

Colección VRIM dirigida por
Jorge Rojas Hernández



Universidad de Concepción, Chile
Centro de Ciencias Ambientales, EULA-Chile
Facultad de Ciencias Ambientales
Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y Minería (CRHIAM)
Fondo de Financiamiento de Centros de Investigación en Áreas Prioritarias (FONDAP)

Universidad de São Paulo, Brasil

Vicerrectoría de Relaciones Institucionales
y Vinculación con el Medio
Universidad de Concepción

Ricardo Barra Ríos - Jorge Rojas Hernández, Editores

Desarrollo sustentable. Miradas interdisciplinarias
de experiencias en Chile y Brasil

© Universidad de Concepción
Registro de Propiedad Intelectual N° 263.146

ISBN 978-956-227-399-2

Primera edición, marzo de 2016

Vicerrectoría de Relaciones Institucionales
y Vinculación con el Medio Universidad de Concepción
Víctor Lamas N° 1140
Fono (56-41) 2661640
Concepción - Chile

Edición/producción editorial
Oscar Lermenda

Ilustración de portada
Paisaje del Parque Nacional Torres del Paine,
Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, Chile

Derechos reservados. Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin permiso escrito del titular de los derechos.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

**BREVES REFLEXIONES SOBRE EL DAÑO AMBIENTAL EN CHILE,
AL AFECTARSE “SERVICIOS ECOSISTÉMICOS”, CON ESPECIAL
REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE TALES DEMANDAS**

BRIEF REFLECTIONS ABOUT THE ENVIRONMENTAL DAMAGE IN CHILE
WHEN ECOSYSTEM SERVICES ARE AFFECTED, WITH SPECIAL
REFERENCE TO ACTIVE LEGITIMATION IN SUCH DEMANDS

Verónica Delgado Schneider

FONDAP-Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería (CRIHAM).
vedelgado@udec.cl

Resumen: El objeto de este trabajo consiste en evidenciar la importancia que el concepto de *servicios ecosistémicos* adquiere hoy en la legislación chilena y en la justicia ambiental, especialmente en las demandas y condenas por daño ambiental. Se propone que sirve como criterio para determinar la legitimación activa en estos juicios cuando se dañen componentes naturales del ambiente o ecosistemas

Palabras clave: Ambiente, daño ambiental, legitimación activa, servicios ambientales y servicios ecosistémicos.

Abstract: The purpose of this work is to demonstrate the importance that the concept of ecosystem services acquires today in the Chilean legislation and environmental justice, especially in the demands and the sentences for environmental damage. It is proposed that concept serves as criteria for determine active legitimation in these judgment, when natural components of the environment or ecosystem are damaged.

Keywords: Active legitimation, ecosystem services, environmental, environmental damage, environmental services.

Introducción

SEGÚN LA EVALUACIÓN DE LOS Ecosistemas del Milenio (EEM, 2005) –realizada por un grupo importante de especialistas del mundo sobre el estado de los ecosistemas del planeta, convocada por el Secretario General de la ONU, Kofi Annan el año 2000, que trabajó por cinco años– los servicios ecosistémicos (en adelante SE) son aquellos “*beneficios que el ser humano obtiene de los ecosistemas*”. A su vez, definió ecosistema como un “*complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y comunidades de microorganismos y el medio ambiente no viviente que interactúan como una unidad funcional*” (Art. 2º Convenio de Biodiversidad Biológica).

Estos servicios, según la misma EEM, pueden ser de variada índole: Los servicios de

suministro o de provisión son en realidad productos o bienes obtenidos de los ecosistemas, como alimentos, agua limpia, combustibles, madera, fibra, recursos genéticos, medicinas naturales y otros. *Los servicios de regulación* son los beneficios que se derivan de la regulación de los procesos ecosistémicos: la calidad del aire, regulación climática e hídrica (inundaciones), control de erosión, mitigación de riesgos, regulación de la frecuencia y magnitud de enfermedades, control biológico, tratamiento de desechos (por la filtración y descomposición de desechos orgánicos), polinización etc. *Los servicios culturales* son beneficios no materiales que las personas obtienen de los ecosistemas por medio del enriquecimiento espiritual, desarrollo cognitivo, reflexión, recreación y turismo. Y los *servicios de soporte o apoyo* son los procesos ecosistémicos y estructuras necesarias para que sea posible la generación y regeneración de los otros servicios ecosistémicos. La diferencia con los otros servicios está en que en los de soporte *los efectos en las personas son indirectos* o se presentan *en períodos de tiempo muy amplios*, tales como la formación del suelo, la producción de oxígeno, retención de suelos, el ciclo de nutrientes y del agua, etc. (EMM, 2005).

