazó porque en la causa S-14, el Tribunal ya había autorizado la solicitud de la Superintendencia de Medio Ambiente de decretar la detención del funcionamiento de las instalaciones del demandado.

La segunda solicitud la rechazó sin fundamentos resolviendo únicamente que: *“no ha lugar”*.

Lo relevante en esta resolución es que rechaza la segunda medida cautelar sin señalar los fundamentos para ello, lo cual claramente va en contra del derecho a la defensa que tiene cada litigante y con ello el derecho a conocer las razones del rechazo de su solicitud (principio de fundamentación o socialización de las resoluciones judiciales). Lo anterior es aún más grave cuando tenemos en consideración que, según la Ley, la referida resolución no es apelable.

5. Causa D-24

Con fecha 24 de julio de 2017 el Comité de Defensa Patrimonial de Los Ángeles (CODEPALA) solicitó una medida cautelar conservativa en contra de la Municipalidad de Los Ángeles.

Su solicitud se fundó en que la demandada se encontraba ejecutando obras de construcción en el Edificio O'Higgins, inmueble de carácter patrimonial, que habría implicado la demolición de todo el interior del edificio como también de parte de la fachada.

La medida cautelar solicitada fue la suspensión de todas las faenas y obras que se llevan a cabo en el Edificio O'Higgins durante toda la tramitación y hasta la resolución del juicio, por sentencia firme o ejecutoriada.

El Tribunal con fecha 25 de julio de 2017 dio traslado a la demandante.

Una vez evacuado el traslado, con fecha 1 de agosto de 2017 resolvió que: *“Que de lo expuesto por la parte demandante, para el resguardo efectivo del bien que se pretende proteger, es razonable la dictación de una medida cautelar. Sin embargo, de lo informado por la demandada, en relación con el estado de avance de las obras, se estima no resultar eficaz la paralización total de las*

mismas, en aquella parte que no exceda el volumen original del inmueble, considerando lo dispuesto por el art. 44 del Plan Regulador Comunal de Los Angeles”.

Por tanto, el Tribunal decidió rechazar la solicitud de medida cautelar. Sin embargo, considerando la verosimilitud de la pretensión invocada por la demandante y la existencia de la necesidad de resguardar un interés jurídico tutelado, decretó de oficio otra medida cautelar. En efecto, ordenó suspender las faenas y obras que se llevaban a cabo en el Edificio O’Higgins, pero solo aquellas que sobrepasaren el volumen original del inmueble o que pudieren considerar la construcción de un tercer nivel y consérvese en el estado en que se encuentra, la fachada del inmueble, facultándose solo labores de restauración de ésta. Todo durante el tiempo que demore la dictación de la sentencia definitiva.

Resulta relevante destacar en esta resolución dos puntos. El primero, es destacar que el Tribunal dio traslado a la contraparte, lo cual es totalmente contraproducente a lo que persigue y presupone la tutela cautelar. La cautela supone urgencia y por tanto, otorgar un traslado implica soslayar esa premura y aplazar el ejercicio efectivo de la tutela.

Y segundo, es destacable que el Tribunal haya hecho ejercicio de la facultad que tiene de decretar medidas cautelares de oficio. Pues de otra forma, podría haber rechazado sin más la medida y haber quedado la demandante en una situación de total indefensión.

6. Causa D-23

Con fecha 13 de septiembre de 2016 un grupo de habitantes de la ciudad de Valdivia interpusieron una demanda de reparación de daño ambiental y en conjunto, solicitaron una medida cautelar en contra de un grupo de agricultores.

Su solicitud se sustentó en que los demandados se habrían encontrado explotando ilegalmente áridos lo que conllevó a la tala de al menos 10 hectáreas de bosque nativo y al excesivo drenaje de los terrenos aledaños, todos dedicados a la actividad agrícola.

La medida cautelar solicitada fue la paralización completa de las faenas de explotación de áridos.

Se acompañó como antecedentes para acreditar la referida solicitud un set de fotografías y la copia de un formulario de denuncia de terceros por presuntas infracciones a la Ley forestal.

El Tribunal con fecha 27 de septiembre de 2016 tuvo por interpuesta la demanda. Sin embargo, rechazó la solicitud de medida precautoria, resolviendo que: *“Conforme lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley N°20.600, no constando de los antecedentes acompañados, presunción grave del derecho que se reclama, no ha lugar por ahora”*.

De la simple lectura de la solicitud y los antecedentes acompañados, me parece que la resolución es correcta, habida consideración de lo escueto de los argumentos y antecedentes señalados. Ahora bien, me parece que la resolución también es sucinta y escueta pues no se pronuncia respecto a ninguno de los antecedentes acompañados.

7. Causa D-16

Con fecha 26 de abril de 2017 un grupo de vecinos de la comuna de Chillan Viejo, en un procedimiento de demanda por daño ambiental, solicitaron se decretase una medida cautelar precautoria en contra de BIODIVERSA S.A., sociedad dedicada a la disposición final de residuos sólidos domiciliarios, asimilables e industriales.

La medida cautelar solicitada fue una precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos respecto al Proyecto Relleno Sanitario Fundo Las Cruces. Lo anterior se fundó en que los solicitantes habrían tomado conocimiento por la prensa de que la empresa ESSBIO informó por medio de un hecho esencial a la SVS, que su filial Biodiversa S.A. había celebrado una promesa de compraventa respecto del referido Proyecto, con sociedades ligadas a Southern Cross Group.

Con fecha 27 de abril de 2017 el Tribunal dio “traslado” respecto de la solicitud. Finalmente, con fecha 3 de mayo de 2017 rechazó denegó la medida y resolvió que: *“Que a partir de los fundamentos presentados por la demandante para justificar la medida precautoria solicitada y, por su parte, lo acreditado por la demandada, respecto del documento que comunicó el hecho esencial a la Superintendencia de Valores y Seguros por parte de ESSBIO S.A., acompañado a fs. 915, como del tenor del mismo; no se acreditan los presupuestos mínimos de gravedad y verosimilitud que impone el artículo 24 de la Ley N°20.600, como asimismo, con los supuestos que se señalan en el art. 296 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Por lo anterior, el Tribunal no acogerá lo solicitado por la demandante.”*

Lo relevante de este caso es que el Tribunal haciendo caso omiso a lo dispuesto por la Ley, dio traslado a la contraparte respecto de la solicitud de medida

precautoria y posteriormente, frente a la oposición de la contraparte procedió a fallar sin más trámite y sin citar a la audiencia que señala expresamente el inciso 4° del artículo 24 de la Ley N°20.600 para aquellos casos en que se deduzca oposición o se solicite alzamiento de una medida cautelar. Lo anterior atenta no solo contra el texto de la Ley, sino que también con la seguridad jurídica mínima que requiere cualquier litigante.

8. Causa D-15

Con fecha 4 de marzo de 2016 un grupo de agricultores del sector rural Carrizales Bajo solicitaron una medida cautelar prejudicial innovativa en contra de Celulosa Arauco y Constitución S.A.

Su solicitud se fundó en que producto de la Planta de Celulosa Nueva Aldea, los vecinos debían convivir con la pestilencia que emanaba sus chimeneas generando náuseas, vómitos, jaquecas e incluso problemas de visión y dificultades respiratorias. El mal olor o pestilencia provendría de la cocción y deslignificación de la madera utilizada en el proceso productivo de la celulosa. Asimismo, señalaron que la planta generaba ruidos molestos y partículas de cal que producto del viento se alojaban en el suelo, árboles y aguas del sector de Carrizales.

La medida cautelar innovativa solicitada fue la detención inmediata del funcionamiento de las instalaciones de la planta de celulosa.

El Tribunal con fecha 10 de marzo de 2016 resolvió: *“Que de los antecedentes acompañados por la requirente en su presentación de fojas 1 y siguientes no constituyen, a juicio de este Tribunal, presunción grave del derecho que se*

reclama o de los hechos denunciados, ni de la existencia de la inminencia de un perjuicio irreparable”.

Aquí solo cabe señalar que, como es la regla general, el Tribunal simplemente falló que los antecedentes no eran suficientes otorgar la medida sin dar razón alguna de sus dichos.

9. Causa D-6

Con fecha 21 de abril de 2015 un grupo de instituciones dedicadas al turismo interpusieron una demanda de reparación de daño ambiental y solicitaron una medida cautelar conservativa en contra de Inversiones y Rentas Los Andes S.A.

Fundaron su solicitud en que la demandada tenía 5 planes de manejo y reforestación, todos con el objeto de la materialización de un “Camino de Aproximación” a predios de la misma demandada donde pretendería llevar a cabo proyectos turísticos, forestales e inmobiliarios. Ahora bien, las obras para llevar a cabo el camino referido habrían conllevado a un daño al medio ambiente, pues habría generado remociones en masa y desprendimientos de terrenos en las zonas que ha ido interviniendo; asimismo, la flora y la fauna nativa habría sufrido serios daños; y, el Río Manso habría sufrido el enturbiamiento de sus aguas.

La medida cautelar conservativa solicitada fue la paralización de las obras de construcción del “Camino de Aproximación”.

Con fecha 23 de abril de 2015 el Tribunal resolvió rechazar la solicitud de medida cautelar resolviendo que: *“no siendo suficiente los antecedentes a la luz de lo que exige el inciso 3° del artículo 24 de la Ley N°20.600; no ha lugar a la*

medida cautelar solicitada, por no acreditarse la presunción grave del derecho que se reclama, sin perjuicio de que pueda solicitarse nuevamente durante la secuela del juicio”.

Como es la regla general, el Tribunal simplemente falló que los antecedentes no eran suficientes. Sin embargo, como ha ocurrido en otras resoluciones el Tribunal si se ha pronunciado respecto a cada uno de los antecedentes y en definitiva, ha permitido al solicitante entender el porqué de la negativa. Me parece que esa es una buena práctica judicial que debería incorporarse pues resoluciones como estas en definitiva dejan en la indefensión a la parte solicitante pues no solo se rechazó su pretensión, sino que además no tiene información suficiente para poder remediarlo.

(iii) Casos en que se ha decretado de oficio una medida cautelar

2° Tribunal Ambiental

1. Causa D-23

Este litigio seguido en contra del Consorcio Santa Marta S.A. y cuyos motivos fueron explicados precedentemente, fue resuelto por medio de sentencia definitiva dictada con fecha 29 de noviembre de 2014.