Ya se evidenció que, si bien la definición presentada en las conclusiones de la EEM del año 2005 es la que reúne mayor consenso por la academia y es la más seguida en las estrategias públicas internacionales, ella ha sido “mejorada”. Ella los definió como aquellos “beneficios que el ser humano obtiene de los ecosistemas”. Sin embargo, ya en la EMM española de 2011 se prefirió reemplazar la expresión ‘beneficio’ por “contribución”, para restarle un sentido meramente económico, resaltando que los beneficios pueden ser también sociales y ecológicos, y no sólo para la comunidad local, sino indirectamente también a nivel nacional o internacional (Cordero, 2008). Y cuando además se precisa que las contribuciones de los ecosistemas al ser humano pueden ser directas o “indirectas” se rescata además que la visión no sólo es meramente antropocéntrica, pues obviamente se incluyen los llamados servicios de soporte o apoyo, que dicen relación con la sustentabilidad del planeta (Delgado, 2014).

Y esta definición (la española) es la que contiene el *Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas* (Boletín N° 9.404-12) (en adelante, el Proyecto de Ley en Biodiversidad y Áreas Protegidas), de tal manera que, si esta ley se aprueba con dicha definición, ella debe ser aplicada e interpretada por operadores y jueces en ese amplio sentido.

Situación legal de los SE en el país

Los servicios ecosistémicos o ambientales se han incorporado en el ordenamiento jurídico chileno mediante diversas normas en tres materias: bosque nativo (Ley 20.283/2008), caudal mínimo ecológico (D.S. 14/2013) y en el Sistema de Evaluación de Impacto ambiental (D.S. 40/2013), sin ser definidos y mayormente regulados, lo que plantea algunas importantes interrogantes de aclarar determinadas en Delgado (2014).

En materia de bosque nativo y plantaciones, se define limitadamente a los “servicios ambientales” (incluyendo sólo a aquellos derivados de estos dos ecosistemas particu-

lares) y se paga en algunos de ellos una modesta bonificación sólo por extraer ciertos productos no madereros y realizar turismo. En el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) se obliga al Estado y a los titulares de los proyectos presentados a esta evaluación a considerar y evaluar los “servicios ecosistémicos” locales y relevantes para la población, cuando el proyecto se emplace en un territorio no protegido pero de alto valor ambiental por los servicios que presta; y en materia del otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas, el Ministerio de Obras Públicas podrá fijar un caudal mínimo ecológico calificado (o más estricto y protector) cuando el ecosistema esté afectado al punto de perder o disminuir los “servicios ecosistémicos” que presta (Delgado, 2014).

Recientemente el Gobierno, en concordancia con las últimas reformas en la materia, ha propuesto a los SE como concepto central en el proyecto de ley de biodiversidad y áreas protegidas y en el proyecto de ley de protección a glaciares, ambos en actual discusión.

Perfecto parece, pues, el escenario para abordar unas breves reflexiones sobre el daño ambiental, cuando se afectan elementos naturales del ambiente o de un ecosistema en particular y, con ello, los servicios ecosistémicos que presta.

Esta relación entre daño ambiental y SE, como se verá, se analizó en un estudio (DICTUC, 2012) encargado por la Superintendencia de Medio Ambiente sobre metodología –dado que ella debe sancionar por el daño y riesgo inminente de daño al medio ambiente–; se ha empezado también a explicitar en demandas por daño ambiental presentadas por el Consejo de Defensa del Estado; tácitamente se vislumbra en algunas sentencias de daño ambiental conocidas por los tribunales ordinarios en tiempos pasados y, finalmente, explícitamente en un muy reciente fallo del Tribunal Ambiental de Valdivia.