Finalmente se concluyó que Consorcio Santa Marta S.A. era responsable del daño ambiental alegado y, por tanto, fue condenada a su reparación por medio de una serie de medidas.

Asimismo, el Tribunal en la misma sentencia, de oficio, procedió a decretar dos medidas cautelares innovativas. Sin mayores detalles, las medidas fueron las siguientes:

- (i) Realizar en un plazo de 120 días un análisis de riesgo, a cargo de una entidad externa e independiente, de toda la superficie que estuvo en contacto directo con los residuos que traspasaron el muro de contención y afectaron la quebrada El Boldal. El suelo que se determinare como afectado deberá ser retirado y dispuesto en el relleno, en un plazo máximo de 6 meses, y la totalidad del área excavada deberá ser cubierta por tierra limpia debidamente compactada. Asimismo, si se determinare que hay aguas subterráneas afectadas, la condenada deberá asegurar que su calidad cumpla con la normativa.

- (ii) Realizar en un plazo de 120 días un estudio técnico de funcionamiento del sistema de tratamiento terciario, a cargo de una entidad externa e independiente. Si de los resultados se hicieren necesarios efectuar cambios sobre determinadas partes del sistema será necesaria la modificación de la Resolución de Calificación Ambiental.

Lo resuelto es concordante con el procedimiento ambiental de demanda por daño ambiental. El Tribunal condenó a reparar el daño ambiental generado, sin embargo, con las medidas cautelares dictadas, el Tribunal buscó prevenir la eventual situación de daño ambiental que podría existir de forma posterior incluso al cumplimiento de la sentencia. El Tribunal con dichas medidas intentó evitar cualquier riesgo de daño ambiental futuro, para ello las medidas cautelares adoptadas perseguían constatar el estado de riesgo al medio ambiente.

2. Causa D-13

Esta causa fue iniciada con fecha 9 de diciembre de 2014 por medio de una demanda de reparación de daño ambiental interpuesta por la Municipalidad de Quintero en contra de ENAP Refinerías S.A. y ULTRAMAR Agencia Marítima.

La demanda se sustentó en que el día 24 de septiembre de 2014 en la bahía de Quintero, el Buque Tanque Mimosa, cargado de hidrocarburo, se conectó al mono boya de propiedad de ENAP Refinerías S.A. para efectuar la descarga del hidrocarburo. Sin embargo, se produjo la rotura de la tubería flexible por donde pasaba el petróleo en descarga, vertiéndose el hidrocarburo directamente en el mar y provocando, la contaminación de la bahía.

Sin perjuicio, de que existen recursos pendientes en su contra, con fecha 13 de marzo de 2018 se dictó la sentencia definitiva que determinó resolvió rechazar la demanda.

Ahora bien, en los que nos concierne, esta sentencia es relevante por cuanto a pesar de haber rechazado la demanda procedió a decretar una medida cautelar innovativa en contra de ENAP Refinerías S.A., en base a interesantes fundamentos, que pasaré a revisar.

El Tribunal explicó con absoluta claridad el contenido y la relevancia del principio preventivo⁹⁰ en materia ambiental; asimismo, señaló que justamente una de sus manifestaciones en la materia eran las medidas cautelares.

⁹⁰ “Este principio obedece a la máxima ambiental referida a que los daños deben ser evitados a toda costa y bajo cualquier circunstancia, aun cuando se deriven de actos que en su origen se estimaron ilícitos, verbi gratia, convenciones, que luego deriven en infracciones contractuales, situación que ha contribuido al desarrollo de sistemas de prevención de daños y a la anticipación de mecanismos jurisdiccionales denominados de tutela preventiva, acciones que son prevalentes y se prefieren a aquellas que están supeditadas a una solución ex post facto”. Considerando centésimo vigésimo, pág. 91 y 92.

Continuó señalando que los requisitos para dictar una medida cautelar innovativa son los siguientes: “(i) *ellas deben ser necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos al conocimiento del Tribunal (periculum in mora)*; (ii) *deben ser dictadas con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada (fumus bonis iuris)*; y, (iii) *sólo podrán decretarse ante la inminencia de un perjuicio irreparable*”.⁹¹

Que respecto del caso de autos el Tribunal hizo una completa explicación de por qué si concurrían los requisitos señalados y que por tanto podía decretar una medida innovativa. En efecto señaló que: “(i) *es necesaria para hacer frente al riesgo cierto de que un nuevo derrame se produzca, en la medida que, como se dijo, estos ocurren permanentemente producto de la operación de ENAP*; (ii) *su fin es resguardar el ecosistema presente en la bahía de Quintero, además de la salud de las personas, y evitar así un nuevo evento de contaminación del sector, el que aparece como muy probable de no tomarse medidas especiales*; y, (iii) *si bien no necesariamente nos encontramos ante la inminencia de un perjuicio irreparable, es posible prever que la ocurrencia de nuevos derrames requiere de acciones y medidas concretas. Habida cuenta de lo anterior, el Tribunal estima que se cumplen los presupuestos básicos para aplicar una medida cautelar innovativa que aborde la situación descrita antes que se produzca un nuevo derrame, independiente si éste vaya a ser constitutivo de daño ambiental, de contaminación o de alguna otra afectación. En otras palabras, el legislador ha mandado implícitamente al Tribunal a actuar en casos de riesgo*”.⁹²

⁹¹ Considerando centésimo vigésimo sexto, pág. 95

⁹² Considerando centésimo vigésimo noveno pág. 96 y 97

Por todo lo anterior el Tribunal decretó la medida cautelar innovativa consistente en que ordenó a ENAP a realizar un completo análisis de los riesgos de las actividades de descarga de combustible desde naves a través de las instalaciones existentes para ello, en un plazo de 90 días. Todo supervisado y aprobado por el Ministerio del Medio Ambiente y teniendo como resultado, el incorporar las mejoras técnicas disponibles, sin perjuicio de un análisis costo beneficio de las mismas. Si es que producto de lo anterior se tuviere que implementar nuevas partes, obras o acciones, ellas deberán sujetarse a la normativa vigente y obtener previamente todos los permisos y autorizaciones pertinentes.

Son varios los puntos destacables de la citada sentencia. Lo primero a resaltar es que el Tribunal a pesar de rechazar la demanda de daño ambiental procede de todas formas a decretar una medida innovativa en base al principio preventivo y al concepto del riesgo en materia medio ambiental. El Tribunal es claro en señalar que el concepto de riesgo no se encuentra definido expresamente en las Leyes que regulan su actividad, sin embargo, señala una serie de disposiciones de las cuales es posible concluir que el riesgo no es ajeno a la competencia de un Tribunal Ambiental.

Asimismo, señala que *“Cuando el legislador habla de daño inminente, no hace otra cosa que referirse al riesgo de daño, esto es, antes de que éste ocurra”*. Lo anterior es importante pues dice directa relación con uno de los requisitos señalados por la Ley N°20.600 para la concesión de medidas cautelares innovativas, este es, la *“inminencia de un perjuicio irreparable”*, que según lo razonado por el Tribunal, sería la existencia del riesgo de un daño irreversible.

Por último, destacar no solo el ejercicio de la facultad de oficio otorgada por la Ley y tan poco ejercida, sino que también, cabe resaltar el hecho de que el

Tribunal no solo impuso una medida cautelar innovativa de oficio, sino que aun más, estableció una medida innominada.

3. Causa D-6

Esta causa fue iniciada con fecha 9 de agosto de 2013 por medio de una demanda de reparación de daño ambiental interpuesta por el Estado de Chile en contra de Servicios Generales Larenas Ltda.

La solicitud se sustentó en que la demandada se encontraba ejecutando obras de extracción de áridos en el cauce del río Duqueco y en terrenos ribereños, sin contar con autorización alguna para ello. La demandada para llevar a cabo sus labores de extracción construyó un pretil para desviar y secar el brazo norte del río, con esa intervención habilitó un acceso directo al río para que ingresara maquinaria pesada y permitió la extracción de áridos en el brazo norte del río que fue secado.

Señaló la demandada que estas intervenciones generaron un importante daño ambiental al cauce del río, pues lo modificó significativamente, generó un desnivel de cota de fondo del lecho y entorpecimiento del libre escurrimiento de las aguas. Asimismo, produjo una pérdida de hábitat de avifauna del sector, una pérdida de servicios ambientales que prestaba el río como ecosistema, la formación de pozones en la ribera norte con acumulación de material de acopia que afecta la producción agrícola y forestal y genera pérdida de hábitat para las especies de la zona.

Pues bien, admitida a tramitación la demanda, con fecha 26 de septiembre de 2013 el Tribunal en base a lo informado por el Director General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas, que dio cuenta que el demandado continuaba

desarrollando faenas de extracción y procesamiento de áridos en el río Duqueco sin la autorización competente, y que ello habría provocado el socavamiento de la ribera del río y las fundaciones del Puente Calderones, así como también, habría generado una afectación a la vida, salud y bienes de la población, decidió de oficio decretar una medida cautelar.

En efecto, resolvió lo siguiente: *“esta Magistratura considera que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley N°20.600, decretando en este acto y de oficio, la paralización inmediata de las obras de extracción y explotación de áridos en el Cauce del río Duqueco, en el sector de Llano Blanco, aguas abajo del Puente Calderones en la comuna de Quilleco, Provincia y Región del Bío Bío, realizadas por la empresa “Servicios Generales Larenas Ltda.”, por el tiempo que dure el proceso por daño ambiental seguido ante este Tribunal”.*

Lo relevante en este caso es que, igual que como veremos en una causa seguida ante el 3° Tribunal Ambiental, el Tribunal fundó el ejercicio de la tutela de oficio en un informe emanado de una autoridad, en este caso, el informe del Director General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas.

Recordemos que el principio que rige nuestros procedimientos judiciales, por regla general, es el principio dispositivo y no la oficialidad. La magistratura ambiental es una de las primeras en tener la facultad expresa para decretar de oficio una medida cautelar, sin embargo, esta facultad prácticamente no es utilizada y como vemos su ejercicio supone para el Tribunal tener prácticamente la certeza de la existencia del daño ambiental.

3° Tribunal Ambiental

1. Causa D-36

Esta causa fue iniciada con fecha 14 de junio de 2018 por medio de una demanda de reparación de daño ambiental interpuesta por el Comité de Defensa Patrimonial de Los Ángeles (CODEPALA) en contra de la Municipalidad de Los Ángeles, luego de que su medida prejudicial conservativa, tramitada bajo el rol D-34, fuere rechazada, como ya vimos.