Consideremos, para las reflexiones de las siguientes líneas, que el DICTUC entiende que los componentes del medio ambiente susceptibles de daño ambiental son los siguientes tres: a) la salud humana, b) la biodiversidad y los recursos naturales renovables, y c) el patrimonio sociocultural. En la segunda categoría incluye como subcomponentes a las poblaciones, comunidades, ecosistemas, al paisaje y a los servicios ecosistémicos. Y se señala que “... el daño ambiental sobre los recursos naturales implica necesariamente daños sobre alguno de los componentes de la biodiversidad involucrados en los servicios ecosistémicos que determinan su disponibilidad”.

La regulación y el concepto del daño ambiental en Chile

En Chile la Ley nº 19.300, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, LBGMA), regula la materia en los arts. 51 y ss., bajo el título III ‘De la responsabilidad por daño ambiental’, modificada el año 2010 por la Ley 20.417, y que debe complementarse con las normas de la Ley 20.600 que en el año 2012 crea los Tribunales Ambientales en el país, fijando dentro de su competencia las acciones por daño ambiental y estableciendo un procedimiento para este tipo de acciones y las indemnizatorias por daños

personales derivadas de ese daño ambiental (que serán de competencia de un tribunal ordinario civil). De hecho, se distingue entonces entre la acción para pedir la reparación del daño ambiental “puro” y el daño ambiental “reflejo” en el patrimonio o persona de los particulares (Delgado, 2012).

¿Cuando existe daño ambiental “puro”? La LBGMA define al daño ambiental, para todos los efectos legales, como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes (art. 2 letra e)”. Y, a su vez, define en términos muy amplios al *medio ambiente*, como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (art. 2 letra ll). No sólo es daño ambiental la afectación inferida a uno o más componentes naturales del medio ambiente, sino a cualquiera de sus componentes artificiales, incluidos los socioculturales. De hecho, ya existen varias condenas de daños a este tipo de componentes, como cuando se condenó a reconstruir un monumento histórico demolido, a retirar antenas de telecomunicaciones en una zona típica, o el caso de la destrucción de patrimonio arqueológico como conchales o momias. Además, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de protección, la tutela no está sólo circunscrita a lesiones al medio ambiente que afecten la vida del hombre, sino que la ley es clara en señalar que se trata de un sistema que rige y condiciona la existencia de la vida, pero en sus múltiples manifestaciones, como cuando se daña a la flora, fauna, o ecosistemas no habitados etc., casos que, por no importar “contaminación” a “personas”, no han encontrado protección en la sede constitucional, ni siquiera en su fase de amenaza (Delgado, 2012).

Comentario aparte merece la expresión “significativo” que la LBGMA agregó a la definición de daño de Alessandri (1943) y que hoy también existe como requisito en la Unión Europea (Directiva 2004/35/CE) y en la legislación nacional de muchos de sus Estados. Corresponde simplemente a “importante” (como señala el Diccionario de la RAE) y no necesariamente “grave”, como se resolvió erradamente en el caso Vukasovic con Sociedad Agrícola Sacor (Corte de Apelaciones de Santiago, 2007).

Para nuestros tribunales y doctrina, no existe ningún parámetro expreso para que el juez chileno califique un daño de significativo (Valenzuela, 2010) –a diferencia de la reglamentación detallada de la Unión Europea (Anexo I de la Directiva señalada)–. Sin embargo, pueden usarse como criterios por nuestros Tribunales además de este Anexo varias normas del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) que ayudan a evaluar si un proyecto o actividad genera o presenta efectos adversos significativos sobre la “cantidad” y “calidad” de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, donde el Reglamento del SEIA enlista más de 20 criterios (art. 6) y otro tanto ocurre para evaluar si el proyecto o actividad genera alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (art. 8) o alteración significativa, en términos de “magnitud” o “duración”, del valor paisajístico o turístico de una zona. (art. 10). Aparte de la cantidad, magnitud o duración del daño, se estima que el juez deberá considerar su calidad, *el valor ambiental de los recursos afectados, el servicio ecosistémico que presta, su capacidad de regeneración* y, obviamente, el carácter de recurso

irreemplazable, como ya lo ha advertido nuestra todavía escasa jurisprudencia (Delgado, 2012).

Pues bien, se revisan ahora algunos fallos en que estos criterios comienzan a utilizarse por nuestros Tribunales, especialmente aquellos de considerar los servicios que el ecosistema afectado dejaría de prestar por el daño del cual fue objeto.

La incorporación de los SE en el concepto de daño ambiental, por los tribunales ordinarios de justicia, que resolvían los casos de daño ambiental antes de la creación de los Tribunales Ambientales

Sin utilizar expresamente la expresión “servicios ecosistémicos”, existen algunos fallos en que, para relevar la significación del daño y justificar la condena, se alude al daño que se causó no sólo a algún componente del sistema sino a los servicios que presta.

Por ejemplo, en el caso “Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes”, Rol 493-2011, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 15 de septiembre del año 2011, situación en que se contaminaron algunas vertientes del lugar por la caída de un muro que contenía el depósito de basura, en el fallo se reitera que *significativo* corresponde a “importante” y se postula como criterio general que el daño tendría también ese carácter cuando afectare *fuentes de agua de consumo humano* pues puede afectar la salud de las personas, fundándose en que “en la historia de la ley 19.300 queda de manifiesto que esta circunstancia siempre se consideró destacadamente relevante dentro del conjunto de daños ambientales”. Es decir, es significativo el daño que afecta al servicio de provisión y extracción de agua para consumo humano.

Otro caso destacable está contenido en la sentencia (no apelada) del Juzgado Civil de Valdivia, Rol 746-2005, del 27 de Julio de 2013, por el daño ambiental en el Humedal del Río Cruces, en el que el Tribunal resolvió condenar a Celco por haber causado “... un detrimento en un lugar de incalculable belleza reconocido por el Estado de Chile, como un sitio a preservar, daño que afectó no sólo a la fauna, flora, aguas, sino también *su valor paisajístico...*”, refiriéndose en esta última parte a un servicio ecosistémico cultural.

En todo esto es fundamental, por cierto, lo pedido por la parte demandante. En esta investigación se ha constatado que el Consejo de Defensa del Estado ha jugado un rol importante en la introducción del concepto de *funciones* o *servicios de los ecosistemas*, pues, al introducirlo en sus demandas, ha determinado que los descargos, la prueba y en definitiva la sentencia giren en torno a estos conceptos. Por ejemplo, en el caso de Valdivia, la demanda señalaba como afectaciones “... la muerte y desaparición del lucheillo; muerte y emigración de los cisnes de cuello negro del humedal por falta de su alimento primario; *pérdida de la calidad del agua del humedal; daño al ecosistema en su conjunto por los efectos de la interacción de los componentes afectados con los demás componentes del humedal; pérdida de biodiversidad en el ecosistema y la pérdida del valor paisajístico del Humedal*”. Más que el concepto o noción en sí, lo que parece útil a las demandas por daño ambiental es la pormenorización de dichos efectos, los cuales uno por uno pueden incluirse o agruparse, en un ejercicio final, en una u otra categoría de servicios ecosistémicos y así lograrse su reparación.

La incorporación decisiva y expresa de los SE en el concepto de daño ambiental por nuestros nuevos Tribunales Ambientales

Con distintas intensidades, los SE se han incorporado en la discusión de las demandas por daño ambiental conocidas por nuestros Tribunales Ambientales.