El Tribunal dio curso a la demanda y de oficio decretó una la diligencia de inspección personal del Tribunal. En base a lo constatado en dicha diligencia, con fecha 12 de julio de 2018, decretó de oficio una medida cautelar.

En efecto resolvió que: *“Que, visto lo constatado en la inspección personal del Tribunal de 10 de julio de 2018, medida que fue decretada de oficio por resolución de fs. 60, de 19 de junio de 2018, y complementada por resolución de fs. 62, de 6 de julio de 2018; y de acuerdo a lo previsto en el art. 24 de la Ley N°20.600, en particular su inciso segundo, se ordena la siguiente medida cautelar conservativa:*

Ordénese la paralización de las obras de construcción en el Edificio del Liceo e Internado de Hombres, ubicado en calle Lautaro N°445, frente a la Plaza de Armas de la ciudad de Los Ángeles. Dicha paralización afectará única y exclusivamente a las obras que se desarrollan sobrepasando el volumen actual del edificio, así como aquellas obras que alteren las características arquitectónicas y de diseño de la fachada. Todas las obras que se desarrollen en el interior del edificio no están afectas por la presente orden”.

Frente a esta resolución la parte demandada, con fecha 20 de julio de 2018, solicitó se dejase sin efecto la medida cautelar decretada por una serie de

razones; sin embargo, no acompañó prueba documental alguna para justificar su solicitud.

El Tribunal procedió a dar traslado a la demandante y de conformidad a lo dispuesto por el inciso 4° del artículo 24 de la Ley N°20.600 citó a una audiencia especial de “mantención, modificación o alzamiento de medida cautelar”, en la que las partes plantearon sus argumentos y respondieron las preguntas del Tribunal.

Finalmente, con fecha 6 de agosto de 2018, el Tribunal resolvió rechazar la solicitud de alzamiento de la medida cautelar decretada de oficio. En efecto resolvió lo siguiente: *“Primero: Que, el alzamiento o modificación de una medida cautelar requiere la existencia de antecedentes nuevos o adicionales a los considerados al momento de decretarla. Por tal razón el legislador dispuso, en el art. 24 inc. 4° de la Ley N°20.600, que la solicitud de alzamiento debe ir acompañada de los documentos que la justifiquen. Esta carga no fue cumplida por la demandada.*

Segundo: Que, en efecto, aun cuando la I. Municipalidad de Los Ángeles, a fs. 108, con fecha 30 de julio de 2018, acompañó cinco documentos de manera separada a su solicitud de alzamiento de medida cautelar, éstos no pueden ser tenidos en cuenta para los efectos aquí discutidos, porque no se acompañaron en su oportunidad procesal. En consecuencia, no habiendo presentación de nueva prueba para efectos de alegar el mantenimiento de la medida cautelar decretada por el Tribunal a fs. 63, EL TRIBUNAL RESUELVE: Se rechaza la solicitud de alzamiento promovida por la parte demandada, en consecuencia, se mantiene la medida cautelar decretada a fs. 63, con fecha 12 de julio de 2018”.

Los aspectos relevantes de la tramitación son dos. El primero dice relación con que el Tribunal se fundó exclusivamente en la inspección personal para decretar la medida cautelar de oficio y el segundo, es respecto al fundamento para rechazar la solicitud de alzamiento, el Tribunal aplicó estrictamente lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 24 de la Ley N°20.600 que dispone: “*Deducida oposición o pedido el alzamiento de la medida, deberá adjuntarse a los correspondientes escritos la prueba documental pertinente*”, el artículo es claro en cuanto a que los documentos se deberán acompañar en el escrito de oposición u alzamiento, por tanto, lo resuelto por el Tribunal es concordante y armónico con la citada disposición.

2. Causa D-25

Esta causa se inició con fecha 1 de marzo de 2017 con la interposición de una demanda de reparación por daño ambiental por parte de la Municipalidad de Pitrufquén en contra de la Empresa de Ferrocarriles del Estado (“EFE”), Ferrocarriles del Pacífico S.A. y el Comité Operativo de Emergencia de la Región de la Araucanía.

Posteriormente, con fecha 7 de marzo de 2017, la demandada rectificó su demanda y solicitó al Tribunal una medida cautelar.

Los hechos que sustentaron la demanda y la solicitud son los siguientes. El día 18 de agosto de 2016, se produjo el colapso del Puente Ferroviario Río Toltén, de propiedad de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, producto de ello cayeron al río Toltén siete vagones de un tren que al momento del colapso transitaba por el puente. Los vagones contenían sustancias químicas peligrosas, tales como, soda cáustica, petróleo N°6 y clorato de sodio; todas ellas potencialmente nocivas para la salud, la seguridad y bienestar de las personas, animales, plantas y en general, todo el ecosistema fluvial. Señaló la

demandante que EFE no habría tomado las medidas necesarias para evitar daños, habida vez que, a la fecha de la presentación de la demanda y habiendo transcurrido más de 6 meses, aún había vagones en el río Toltén.

En la solicitud de medida cautelar la demandante solicitó: (i) se ordenase a EFE la presentación de un plan y cronograma para la extracción de los 6 vagones que se encontraban sumergidos en el río Toltén; (ii) se ordenase a los demandados la retención y conservación de los vagones y su carga una vez extraídos del río Toltén, no pudiendo intervenir su contenido, para poder resguardarlo y realizar los peritajes correspondientes y verificar la cantidad de productos peligrosos que se fugaron de los vagones; y, (iii) se ordenase cualquier otra medida que a juicio del Tribunal correspondiese.

El Tribunal con fecha 10 de marzo de 2017 resolvió rechazar las medidas cautelares solicitadas, resolviendo que: “(...) *visto lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N°20.600, en particular en su inciso segundo: a la primera y segunda medidas solicitadas, no ha lugar;*”. Sin embargo, en la misma resolución procedió de oficio a dictar las siguientes medidas cautelares:

- (i) Ordenó a EFE que, en un plazo de 30 días, retirara los cinco vagones. Asimismo, ordenó que previo a la remoción EFE tendría que informar con una anticipación mínima de 48 horas a la Brigada Investigadora de Delitos contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural, de Valdivia, de la PDI; y solo en presencia de funcionarios de dicha institución se podrían retirar los vagones para su posterior inspección por parte ellos.
- (ii) Ordenó a EFE que, en caso de retiro de la estructura dañada y que haya caído o colapsado sobre el río Toltén, debía comunicar esa acción con una anticipación mínima de 48 horas a la Brigada Investigadora de Delitos contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural, de Valdivia, de la

PDI; y solo en presencia de funcionarios de dicha institución se podría hacer su retiro y ubicarlos en un lugar seguro, para su posterior inspección por parte ellos.

- (iii) Prohibió a EFE el retiro de la armazón del puente con daño estructural que no hubiere caído al río Toltén, ni tampoco aquella que no tuviere daño estructural.

Posteriormente, con fecha 4 de mayo de 2017 y habiéndose constatado por parte del Tribunal que EFE se encontraba construyendo un pretil de contención en el río Toltén, para poder desviar las aguas hacia el sector sur y poder rescatar los vagones, pero que la confinación de las aguas generó una piscina que contenía agua estancada en la que se desconoce su condición y calidad, y no existiendo por parte de EFE un procedimiento para la disposición final de las aguas de la piscina o de los posibles sedimentos de dicho lugar, que podrían contener elementos químicos o hidrocarburos provenientes de los vagones, el Tribunal decidió decretar de oficio una nueva medida cautelar.

En lo que nos importa, resolvió que: *“Que el hecho referido por el mencionado oficio, da cuenta del riesgo de la eventual presencia de contaminantes en las aguas detenidas por el pretil, haciéndose necesario eliminar dicho riesgo, en forma previa a la restitución del curso o de eventuales crecidas del río Toltén, siendo así necesario y pertinente ordenar medidas que eviten la posible propagación de estas aguas residuales y de los sedimentos en contacto con éstas.*

EL TRIBUNAL RESUELVE: Ordénese a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, de forma cautelar, la extracción, retiro y adecuada disposición, de las aguas y sedimentos confinados dentro del estanco de contención de los carros

siniestrados en el cauce del río Toltén. Para el cumplimiento de lo anterior, la Empresa deberá remitir a este Tribunal, dentro de quinto día, un plan que especifique los procedimientos y plazo mediante los cuales se dará cumplimiento a lo ordenado. La ejecución del referido plan no podrá exceder del plazo de 15 días.”

Como señalamos anteriormente, los Tribunales Ambientales prácticamente no ejercen la facultad de decretar de oficio medidas cautelares y pareciera que cuando lo hacen, la efectúan teniendo la convicción de la existencia de un daño ambiental. El estándar que el propio Tribunal se establece es más alto que lo normal. En el caso en análisis, el Tribunal decretó de oficio las medidas cautelares basado exclusivamente en el informe del SEREMI del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía, que daba cuenta de actividades por parte de EFE que estaban generando un daño ambiental.

(iv) Otros casos relevantes

1. Causa D-29 seguida ante el 3° Tribunal Ambiental

Con fecha 17 de julio de 2017 un grupo de agricultores del sector rural de Huechelepun, comuna de Melipeuco, Novena Región, interpuso una demanda de reparación por daño ambiental en contra de la Empresa Eléctrica Caren S.A. y en un otrosí de la misma presentación solicitó dos medidas cautelares.

El daño ambiental alegado consistía en que el ducto subterráneo y chimenea de equilibrio, habría generado modificaciones en las condiciones morfológicas del terreno y del hábitat de una serie de especies forestales; asimismo, se habrían generado desprendimientos de material y derrames de agua que habrían generado el desplazamiento de grandes masas de terreno. Por último, señalaron que la filtraciones y ubicación de la chimenea al encontrarse

construida directamente sobre grupos habitacionales habría afectado significativamente su bienestar social.

Las medidas cautelares solicitadas fueron:

1° Una medida cautelar innovativa consistente en la paralización del funcionamiento de la central de pasada Carilafquen Malalcahuello, en específico, respecto de la utilización del ducto y chimenea de equilibrio correspondiente al río Carilafquen, junto a la inspección de la Dirección General de Aguas y de la Superintendencia del Medio Ambiente.

2° Una medida cautelar precautoria consistente en la prohibición de celebrar actos y contratos sobre la Central de Pasada Carilafquen Malalcahuello y/o los derechos de aguas que la demandada fuere titular en la río Carilafquen hasta el término del juicio.

El Tribunal con fecha 31 de julio de 2017 tuvo por interpuesta la demanda y dio traslado a la demandada para la contestación. Respecto de las cautelares resolvió: *“Previo a resolver, traslado;”*.

Sin perjuicio, de que esta demanda fue retirada y nunca se efectuó la notificación a la parte demandada, es útil analizar la relevancia de la resolución “traslado” para este caso.

Como ya vimos en el capítulo anterior el Tribunal puede conceder una medida cautelar con citación o de plano, sin embargo, en este caso resolvió de una forma totalmente diversa a la forma que establece la Ley. Ahora bien, en mi opinión en este caso podría surgir un problema procesal, pues la resolución de fecha 31 de julio de 2017 se debía notificar al demandado de forma personal y

solo desde ese momento se iniciaría el término de emplazamiento. Ahora bien, la interrogante es ¿el traslado dictado respecto de las medidas cautelares debería ser contestado dentro del término de emplazamiento, esto es, en el plazo de 15, 18, o 18 días más tabla de emplazamiento? ¿O ese traslado debía ser evacuado en el plazo de 3 días?

La Ley nada dice respecto a esta situación. Por tanto, debemos recurrir a lo dispuesto en el CPC.

El inciso primero del artículo 302 del CPC dispone que: *“El incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitará de conformidad a las reglas generales y por cuerda separada”*. El artículo 89 del mismo cuerpo legal dispone, en lo pertinente, que: *“Si se promueve un incidente, se concederán tres días para responder y vencido este plazo, haya o no contestado la parte contraria, resolverá el Tribunal la cuestión, (...)”*.

Las normas procesales por regla general son de orden público por tanto no pueden ser renunciadas por las partes, por tanto, siendo aplicables las normas citadas pareciera que tenemos que concluir que el plazo para contestar el traslado será de solo 3 días; de igual forma concluimos desde la perspectiva de los fines de la tutela cautelar, es excesivo dar 15 o más días para contestar y en definitiva decidir respecto de una solicitud de medida cautelar.

Ahora bien, considero que lo más eficiente (en términos de minimización de costos) en los casos en que se solicite una medida cautelar en la misma demanda sería que el Tribunal derechamente proceda a concederla o rechazarla de plano.

IV. DIFICULTADES PROCESALES IDENTIFICADAS Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

i. ¿Por qué los Tribunales Ambientales no decretan medidas cautelares?

Según lo revisado en el capítulo precedente prácticamente la totalidad de las solicitudes de medidas cautelares son rechazadas por los Tribunales Ambientales; asimismo, el panorama no es distinto en cuanto al ejercicio de oficio de la tutela cautelar por parte de la misma judicatura, pues prácticamente no es ejercida.

Las medidas cautelares cumplen un rol importante a la hora de tutelar intereses, mayor aún es ese rol cuando se trata de conflictos medioambientales, pues como ya hemos expresado los intereses en juego son de carácter público.

Es por ello, que no puede sino ser importante revisar el porqué de la tendencia. En primer término, debemos distinguir entre el ejercicio de la tutela cautelar de oficio y a petición de parte.

Los Tribunales Ambientales prácticamente no ejercen la facultad de decretar medidas cautelares de oficio. ¿Por qué?

En nuestra tradición jurídica la regla general es que nuestros jueces actúen siempre a petición de parte, las facultades de oficio son muy limitadas y solo aplicables a los exclusivos casos que establece la ley, los que, por lo demás, son escasos. Es con las últimas modificaciones legislativas que se ha optado por darle mayores atribuciones a los jueces, especialmente, en procedimientos que revisten algún grado de interés público, tales como, los procedimientos de familia, laboral o

de libre competencia.

De igual forma no cabe sino recordar que nuestro sistema jurídico se cimienta en el sistema continental cuyas principales características son la preponderación de la ley como fuente y la existencia de bastos cuerpos legales sistematizados y unitarios que rigen las diversas áreas del derecho. El papel del juez en este sistema es de un carácter secundario a diferencia de lo que ocurre en el sistema jurídico anglosajón en que el juez y sus decisiones se erigen como una fuente más del derecho.

Manifestación de lo anterior en nuestro ordenamiento jurídico, es el inciso 2° del artículo 3° del Código Civil que dispone expresamente que: *“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”*, esto significa que, las decisiones judiciales solo producen efectos en el caso particular en el que son pronunciadas, salvo que exista una norma legal expresa que señale lo contrario, y por tanto, *“ningún tribunal chileno está vinculado a sus fallos anteriores y tampoco lo está a los fallos dictados previamente por los tribunales superiores de justicia”*.⁹³ Las sentencias judiciales o también conocidas como “jurisprudencia” no obligan a los operadores jurídicos, ni aun cuando ellos mismos las hubiesen dictado.

El sistema continental imperante en nuestro ordenamiento jurídico se erige como una limitación a la actividad de los jueces, porque la interpretación y aplicación normativa que llevan a cabo carece de valor para el sistema, pues solo obligan a las partes del litigio, a nadie más.

Como bien sabemos, nuestros jueces son abogados formados justamente bajo

⁹³ SQUELLA, Agustín. (2011). *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica. Santiago. pp. 376.

la tradición y el sistema jurídico descrito.⁹⁴ ¿No será justamente esta formación la fuente del casi nulo ejercicio de tutela cautelar de oficio por parte de nuestros jueces?

La respuesta pareciera ser que sí; nuestros jueces, por regla general, se abstienen de ejercer facultades de oficio y pareciera que prefieren no tomar protagonismo y esperar siempre la actuación de las partes para emitir pronunciamiento.

Un ejemplo práctico de lo anterior es que, en materia civil, el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil permite que el juez corrija de oficio vicios que existan en el procedimiento, sin embargo, lo normal es que dicha facultad no se ejerza de oficio, sino que se despliegue cuando previamente una de las partes le solicitó al juez su ejercicio.

Nuestros jueces no quieren protagonismo. En materia ambiental, decretar de oficio una medida cautelar no solo implica actuar a motu proprio, sino que además importa actuar de forma creativa pues el artículo 24 de la Ley N°20.600 no establece un catálogo de medidas cautelares.

Las medidas cautelares en esta materia son de aquellas llamadas como “innominadas”, lo cual en el ámbito ambiental tiene mucho sentido pues la solución

⁹⁴ El sistema jurídico continental impone una serie de limitaciones para, por ejemplo, el ejercicio del análisis económico del derecho. Algunos autores señalan que las principales limitaciones dicen relación con la enseñanza del derecho en nuestro sistema, identificando los siguientes problemas: “tercero, la explicación conceptual ha hecho prácticamente irrelevante el estudio sistemático y la enseñanza del derecho desde la realidad jurídica, esto es, de las resoluciones judiciales, de la práctica judicial, etc.; cuarto, la creencia de que el conocimiento del derecho puede darse a través del conocimiento de grandes conceptos ha provocado la imagen de un derecho estable, acabado y sin contradicciones; quinto, esta imagen hace prácticamente innecesario cualquier intento por concebir el derecho de manera funcional y, por ende, utilizarlo para enfrentar la realidad o tratar de mejorarla (...)”. CARRASCO DELGADO, Nicolás. (2012). *Análisis Económico de las Medidas Cautelares Cíviles*. Editorial Thomson Reuters. Santiago. pp. 56.

a un inminente daño al medio ambiente puede ser muy diverso, siendo prácticamente imposible establecer un catálogo de medidas de mitigación. Aún más, establecer un catálogo podría implicar una dificultad para poder enfrentar eventuales daños ambientales, pues las partes o los jueces tendrían que limitarse al listado aun cuando ninguna de las medidas en el contenidas permita la protección requerida.

Desde la base de la reticencia de los jueces a ejercer facultades de oficio, es claramente posible concluir que, la reticencia será aún mayor cuando ello implique además ejercer un acto creativo, el que además puede significar un adelantamiento de la decisión del asunto o una eventual pérdida de imparcialidad, bajo la mirada de las partes.

Pareciera entonces que los jueces podrían, además, verse desincentivados a ejercer la facultad justamente por la aprensión a perder imparcialidad para el conocimiento del asunto. En este sentido, la doctrina se ha pronunciado señalando que *“Un juez que durante el procedimiento ha valorado la existencia de una apariencia de derecho (“fumus boni iuris”), decretando una medida cautelar, podría verse condicionado ya por mecanismos psicológicos (no mostrarse contradictorio), sociales (evitar la crítica pública) o jurídicos (exponerse a sanciones) para mantener esa valoración al momento en que debe fallar el asunto en su mérito, aunque de las alegaciones de las partes y las pruebas introducidas al proceso se forme otra convicción. En este caso, el juez más que aplicar la ley al caso concreto, mantendría su opinión formada previamente y en tal sentido juzga según su propio interés. Ese juez carecería de la debida imparcialidad”*.⁹⁵

⁹⁵ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2009, n.33 [citado 2019-02-24], pp.263-302. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007>.

La respuesta no es unívoca, probablemente es posible encontrar múltiples factores directos e indirectos que inciden en la verdadera abstención de la judicatura ambiental a establecer de oficio medidas cautelares, sin embargo, considero que el temor a que dicha decisión sea considerada como una pérdida de imparcialidad y con ello una causal de inhabilitación para conocer del asunto es un factor importante para considerar. En esta tesis hemos dejado fuera de análisis aquellas consideraciones internas que entran en juego al momento que los jueces resuelvan. Esa perspectiva de análisis requiere una metodología y marco teórico que se aleja de lo aquí tratado.⁹⁶

En el mismo sentido, los Tribunales Ambientales, prácticamente, tampoco acceden a las solicitudes de medidas cautelares. ¿Por qué? La o las respuestas aquí probablemente las podemos encontrar en prácticamente los mismos argumentos ya expuestos. Sin embargo, dos temas son relevantes en este aspecto: la reticencia por pérdida de imparcialidad y la sinonimia entre daño y riesgo.

En cuanto al primer punto enunciado, esto es, la reticencia por pérdida de imparcialidad basta con referirnos a lo ya expuesto en cuanto a las medidas cautelares de oficio que puede decretar un juez. Los jueces temen que, al acceder a las solicitudes de medidas cautelares solicitadas por una de las partes del litigio, la contraparte considere que ha perdido su imparcialidad para conocer del asunto contencioso, más aún, cuando las medidas solicitadas son de aquellas conocidas como innominadas.