El Tribunal Ambiental de Santiago resolvió el 29 de noviembre de 2014, el caso del daño ambiental causado por la Sociedad Servicios Generales Larenas Limitada en el cauce del río Duqueco, afluente del Bío-Bío, por la actividad de extracción de áridos, causa Rol 5-2013. El demandante Consejo de Defensa del Estado señaló que estas actividades afectaron "... el ecosistema, su biodiversidad y que existiría *pérdida de servicios* por cuanto el agua permite el nacimiento y mantención de ecosistemas diversos y muy productivos que prestan diversos sentidos ambientales, entre los cuales se pueden destacar, el ser base para dotar de agua para uso doméstico, industrial y agrícola, proveer de belleza escénica para el turismo y recreación, evitar inundaciones, permitir la recarga de los acuíferos y constituir una de las bases fundamentales para la biodiversidad. Asimismo proveen de alimento y medicina a las poblaciones humanas y la vida silvestre y acuática". Sin embargo y por falta de prueba, se terminó sólo condenando a "restaurar la dinámica hidráulica del cauce del río Duqueco al trazado y profundidades que tenía antes de la extracción de áridos, y restablecer el hábitat de las especies de fauna íctica amenazada." Además se tomaron algunas medidas cautelares en relación a la estabilidad de un puente.

Sin cuestionar el fondo del asunto en esta sede, nos parece relevante destacar las reflexiones –ahora explícitas y decisivas– del Tribunal Ambiental de Valdivia en torno a los servicios ecosistémicos y su relación con el concepto de daño ambiental, con ocasión del rechazo a la demanda en el caso caratulado Jaque Blu, Juan Carlos y Otro con Inmobiliaria Quilamapu Ltda. y otro, Rol D-5-2015, el 12 de Septiembre de 2015.

La demanda fue rechazada por no existir daño ambiental (en el sentido de daño ambiental puro, público o colectivo) sin perjuicio de los eventuales daños personales a reclamar. Sin embargo, en lo que aquí interesa, se extraen las siguientes reflexiones de la sentencia del Tribunal, que comparto absolutamente:

1. Que de la definición legal de medio ambiente se desprende que el valor que el sistema legal protege es la vida y existencia que se desarrolla en él, pero no sólo de los seres humanos sino también *de los demás seres vivos*.
2. Se propone una interpretación contextual de las siguientes definiciones de la LBGMA: medio ambiente, contaminación, recursos naturales, preservación de la naturaleza, diversidad biológica y conservación del patrimonio ambiental.
3. Concluye que la protección del medio ambiente se extiende a múltiples dimensiones y *que todas ellas deben considerarse* en el régimen de responsabilidad civil por daño ambiental.
4. Que estas dimensiones son: "... a) como fuente de bienes y servicios para el uso de los seres humanos (ej., recursos naturales que proveen los ecosistemas); o b) como lugar que presenta condiciones que hacen posible la vida y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país (preservación); o c) como componentes propios y únicos de nuestro país, escasos o representativos, con el objeto

de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración (conservación del patrimonio ambiental)".

5. Mediante la interpretación contextual concluye que la definición de daño ambiental "... se entiende como algún daño inferido al medio ambiente, ya sea éste entendido como a) *fuentes de bienes y servicios para el uso de los seres humanos*".
6. Que el concepto de *ecosistema* permite a) confinar las controversias ambientales a un espacio concreto del medio ambiente y b) conocer el tipo de sustento vital que esta unidad básica de la naturaleza brinda, y ejemplifica servicios citando a Groot *et al.* (2010).

En base a estas consideraciones, haré algunas otras reflexiones y propuestas:

1. Cuando se dañan componentes naturales del medio ambiente, es correcto entender como daño ambiental toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido a un ecosistema o a uno de los servicios ecosistémicos que presta. Se trata de identificar, ahora en detalle, en terreno, el ecosistema específico dañado, incluyendo expresamente el análisis de los servicios que se dejarán de prestar o se prestarán de una manera deficiente en comparación como se brindaban antes de la acción u omisión dañosa.

2. Incorporar dentro de la demanda de reparación del daño ambiental (y en su prueba) el daño a los servicios que un determinado ecosistema pueda brindar, hace que la reparación sea sin duda más completa, que se asuma lo complejo que es el funcionamiento de un ecosistema, de tal manera que la afectación a uno de sus componentes puede traducirse en muchas y diversas consecuencias y, obviamente con ella, que ella resulte más onerosa. Simplemente reforestar un bosque talado u ordenar dragar un lago contaminado, no asegura que el ecosistema recupere en el tiempo todos los servicios que prestaba. De esta manera, las condenas por daño ambiental deberán incorporar expresamente la obligación de recuperar estos servicios y considerar además obligaciones de monitoreo durante el tiempo necesario para que las funciones prestadas por el ecosistema se puedan restablecer.