⁹⁶ Sobre las motivaciones de los jueces que inciden en la decisión jurisdiccional ver: POSNER, R., *Cómo deciden los jueces*, Madrid [Marcial Pons], 2008; GUTHRIE, C.; RACHLINSKI, J., y WISTRICH, A., «Blinking on the Bench. How Judges Decide Cases», en *Cornell Law Faculty Publications*, núm. 91 (2007); Sutton, J., *A review of Richard Posner, How Judges Think*, 2008 [consulta: 14-11-2015]. Disponible en: <http://ssm.com/abstract=2493488> ; GARRIDO, María Isabel. (2009). La predecibilidad de las decisiones judiciales. *Revista lus et praxis*. N°15-1, enero 2009, U. de Talca, pp. 56-72.

La reticencia que hemos venido expresando tiene, como hemos explicado, su justificación en el temor a perder imparcialidad para conocer de un asunto luego de dictar una medida cautelar. Ahora bien, ¿por qué se produce esta reticencia o temor? Los jueces temen que al dictar de oficio o conceder a solicitud de parte una de estas medidas, las partes consideren que el juez ya ha tomado una posición a favor de una de las partes el litigio.

Lo anterior es errado. Un juez que procede a dictar o conceder una medida cautelar deberá analizar si se cumplen o los requisitos que establece la ley para acceder a la tutela cautelar. Dichos requisitos, de ninguna forma, constituyen un pronunciamiento respecto del fondo del asunto, por tanto, difícilmente el juez perderá la temida imparcialidad.

Relevante es tener presente que el juez verificará la concurrencia del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, y con ello determinará si existe un riesgo de daño ambiental que requiera del ejercicio de la tutela cautelar; más no verificará la existencia un daño ambiental, pues ello será materia del juicio sobre responsabilidad que se tramitará y llevará a cabo de forma lata.

Así ha sido entendido en el voto en contra dictado en la causa Rol D-34 del Tercer Tribunal Ambiental, en que se señaló expresamente que *“la acreditación fehaciente del daño es un estándar más propio de resoluciones de fondo, en el caso de las medidas cautelares conservativas del procedimiento ambiental, el estándar de admisibilidad es menor, al ser el riesgo y no el daño el que se busca acreditar”*.

Por tanto, si bien la pérdida de imparcialidad es un justo temor y un desincentivo a ejercer la facultad dada por la ley o para acceder a las solicitudes de cautelares, si tenemos en cuenta la relevante diferencia que existe entre el “riesgo” y el “daño”, y en que estadio procesal debe exigirse la acreditación de uno y otro, el referido

temor debiese disminuir y con ello, en el futuro, dar más acceso a la tutela cautelar, tanto de oficio como a petición de parte.

ii. *Fumus boni iuris* y *periculum in mora*: ¿Los presupuestos para decretar una medida cautelar en los procedimientos civiles son aplicables a los procedimientos ambientales?

El *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* son los presupuestos que deben concurrir para que el juez proceda a ejercer la tutela cautelar. Ambos requisitos o presupuestos fueron desarrollados en el primer capítulo de este trabajo por lo que nos remitiremos a ello.

¿Ambos requisitos se deben aplicar en materia ambiental, sin distinción alguna?

Para responder lo anterior, primero debemos tener presente que en los litigios ambientales los intereses que concurren no son solo los intereses privados de los litigantes, como lo es en materia civil, sino que además concurren intereses de carácter público, relativos a la protección del medio ambiente.

La doctrina ha señalado que “*Resulta fundamental que el Derecho Procesal abandone las estructuras clásicas que le rigen desde antaño, con miras a encontrar un punto de flexibilidad para estos nuevos casos, como son los conflictos ambientales, dándole a estos una solución práctica a través de la implementación de respuestas que faciliten al ciudadano común y corriente la reivindicación de sus intereses ventilados en estos casos, más concretamente a través de la creación de*

mecanismos procesales apropiados y eficaces que permitan su verdadera operatividad y reivindicación en juicio".⁹⁷

Respondiendo derechamente la interrogante de este acápite, considero que deben mantenerse ambos presupuestos, pero con ciertos matices en cuanto a su aplicación y prueba, según pasaré a exponer.

a) *Periculum in mora*. El peligro en la demora en la dictación de una sentencia definitiva en materia ambiental implica, por ejemplo, la perpetuación de un hecho contaminante que inclusive no tenga forma de reparación. En concreto, frente a la supuesta emanación de sustancias tóxicas por parte de una fábrica, el peligro en la demora podría implicar problemas de salud de los habitantes cercanos y de los trabajadores de dicho lugar, daño a la flora y fauna, entre otros. El peligro en la demora es mucho más gravoso que en materia civil y por ello, el estándar que permita su acreditación debe ser menor.

Considero incluso que lo correcto es derechamente presumir la concurrencia de este presupuesto si es que se ha acreditado el *fumus boni iuris*; pues acreditada la existencia de un riesgo de daño ambiental resulta de perogrullo exigir acreditar el peligro en la demora, como si se exige en materia civil.

b) *Fumus boni iuris*. En este caso el solicitante de la medida debe acreditar que existe una probabilidad razonable de obtener una sentencia favorable. Lo anterior supone que se debe acreditar la probabilidad razonable de que exista efectivamente un daño ambiental, es decir, que exista un riesgo de ello. Lo anterior

⁹⁷ MOLINA SAAVEDRA, Felipe. (2011). *Aplicación de Medidas Cautelares Innominadas en Procesos Ambientales*. Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA. N°3. Septiembre. pp.149

ha sido recogido por el voto en contra dictado en la resolución de fecha 5 de febrero de 2018, en la causa D-34, seguida ante el 3° Tribunal Ambiental, y en el que se señaló que *“en el entendido que la acreditación fehaciente del daño es un estándar más propio de las resoluciones de fondo, en el caso de las medidas cautelares conservativas del procedimiento ambiental, el estándar de admisibilidad es menor, **al ser el riesgo y no el daño el que se buscar acreditar**”*.

Ahora bien, en materia civil y según lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil (“CC”), será carga del solicitante acreditar este presupuesto: ¿La referida regla es aplicable en materia ambiental?

La respuesta es afirmativa. Los Tribunales Ambientales deben recurrir a lo dispuesto en artículo 1698 del Código Civil, pues es esa la norma, sobre la carga de la prueba, aplicable a todo nuestro ordenamiento jurídico, salvo norma expresa.

La citada norma dispone, en lo pertinente, que: *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*; lo anterior, importa que aquellos que soliciten una medida cautelar tendrán la carga de acreditar los presupuestos requeridos para su concurrencia. Si no cumple con esa carga probatoria entonces la medida cautelar, necesariamente, no le será concedida.

Teniendo claro lo anterior, considero que la regla clásica de la carga de la prueba no debe ser aplicada en asuntos ambiental, no a lo menos, en el ejercicio de la tutela cautelar. Primero, por los intereses públicos que se encuentran comprometidos; y, segundo, porque las partes que concurren a estos litigios son generalmente empresas o industrias con grupos civiles de menores o derechamente de escasos recursos.

La regla general es que sean esos grupos civiles los que interpongan una

demanda por responsabilidad por daño ambiental en contra de conglomerados económicos, industrias, entre otras entidades; asimismo, son ellos los que solicitarán la medida cautelar que fuere necesaria para evitar el riesgo de daño ambiental. Según la regla del artículo 1698 del Código Civil, serán justamente ellos los que tendrán que acreditar la existencia de dicho riesgo.

Como he dicho, generalmente nos encontraremos con grupos civiles -sindicatos de trabajadores, grupos de vecinos, municipalidades- de escasos recursos solicitando medidas cautelares y teniendo que acreditar la existencia un riesgo, sin tener probablemente ni los conocimientos ni los recursos para ello.

Probablemente sea la empresa, industria, etc., contra la que se entabló la acción la que tenga la experiencia, los conocimientos y los recursos necesarios para conocer si es que con su actividad productiva está o no generando un riesgo de daño ambiental. Entonces, ¿por qué no exigirles a ellos la acreditación de que su actividad productiva se está llevando a cabo de forma correcta y, por tanto, sin generar riesgos de daños al medio ambiente? Las respuestas pueden ser infinitas.

Según se desprende tímidamente del texto de la Ley N°20.600, y en específico, del inciso 3° del artículo 42, el legislador tuvo en vista lo que hemos expresado. La norma citada establece que: *“Los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de los peritos mencionados en este artículo corresponderán a la parte que los presente. **Excepcionalmente, el Tribunal podrá eximir a la parte, total o parcialmente, del pago del honorario del perito cuando considere que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo.** En este caso, el Tribunal regulará prudencialmente la remuneración del perito, teniendo presente los honorarios habituales de la plaza y el porcentaje de la remuneración que no fuere pagada por el solicitante. La cantidad asumida por el Tribunal será de cargo fiscal. Para lo anterior, el Tribunal requerirá contar con disponibilidad presupuestaria para*

dichos fines”.

La regla anterior supone que aquella parte que no tenga los recursos suficientes para pagar por un peritaje – prueba esencial en materia ambiental-, el Juez podría eximirla de su pago, ya sea total o parcial. Tal norma es importante avance para adecuar y dar equilibrio al acceso a la justicia ambiental, sin embargo, ¿es suficiente?

Considero que en este caso lo realmente útil sería derechamente eliminar la aplicación de la carga de la prueba que existe en materia civil y aplicar la teoría procesal de las cargas probatorias dinámicas o teoría de la facilidad probatoria.

En general, las cargas probatorias dinámicas implican “*un desplazamiento de la carga de la prueba según fueren las circunstancias del caso, recayendo en cabeza de quien está, o estuvo, en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir prueba*”.⁹⁸

Entonces sería el juez el que debería determinar cuál de las partes del litigio es la que se encuentra en mejor condición para acreditar ya sea la existencia del riesgo como su no concurrencia.⁹⁹

Otra posibilidad procesal sería derechamente establecer una presunción respecto de la existencia del riesgo de daño que alega la solicitante. En este caso, la medida se otorgaría por el solo mérito de las presunciones y sería de cargo, de contra quien fue decretada, acreditar que con su actividad ha sido conforme a la ley

⁹⁸ Cfr. AIRASCA, Ivana, “*Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*”, en PEYRANO, Jorge (Dr.) y LÉPORI, Inés (Cord.), *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Vol. XLVII, 2004, p. 135. Visto en: ANDRADE, Diego. (2014). *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas o principio de facilidad probatoria: Análisis de una reforma necesaria*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Profesor Iván Hunter. Universidad Austral de Chile. Valdivia. pp.24

⁹⁹ Sobre la materia ver: SALDÍAS, David. (2017). *Deber de Colaboración Probatoria*. Tesis de Pregrado, Facultad de Derecho, U. de Chile, Profesor Guía Nicolás Carrasco.

y por tanto, no se encuentra generando riesgo de daños ambientales.

Finalmente, una última opción sería la señalada en el voto en contra dictado en la resolución de fecha 5 de febrero de 2018, en la causa D-34, seguida ante el 3° Tribunal Ambiental. Según el referido voto bastarían “indicios” para otorgar una medida cautelar, siempre de carácter provisional y por un plazo prudente, hasta que se alleguen pruebas que permitan dar por acreditado la existencia del riesgo de daño ambiental.

iii. Principio de Responsabilidad: ¿Es necesario exigir una caución?

El Principio de Responsabilidad persigue establecer desincentivos a la adopción y solicitud de medidas cautelares no adecuadas, y, asimismo, busca reparar a aquellos sujetos pasivos que se hayan visto perjudicados con la imposición de una medida cautelar injustificada.

En palabras sencillas, el referido principio busca poner coto a las solicitudes de medidas cautelares temerarias, sin justificación y que solo persiguen el daño de la contraparte.

Una manifestación de este principio en nuestro ordenamiento jurídico es la exigencia de una “caución” para el otorgamiento de una medida cautelar. Ahora bien, como bien sabemos, la caución es solo impuesta para determinados casos que establece la ley y en el caso de las medidas cautelares en materia ambiental, su imposición es solo según voluntad del Tribunal Ambiental que se encuentra en conocimiento del asunto.

El artículo 24 de la Ley N°20.600, en su inciso 3°, dispone expresamente que “*El Tribunal podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse*”. La Ley es clara. Con la expresión “*podrá*” es prístina en establecer que será facultativo exigir la caución, así como también, establecer su monto.

¿La caución debería ser obligatoria para el otorgamiento de una medida cautelar en materia ambiental? ¿Cuál es el análisis que debe hacer el Juez para determinar la procedencia de una caución? ¿Cómo debería determinar el monto de dicha caución? Intentaremos responder brevemente cada una de las preguntas señaladas.

¿La caución debería ser obligatoria para el otorgamiento de una medida cautelar en materia ambiental?

Para responder esta interrogante en primer lugar es necesario tener en cuenta la sede jurisdiccional en la que nos encontramos; y es que quizás en civil, la obligatoriedad de la caución podría ser una medida optima, no necesariamente ocurre lo mismo en sede ambiental.

Los intereses que se tutelan son diversos y las partes que se enfrentan en los litigios ambiental son especialmente desemejantes a lo que ocurre en materia civil, por ejemplo. Considero que no debe establecerse la obligatoriedad de una caución pues hacerlo implicaría una obstrucción al acceso a la justicia ambiental e implicaría establecer regla que no todos los solicitantes podrán cumplir, tan solo por su condición económica.

Asimismo, exigir la obligatoriedad del otorgamiento de una caución en la sede en análisis desconocería que las partes que concurren a los Tribunales Ambientales y los intereses que se buscan cautelar. Por regla general, los litigios de responsabilidad por daño ambiental se desarrollan teniendo como contrapartes a comunidades de vecinos, grupos de trabajadores, entre otros, por un lado, y por otro, a grupos económicos y/o industrias de diversas áreas; serán los primeros los que interpondrán una demanda y solicitarán una medida cautelar.

La diferencia económica entre ambas partes es evidente. Exigirle una caución a un grupo de vecinos o a un grupo de pescadores, por ejemplo, para otorgarle una medida cautelar que persigue la protección del medio en el que se desarrollan, impone derechamente un obstáculo a su eventual solicitud.

Asimismo, lo ha entendido la doctrina al señalar que “*debemos tener presente que generalmente, quienes sufren los padecimientos de los daños ambientales pertenecen a la parte más pobre de la población, probablemente porque habitan en aquellas zonas de las ciudades que limitan con los sectores industriales, estando más expuestos a los riesgos que ello implica*”.¹⁰⁰

¿Cuál es el análisis que debe hacer el Juez para determinar la procedencia de una caución?

Teniendo en consideración lo anteriormente expuesto considero que el juez al momento de determinar si procede o no exigir el otorgamiento de una caución para decretar una medida cautelar, deberá analizar las siguientes variables: Por un lado deberá analizar cuál o cuáles son los eventuales daños que podría sufrir el demandante para el caso de que no se acceda a la medida cautelar solicitada; de igual forma deberá analizar si esa negativa impacta de forma negativa derechos de

¹⁰⁰ MOLINA SAAVEDRA, Felipe. (2011). *Op. Cit.* pp.143.

terceros que no sean parte del juicio y en definitiva, si existe alguna consecuencia negativa respecto del interés general de la población; por otro lado, deberá analizar cuál o cuáles son los daños eventuales que podría sufrir el demandado con la concesión de la medida cautelar, teniendo en cuenta el daño que podría sufrir el demandante con la negativa a conceder la medida, pues su daño es inverso al daño del demandante; y, analizar si la concesión de esa medida afecta el interés general de la población y/o de terceros ajenos al juicio.

Si la sumatoria de la primera parte es mayor a la sumatoria de la segunda parte, el juez deberá eximir del otorgamiento de la caución. Para el caso contrario, es decir, si la sumatoria de los eventuales daños del demandando en contra del cual se dictará la medida cautelar en conjunto con los daños que eventualmente podría sufrir terceros ajenos, el juez deberá exigir una caución.

$$(1-Da) + (Igx) > (Da) + (Igy)$$

(1-Da) = Daño del demandado que eventualmente sufrirá con la dictación de una medida cautelar.

Igx= Daño de terceros ajenos que eventualmente sufrirán con la dictación de una medida cautelar.

Da= Daño del demandante que eventualmente sufrirá si no se concede la medida cautelar.

Igy= Daño de terceros ajenos que eventualmente sufrirán si no se concede la medida cautelar.

Un ejemplo concreto en que podríamos aplicar lo anterior sería el siguiente caso:

Producto de un derrame de petróleo, que se sigue generado y cuya responsabilidad aparentemente recae sobre el Puerto Las Tazas, un grupo de

pescadores se ha visto perjudicado pues no ha podido ejercer su trabajo ya que el petróleo afectó la fauna marítima del lugar. La comunidad de la localidad donde se emplaza el Puerto se ha visto afectada en varios aspectos, tales como, económicos, ya que un importante número de vecinos se dedica directa e indirectamente en la pesca, sociales y de salud pública, por cuanto el principal alimento de los vecinos está basado en los productos marítimos viéndose algunos de ellos afectados por intoxicaciones por la ingesta de productos contaminados.

Frente a esta situación el grupo de pescadores asistidos por una ONG interpone una demanda por responsabilidad de daño ambiental en contra del Puerto. En el mismo escrito solicita se decrete la medida cautelar de paralización de faenas.

En el entendido de que el Juez considera que debe concederse la medida cautelar, veamos cómo debería determinar si le exige o no, al grupo de pescadores, una caución.

Supongamos que el daño que eventualmente sufrirá el Puerto con la paralización de sus faenas es igual a 1, pero como debemos analizarlo desde el punto probabilístico respecto del daño que sufrirá el demandante si es que no se le concede la medida, el elemento relevante será el daño del solicitante, que en este caso será de 50 ($Da=0.5$), que implica ($1-Da=1-0.5$).

Ahora, ¿con la paralización de las faenas existen derechos de terceros ajenos que sufrirán perjuicios? Lo más probable es que sí. En este caso, entonces, el juez tendrá que analizar por ejemplo los efectos económicos que podría generar en la comunidad la medida cautelar, tales como, los posibles despidos de trabajadores, disminución de turismo, etc. Para nuestro caso consideremos que el daño sería igual a 0.3 ($Igx=0.3$).

En cuanto al daño que eventualmente sufrirá el demandante si no se concede la medida y, por tanto, se sigue produciendo el derrame, el Tribunal tendrá que analizar, por ejemplo, la magnitud del derrame y las consecuencias económicas que traerá aparejadas para el grupo de pescadores. Para nuestro caso consideremos que el daño sería igual a 0.5 ($Da=0.5$).

Finalmente, el daño de terceros ajenos que eventualmente sufrirán si no se concede la medida cautelar, deberá ser siempre analizado desde la óptica del principio precautorio, intentando evitar lo más posible la perpetuación de daño ambiental alegado. Considero que incluso en este punto, el Tribunal siempre debiese analizar la situación de forma más gravosa a fin de dar mayor protección a todos los terceros ajenos que aquí se encuentran. Para nuestro caso consideremos que el daño sería igual a 0.2 ($Igy=0.2$).

$$(1-Da) + (Igx) = (1-0.5) + (0.3) = (0.5+0.3) = 0.8$$

$$(Da) + (Igy) = (0.5) + (0.2) = 0.7$$

$$(1-Da) + (Igx) > (Da) + (Igy)$$

$$0.8 > 0.7$$

Con el resultado obtenido la decisión del juez debiese ser otorgar la medida cautelar, pero solicitar al grupo de pescadores el otorgamiento de una caución, atendido los perjuicios económicos y sociales que la medida podría provocar a la demandada y a la comunidad.

¿Cómo debería determinar el monto de dicha caución?

Desde mi perspectiva la caución debe ser determinada teniendo en consideración en primer lugar la capacidad económica del demandante/solicitante, con el fin de que la caución no se transforme en un obstáculo para poder obtener la tutela cautelar. La caución entonces debería ser menor o igual a lo que la capacidad económica del solicitante le permite caucionar.

Por otra parte, se debe considerar también los daños eventuales que podría sufrir el demandado y que se pretenden caucionar y proteger; y, por otro lado, los daños eventuales que se están evitando con la dictación de la medida.