3. Desde el punto de vista de la definición legal de "reparación", considerar que la afectación, alteración o pérdida de los SE constituye un daño ambiental hará más fácil en la práctica dar (o no) por satisfecha la obligación de reparar el daño al condenado. Nuestra ley ambiental es realista y estima cumplida la obligación de reparar cuando al menos el condenado logra "reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una *calidad similar* a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus *propiedades básicas*." (art. 2 letra s). Si un determinado ecosistema es el dañado, resulta entonces que se debe estimar cumplida la obligación de reparar, sólo cuando se tomen medidas que logren restablecer los servicios ecosistémicos que se prestaban con la misma calidad que tenían (por ejemplo, dotar de agua potable), y si ello no es posible, al menos que ellos cumplan sus propiedades básicas (como proveer de agua, pero ahora sólo con calidad para riego o recreación).

4. Esta incorporación de los servicios ecosistémicos como elementos integrantes del medio ambiente (específicamente de un ecosistema) y, en consecuencia, del daño ambiental, está en absoluta concordancia con la reciente modificación del *Reglamento del SEIA* que incluye como criterio para evaluar el valor ambiental de un territorio (aún no protegido) el hecho que preste servicios ecosistémicos. De la misma manera, es coherente con la reciente modificación al Reglamento para calcular el caudal ecológico mínimo, que permite imponer un caudal mucho más estricto a respetar, cuando el ecosistema en cuestión deje de prestar sus servicios ecosistémicos, tratando de evitar un daño mayor.

5. El proyecto de ley de biodiversidad y áreas protegidas crea, en materia infraccional administrativa, una figura especial de “afectación a los SE” que estimo mal diseñada.

En efecto, el proyecto de ley distingue entre infracciones gravísimas o graves, según si se afecte o no “gravemente” a los servicios ecosistémicos. Pero el proyecto considera también, como otra infracción diferente, el haber causado un daño ambiental (que siempre es significativo, pero no necesariamente grave como se ha dicho), caso que también podrá constituir infracción gravísima o grave, según si se pueda o no reponer este daño a sus propiedades básicas. En otras palabras, distingue entre el daño ambiental y la “afectación” a los servicios de un ecosistema. En el primer caso, el daño ambiental será infracción gravísima cuando este daño no sea susceptible de reponerse en sus propiedades básicas (es decir sea irreparable); mientras que en el segundo caso, habrá infracción gravísima cuando la afectación a los servicios ecosistémicos revista el carácter de “grave”. Siendo la afectación a estos servicios un tipo de daño ambiental debiera recibir, en todo, el mismo tratamiento. Otras recomendaciones en Delgado (2014).

6. Los SE son un elemento o criterio útil para determinar *la legitimación activa* en materia de daño ambiental.

Los legitimados, de acuerdo al art. 54 de la LBGMA (y art. 18 número 2 de la ley 20.600), son el Estado, las Municipalidades y las personas naturales o jurídicas que hayan *sufrido* el daño. Se trata de una legitimación muy limitada, que ha hecho fracasar el número de acciones ejercidas en estos 20 años, que no se condice con el carácter colectivo de los intereses en juego y que al menos debiera permitir la acción de las ONG, aunque postulo incluso que la ley debiera reformarse para permitir la legitimación activa popular, como ocurre con otros interdictos y acciones de nuestro Código Civil, donde están en juego el mismo tipo de intereses (Delgado, 2005) considerando además que la demanda por daño ambiental es sólo de una reparación *in natura* y no en dinero (Delgado, 2012).

Pues bien, cuando se trata de determinar si el accionante tiene o no la calidad de persona que haya “sufrido el daño”, los tribunales exigen normalmente acreditar un perjuicio en el patrimonio o salud del accionante. Sólo a partir del fallo del 20 de marzo de 2015, que conoció el Tribunal Ambiental de Santiago en causa caratulada “Rubén Cruz Pérez y otros con Compañía Minera Nevada SpA”, Rol 2-2013, que rechaza la demanda por daño ambiental en los glaciares, preglaciares etc., por la actividad del proyecto minero Pascua-Lama, se puede encontrar un razonamiento más cercano al carác-

ter de colectivo de lo que está en juego (sea respecto a los bienes *comunes* afectados o los efectos difusos colectivos que se producen en las personas o ambiente).

En dicho fallo se reconoce el error denunciado por Valenzuela (2010) cuando la ley usa la expresión “sufrido el perjuicio” y se busca fijar criterios que permitan establecer una legitimación activa adecuada al conflicto a resolver. El fallo es relevante pues se abrió a soluciones que desde hace ya tiempo existen en la jurisprudencia comparada, poniéndose al día al menos en algunos aspectos y reconociendo que los criterios que se darán siempre dependerán de las particularidades del caso específico que deban resolver.

Respecto a las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño, se señala que deberán acreditar un perjuicio diferente al meramente personal o patrimonial que las habilita para demandar indemnización de perjuicios en sede ordinaria civil. Se señala expresamente que “la acción de reparación se distingue de la acción de indemnización, por cuanto la primera reconoce titularidad activa a las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que hayan sufrido el daño o perjuicio; las Municipalidades y el Estado; pero respecto de la segunda, se ha reservado su ejercicio únicamente a quien ha sido directamente afectado... Lo anterior revela que el daño o perjuicio exigido para generar la legitimación activa no es el mismo en las dos acciones posibles. En la acción de indemnización, el daño o perjuicio consistirá en un detrimento en la persona o patrimonio del directamente afectado, mientras que en la acción de reparación, claramente no se refiere a un detrimento patrimonial privado. Se trata de otra clase de daño.” (Considerando noveno).

Al preguntarse sobre cuál es ese daño entonces que habría que acreditar para demandar, el fallo señala que respecto a las personas naturales se determina si tienen o no legitimación activa usando el criterio del “entorno adyacente” de Jorge Bermúdez en virtud del cual, citando a De la Barra, señala que “si existe una titularidad colectiva o común respecto de los bienes ambientales, lógico será que cualquiera que habite en ese entorno pueda entender que ha sufrido un daño o perjuicio, toda vez que ese entorno sufre un daño significativo” (Bermúdez, 2014).

Y, dado que el proyecto Pascua-Lama cuenta con resolución de calificación ambiental, el Tribunal asimila este entorno adyacente al “area de influencia” del proyecto, concluyendo que gozarán de legitimación activa aquellos que “viven y desarrollan actividades en lugares incluidos en dicha área de influencia.” Y de hecho, se reconoció como accionantes a 17 personas por el solo hecho de habitar en dicha área o desarrollar actividades; y se desechó la legitimación de otras 4 personas que fijaron en la demanda un domicilio ubicado en un lugar no situado en dicha zona y no acreditaron trabajar en ella. La solución es bastante más amplia y razonable que la que antes se daba, aunque creo que la tesis de Bermúdez es más amplia todavía de lo que aquí se ha querido establecer, por lo que más adelante diré.

Respecto a las personas jurídicas, también el fallo es un avance importante pues señala expresamente ser partidarios que las personas jurídicas (ONGs, etc.) puedan presentar demandas por daño ambiental. Admitiendo en principio que la regla del entorno adyacente aquí no se puede usar de manera estricta, se exige que sus estatutos determinen que su objeto sea la protección ambiental (o del componente específico de que se