En términos aritméticos lo anterior queda expresado de la siguiente forma:

$$\{(1-Da) + (Igx)\} - \{(Da) + (Igy)\} \geq \text{caución} \leq (\text{Capacidad económica demandante})$$

Continuando con nuestro ejemplo la situación aquí sería la siguiente. Los números serán los mismos ya señalados; en cuanto a la capacidad económica del demandante, para cuantificarlo deberá analizarse cuál es el monto máximo que puede soportar, sin superar aquel monto, que en definitiva implicará que no otorgue la caución y con ello, no se otorgue la medida.

$$\{(1-0.5) + (0.3)\} - \{(0.5) + (0.2)\} \geq \text{caución} \leq (0.05)$$

$$\{0.8\} - \{0.7\} \geq \text{caución} \leq (0.05)$$

$$\{0.1\} \geq \text{caución} \leq (0.05)$$

En nuestro caso, la sumatoria de daños es mayor que el monto que puede soportar el demandante para solicitar la medida cautelar y haciendo primar, el

acceso a la justicia ambiental que considero debe ser prioritario, la caución deberá ser igual a 0.05 que es lo máximo que puede otorgar como caución el grupo de pescadores.

Por último, quiero señalar que los cálculos y fórmulas aritméticas aquí propuestas aceptan un sinnúmero de críticas o desviaciones, según el enfoque que se pretenda darle al acceso a la justicia ambiental y a la tutela cautelar.

Una primera crítica o limitante a esta propuesta es que impone una discusión adicional, sobre un tema accesorio y no de fondo, que necesariamente implicará un aumento en los costos de información que tendrán que asumir las partes y el Tribunal. Las partes tendrán que suministrar la información necesaria para que el Tribunal pueda determinar la capacidad económica de cada una y, por otro lado, el Tribunal tendrá que analizar dicha información lo que, a su vez, conllevará a un aumento en el tiempo de resolución del conflicto generado por la solicitud de medida cautelar. Por tanto, no solo se podrían generar mayores costos de información, sino que también de tiempo para las partes y el Tribunal.

Un segundo aspecto criticable, es la limitante que establezco respecto a la caución máxima que podría exigírsele al solicitante de una medida cautelar, pues lo que se está haciendo, por una parte, es incentivar el acceso a la justicia ambiental, por otro lado, se está imponiendo una doble carga a esa parte que deberá soportar no solo la medida cautelar que se dicte en su contra sino que además, deberá soportar todo o en parte los perjuicios que de ella se deriven, inclusive en el caso de que la sentencia definitiva que se dicte sea dictada a su favor.

De igual forma, es posible observar mi fórmula, en el sentido que su aplicación podría significar que algunos grupos recurran a la tutela cautelar de forma

desmesurada, pues sabrán de antemano que la caución que eventualmente el Tribunal les impondrá, nunca será superior a lo que su patrimonio les permite otorgar, perdiendo en parte, el sentido que persigue el establecimiento de las cauciones.

Por último, el uso de la fórmula planteada podría generar un incentivo negativo para que la parte solicitante de la medida cautelar altere o distorsione la información que permite establecer su real capacidad económica, con el fin de que no se le imponga la carga de rendir caución, o que la caución, si es que se le impone, sea de la menor cuantía posible.

La aplicación de las fórmulas planteadas supone ciertos parámetros ideales y por ello, será tarea para otra oportunidad mejorarla a fin de evitar todas las desviaciones señaladas.

iv. Imposibilidad de recurrir contra la resolución que rechaza o accede a una medida cautelar: ¿Vulneración del derecho al recurso?

Como se detalló en el segundo capítulo, la ley es clara en determinar que respecto de la resolución que concede o deniega una medida cautelar no procede el recurso de apelación; sin embargo, por aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil, cabe la interposición del recurso de reposición.

¿Es constitucional la limitación? ¿Tiene alguna justificación? ¿Se satisface el derecho al recurso con la sola posibilidad de reponer?

Nuestra Constitución establece en su artículo 19 N°3 una serie de garantías que nuestra doctrina y jurisprudencia han circunscrito a lo que ampliamente conocemos doctrinariamente como “debido proceso”.

El debido proceso ha sido definido como “*aquel que, franqueado el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario. (...) conjunto de garantías procesales, orgánicas y penales que se manifiestan en la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, en todo tipo de asuntos, contradictorios o no, que se tramitan ante tribunales ordinarios y especiales que ejerzan jurisdicción*”.¹⁰¹ Algunas de las garantías que contempla el debido proceso son: derecho al juez predeterminado por la ley; derecho a un juez o tribunal independiente e imparcial; derecho a la defensa jurídica y a la asistencia letrada; derecho a la bilateralidad de la audiencia; derecho al debido emplazamiento; derecho a la igualdad entre las partes; derecho a presentar e impugnar pruebas; derecho de revisión judicial por un tribunal superior; entre otros.¹⁰²

La última de las garantías señaladas es la relevante para el último tema que estamos abordando. El derecho al recurso consiste en “*la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo resuelto por el inferior; el racional y justo procedimiento necesariamente debe contemplar la revisión de las decisiones judiciales: impedir la revisión de los hechos es generar respuestas jurisdiccionales sujetas a errores que no garantizan la debida imparcialidad del juzgador, al no estar sujeto a control, examen o revisión de lo resuelto*”.¹⁰³

El legislador al negar expresamente el recurso de apelación en contra de la

¹⁰¹ GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. Revista de Estudios Constitucionales. Núm. 2-2013, noviembre de 2013, Universidad de Talca, pp. 229-281.

¹⁰² GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. Revista de Estudios Constitucionales. Núm. 2-2013, noviembre de 2013, Universidad de Talca, pp. 229-281.

¹⁰³ Tribunal Constitucional, Rol N°3119-2016, 20 de abril de 2017.

resolución que concede o deniega una medida cautelar está derechamente infringiendo la garantía de revisión judicial por un tribunal superior, también conocida como derecho al recurso. Garantía que, además, en los términos en que se define, no puede ser considerada como satisfecha con la sola posibilidad de interponer un recurso de reposición, toda vez que dicho recurso será conocido por el mismo tribunal y no por su superior.¹⁰⁴

En el mismo sentido el autor Juan Carlos Marín ha señalado que “*No se logra comprender por qué el legislador descartó la procedencia del recurso de apelación en contra de la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de una medida cautelar, máxime cuando este medio de impugnación fue expresamente previsto en materia familiar, laboral y procesal penal. (...) las medidas cautelares tienen en el país una larga tradición de discutirse en doble instancia y, en mi parecer, nada justifica, salvo un olvido legislativo, el que se rompa con esta tradición en el ámbito que ahora analizamos*”.¹⁰⁵

Ahora bien, la constitucionalidad de la limitación al derecho al recurso ha sido discutida por la magistratura constitucional en la que se ha resuelto que “*la norma constitucional en materia de derecho al recurso en asuntos civiles puede enunciarse así: la Constitución no asegura el derecho al recurso per se, remitiendo su regulación al legislador, quien, soberanamente, podrá establecerlos como ordinarios o extraordinarios, quedando sólo desde entonces integrados al debido*

¹⁰⁴ Lo señalado no es unánime y admite discusión. Algunos autores han señalado que: “En lo que respecta al proceso civil, el derecho al recurso no se encuentra consagrado, en la medida que ello no tiene correlato normativo en regulación nacional ni en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y actualmente vigentes en Chile. Es más, la jurisprudencia constitucional chilena, la interamericana y la europea reconocen que al proceso civil no le es aplicable tal garantía. Atendido lo anterior, el legislador tiene un ámbito de discrecionalidad para crear, eliminar o modificar recursos en el proceso civil, sin perjuicio que debe respetar ciertas garantías o fortalecer otras instituciones procesales para crear y resguardar un proceso racional y justo”. CARRASCO, Nicolás; NÚÑEZ, Raúl y CORONADO, Martín. (2018). *Compatibilidad entre debido proceso y eficiencia: su aplicación al régimen de apelación en el proceso civil chileno*. Revista de derecho (Valdivia). 31 (2), pp.211-235.

¹⁰⁵ MARÍN, J. (2017). *Op. Cit.* pp. 606.

proceso, con sus excepciones. Pero las mismas sólo serán constitucionales cuando impidan o restrinjan el acceso al recurso legalmente existente sobre la base de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, es decir, para perseguir un fin constitucionalmente legítimo (protección de otros derechos o valores), con mínima intervención o afectación del derecho a defensa (esto es, sin suprimir la defensa, sino compensándola con otros derechos, recursos o medidas o, incluso, con la sola jerarquía e integración del tribunal, dentro de un diseño procesal específico, concentrado e inmediato)”.¹⁰⁶

Pues bien, en materia ambiental encontramos una excepción de aquellas que se refiere el Tribunal Constitucional. La interrogante ahora es si ella es o no razonable y proporcional, para perseguir la protección de garantías constitucionales.

La respuesta no puede ser unívoca.

Podemos encontrar varias razones para considerar que no es razonable. Como hemos visto, los Tribunales Ambientales tienen la facultad de decretar medidas cautelares innominadas, es decir, existe texto legal o catalogo al cual deban apegarse. En este sentido, la medida cautelar ideada podría ser sumamente gravosa para la parte en contra de la que se decreta, pudiendo incluso afectar garantías constitucionales, como el derecho de propiedad o el derecho al libre ejercicio de una actividad económica.

Desde la perspectiva del solicitante tampoco resulta razonable el que no pueda apelar respecto de la resolución que deniega su solicitud, habida consideración de las garantías constitucionales que la solicitud puede perseguir resguardar, como

¹⁰⁶ Tribunal Constitucional, Rol N°2988-2016, 29 de diciembre de 2016.

son, el derecho a vivir en un medio libre de contaminación, el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y psíquica, entre otros.

¿Podría el afectado con la denegación o concesión de la solicitud cautelar recurrir ante la Corte de Apelación respectiva, por medio de una acción de protección? Ciertamente podrían hacerlo, ya que nuestra jurisprudencia se encuentra conteste en que la acción de protección puede recaer sobre una resolución judicial; sin embargo, la tendencia de nuestras Cortes de Apelaciones es no entrar a conocer de aquellos asuntos cuya competencia es de tribunales especializados, como lo es, el Tribunal Ambiental, por lo que considero que esta si bien es una vía legal viable será poco efectiva.

Por último, podría señalarse que tampoco es razonable la limitación, teniendo en consideración la integración del Tribunal Ambiental. El que es conformado por dos abogados y un profesional licenciado en ciencias, todos ajenos al Poder Judicial. Esto puede ser relevante pues, en definitiva, se está negando el acceso a la revisión por parte de Ministros de Cortes de Apelaciones, de una resolución dictada por profesionales ajenos al Poder Judicial e inclusive, conformado por un no letrado.

Continuando con el análisis respecto a si la limitación del recurso de apelación es o no razonable, cabe señalar los argumentos que probablemente fueron los que tuvo en vista el legislador y que la harían razonable.

La primera justificación, es que los Tribunales Ambientales son órganos especializados, conformados por expertos en materias medioambientales; a diferencia de las Cortes de Apelaciones que más bien son órganos generalistas, que conocen de una diversidad de temas, sin perjuicio, de la especialización de salas que se ha llevado a cabo en el último tiempo.

Una de las características del Tribunal Ambiental señaladas en el Proyecto de Ley N°20.600 fue su especialización; el Proyecto señala que la especialización implicaría *“disponer de un organismo jurisdiccional de carácter exclusivo para cuestiones ambientales, lo que se ha considerado necesario en el contexto de nuestra regulación ambiental integrada en donde muchos asuntos de interés pasan por el regulador ambiental”*.¹⁰⁷

Pareciera entonces que el Legislador buscando mantener dicha especialización y reconociendo con ello, que nuestras Cortes de Apelaciones no se encuentran habilitadas para conocer de asuntos medioambientales debido a su falta de especialización, prefirió eliminar el recurso de apelación relativo a las medidas cautelares.

En los puntos analizados anteriormente, establecimos una fórmula a la que podrían recurrir los Tribunales Ambientales para determinar desde de un punto de vista netamente económico si procede o no conceder una medida cautelar solicitada. En el hipotético caso de que un Tribunal Ambiental, aplicó la fórmula y analizó además todos demás los antecedentes aportados, para concluir que sí procedía decretar la medida: ¿Podría un tribunal "generalista", como una Corte de Apelaciones, entrar a revisar la aplicación de la fórmula utilizada por el Tribunal Ambiental? Efectivamente podría, pero sin tener los conocimientos necesarios para determinar si fue correctamente o no aplicada. ¿Podría un juez "generalista" alzar la medida cautelar que ha sido decretada por medio de la fórmula señalada? Sí, podría, pero lamentable y probablemente lo haría desde un punto de vista discrecional o de justicia material, sin el análisis técnico que se requiere.

¹⁰⁷ Historia de la Ley N°20.600, pp. 7

La segunda y última justificación viable dice relación con que el Tribunal Ambiental es colegiado, al igual que el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia que existe la misma limitación en análisis.

El recurso de apelación existe para que Tribunal Superior conozca de un eventual error del Tribunal a-quo, sin embargo, considero que en los Tribunales Colegiados las posibilidades de error son mínimas, pues en definitiva el raciocinio y la decisión será tomada, no por un solo juez, sino que por dos o más.

VI. CONCLUSIÓN

Los Tribunales Ambientales deben comenzar a ejercer la Tutela Cautelar que les otorga expresamente el artículo 24 de la Ley N°20.600. No será fácil, pues requerirá, como hemos visto, un cambio en la formación de nuestros abogados y jueces, y eventualmente, un cambio legislativo.

La Tutela Cautelar debe ser ejercida pues es esencial para proteger no solo el interés de las partes, como ocurre en los litigios civiles, sino que también, para proteger nuestro medio ambiente, como ocurre en temas ambientales. Y es que en materia ambiental supone una responsabilidad y un deber de proteger nuestro medio ambiente y la salud de las comunidades que pudieren verse afectadas con situaciones de contaminación.

Como vimos a lo largo de este trabajo, la judicatura ambiental es reticente a su ejercicio, evitando sin muchos razonamientos, acceder a su solicitud por la parte demandante y mucho menos, a su ejercicio de oficio.

Varias de las resoluciones que rechazan las solicitudes son meras repeticiones de lo que establece la Ley, sin siquiera hacer un análisis o referirse a los documentos acompañados ni mucho menos a las circunstancias alegadas. Inclusive, pudimos determinar que, en algunos casos, los Tribunales derechamente habían rechazado sin señalar fundamento alguno, o, copiando y pegando una resolución, al establecer que en base a los antecedentes aportados procedía rechazar, en circunstancias, que la parte no había presentado antecedente alguno.

Asimismo, de la revisión jurisprudencial fue posible establecer que los Tribunales

Ambientales no tienen total claridad respecto a la tramitación procesal que debe dársele a una solicitud de medida cautelar y mucho menos, a la solicitud de alzamiento.

Espero que estas situaciones sean superadas y que en un futuro logremos tener resoluciones fundadas tanto para rechazar como para acoger las solicitudes; una tramitación uniforme entre los tres tribunales que existen en nuestro país; y un ejercicio activo por parte de nuestros jueces de la tutela cautelar de oficio e innovativa.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

1. AGUIRREZABAL, Maite. (2006). *Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*. Revista Chilena de Derecho, (33), 69-91.
2. AGUIRREZABAL, Maite. (2016). *Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad ambiental*. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. (23), N°1, (23-49).
3. ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2011). *Las cautelas procesales (Crítica a las medidas precautorias)*. Santiago. Editorial Librotecnia.
4. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. (2001). *Diversos significados de la Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Revista de Derecho. Valdivia. Vol.12, No.2.
5. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. (2009). *El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online], N°.33. Disponible en:
<https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007&lng=es&nrm=iso>
6. CALAMANDREI, Piero. (1996). *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires. Editorial El Foro.
7. CARRASCO DELGADO, Nicolás. (2012). *Análisis Económico de las Medidas Cautelares Civiles*. Santiago. Editorial Legal Publishing.
8. CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo. (2017). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Santiago. Editorial Thomson Reuters.
9. COSTA CORDELLA, Ezio. (2013). *La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile*. Revista de Justicia Ambiental de

- la ONG FIMA. N°5. (199-218).
10. DIAZ URIBE, Claudio. (2004). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Santiago. Editorial Lexis Nexis.
 11. GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. (2013). *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*. Revista de Estudios Constitucionales. Núm. 2-2013, noviembre de 2013, Universidad de Talca.
 12. MARÍN GONZALEZ, Juan Carlos. (2017). *Tratado de las Medidas Cautelares. Doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
 13. MOLINA SAAVEDRA, Felipe. (2011) *Aplicación de Medidas Cautelares Innominadas en Procesos Ambientales*. Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA, N°3, septiembre 2011.
 14. PEYRANO, Jorge. (2009). *Medida Innovativa*. Buenos Aires. Editorial Rubinzal-Culzoni,
 15. QUEZADA, José. (1997). *Las Medidas Prejudiciales y Precautorias*. Santiago. Editorial Digesto.
 16. RAMOS ROMEU, Francisco. (2006). *Las Medidas Cautelares Civiles*. Análisis jurídico-económico. Barcelona. Editorial Atelier.
 17. RIEGO, Cristian, y LILLO, Ricardo. (2015). *¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile?: Aportes para la reforma*. Revista chilena de derecho privado, (25).
 18. ROMERO SEGUÉL, Alejandro (2014). *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos*. Santiago. Editorial Legal Publishing.
 19. ROMERO SEGUÉL, Alejandro. (2001). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil Chileno*. En Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, N°2, abril.
 20. SQUELLA, Agustín. (2011). *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica. Santiago.

21. TISNE, Jorge. (2014). *Los intereses comprometidos en el daño ambiental. Comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley N°20.600.* Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte, (21), 323-351.

Jurisprudencia

1. Causa D-6, Segundo Tribunal Ambiental, resolución de fecha 26 de septiembre de 2013.
2. Causa D-9, Segundo Tribunal Ambiental, resolución de fecha 5 de febrero de 2014.
3. Causa D-12, Segundo Tribunal Ambiental, resolución de fecha 21 de octubre de 2014.
4. Causa D-13, Segundo Tribunal Ambiental, resolución de fecha 13 de marzo de 2018.
5. Causa D-15, Segundo Tribunal Ambiental, resolución de fecha 20 de marzo de 2015.
6. Causa D-19, Segundo Tribunal Ambiental, resolución de fecha 4 de noviembre de 2015.
7. Causa D-20, Segundo Tribunal Ambiental, resolución de fecha 20 de enero de 2016.
8. Causa D-21, Segundo Tribunal Ambiental, resolución de fecha 26 de enero de 2016.
9. Causa D-23, Segundo Tribunal Ambiental, resolución de fecha 22 de febrero de 2016.
10. Causa D-6, Tercer Tribunal Ambiental, resolución de fecha 23 de abril de 2015.
11. Causa D-15, Tercer Tribunal Ambiental, resolución de fecha 10 de marzo de 2016.
12. Causa D-16, Tercer Tribunal Ambiental, resolución de fecha 3 de mayo de 2017.

13. Causa D-23, Tercer Tribunal Ambiental, resolución de fecha 27 de septiembre de 2016.
14. Causa D-24, Tercer Tribunal Ambiental, resolución de fecha 1 de agosto de 2017.
15. Causa D-25, Tercer Tribunal Ambiental, resolución de fecha 10 de marzo de 2017.
16. Causa D-29, Tercer Tribunal Ambiental, resolución de fecha 31 de julio de 2017.
17. Causa D-31, Tercer Tribunal Ambiental, resolución de fecha 8 de septiembre de 2017.
18. Causa D-33, Tercer Tribunal Ambiental, resolución de fecha 14 de diciembre de 2017.
19. Causa D-34, Tercer Tribunal Ambiental, resolución de fecha 5 de febrero de 2018.
20. Causa D-36, Tercer Tribunal Ambiental, resolución de fecha 12 de julio de 2018.
21. Causa D-38, Tercer Tribunal Ambiental, resolución de fecha 12 de septiembre de 2018.
22. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1411.
23. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°3119.
24. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2988.

Normativa

1. Código de Procedimiento Civil
2. Código Civil
3. Código del Trabajo
4. Ley N°20.600, de 28 de junio de 2018, que creó los Tribunales Ambientales.
5. Ley N°19.300, de 9 de marzo de 1994, que estable las Bases Generales del Medio Ambiente.
6. Ley N°20.417, de 26 de enero de 2010, que creó el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

7. Ley N°19.968, de 30 de agosto de 2004, que creó los Tribunales de Familia.
8. Ley N°17.336, de 2 de octubre de 1970, sobre Propiedad Intelectual.
9. Ley N°14.908, de 5 de octubre de 1962, sobre el Pago de Pensiones Alimenticia
10. Decreto Ley N°211, que fijó normas para la defensa de la libre competencia.