trate) y que pueda, además, accionar en juicio a nombre propio. Y será por esta última exigencia (absolutamente injustificada) que se rechazará la legitimación activa de la ONG, salvo por el ministro Rafael Asenjo que, en voto de minoría, da por acreditada dicha legitimación considerando la información recabada desde la página web de la organización, en relación a la labor que realiza, el conocido historial de OLCA en relación a conflictos ambientales como el de autos pues “es posible presumir dentro de su objeto estatutario, entre otros fines, la capacidad para comparecer por sí misma ante este Tribunal por causas ambientales”. No coincido con el fallo de mayoría (y en alguna medida tampoco con la de minoría) pues ambos razonan sobre un requisito que no existe en nuestra legislación y que de alguna manera concentra la discusión en cuestiones más bien formales. Coincido en que el objeto de la ONG debe ser el de protección ambiental (incluso expuesto en términos generales) pero de ahí exigir que expresamente se haya considerado en los estatutos comparecer en juicio, en una materia en la que sostenidamente la jurisprudencia (especialmente en sede del recurso de protección) les negó ese derecho por años, parece poco realista exigiendo demasiado para los vientos que soplaban en el país, más aún cuando en materia del consumidor, donde existe un interés colectivo también en juego, tampoco se exige esta limitante. Además, dicha calificación de accionar en juicio sin distinción se reconoce como consecuencia natural y propia de ser sujeto de derecho, del reconocimiento mismo de la personalidad jurídica al ente, la cual quedaría desprovista de actuación y protección de sí misma y del desarrollo de su objeto. Seguramente a partir de este fallo, muchas ONG deberán agregar inoficiosamente esta facultad en sus estatutos, incluso OLCA que para aquellos que trabajamos en ambiental hace años, realiza indiscutidamente una labor de defensa importante, que acredita su interés permanente y comprometido por temas ambientales.

Reconociendo que los criterios utilizados son, sin duda, aportes importantes para establecer reglas para resolver de manera más objetiva el problema de la legitimación activa, puede sostenerse que la tesis de Bermúdez (o como la aplicó el Tribunal en este caso y en otro anterior en que también el entorno adyacente se asimiló al área de influencia del proyecto) puede presentar algunas dificultades en la práctica. Los proyectos que ingresan al SEIA determinan diferentes áreas de influencias según el componente ambiental de que se trate: agua, suelo, etc. (y pueden haber varios de estos componentes afectados en un caso de daño ambiental). Además muchas veces los titulares de proyectos reconocen un área de influencia sólo “directa” pese a que el impacto ambiental se defina legalmente y, por ende, la evaluación ambiental debiese considerar toda alteración al medio ambiente que directa o “indirectamente” cause el proyecto (art. 2 letra ll), aunque esto se haga a veces con la anuencia tácita del Estado, pues no se exige precisar mejor el área de influencia pero se exigen medidas de mitigación o reparación más allá del área de influencia directa y originalmente considerada. Por ende, puede que en un caso concreto la legitimación activa se determine porque el accionante habite o trabaje en un lugar no incluido en el área de influencia directa del proyecto, pero sí en la indirecta; o que esta área esté mal determinada o que no se haya considerado alguna para el componente en cuestión (pues no se previó el impacto que luego se dio), etc.

En estos casos, el criterio de la asimilación no servirá (o llevará a una decisión injusta) y deberemos buscar otro criterio, que pueda aplicarse también a proyectos que no han ingresado al SEIA.

Aplicando la tesis de Bermúdez, como fue originalmente planteada (es decir, sin la asimilación), tienen legitimación activa “aquellos que, sin tener un interés patrimonial, consideran que el daño al medio ambiente le afecta, cuestión que se explica a través de la tesis del entorno adyacente.” Y cuando uno retrocede en el libro (Bermúdez, 2014) a las primeras páginas, queda claro, que en el contexto del recurso de protección para amparar el derecho a vivir en un medio libre de contaminación, el entorno adyacente incluye todos aquellos lugares en que el individuo puede desarrollarse, puede recrearse, en el fondo vivir bien, y no sólo donde vive o trabaja. Se afirma acertadamente que si se trata de afectaciones a la vida, la salud, a la propiedad existen otras garantías constitucionales que impetrar. El art. 19 n° 8 no protege el derecho a vivir, sino el derecho de las personas a “vivir bien” y, en consecuencia, debe descartarse como legitimados a aquellos que residen lejos del río contaminado, pero si están legitimados aquellos habitantes de las ciudades aledañas a su cauce, así como los agricultores que aprovechan sus aguas..., ya que incidirá de forma más que previsible en sus posibilidades de realización espiritual y material que excedan a la esfera más inmediata de derechos del individuo (por ejemplo, imposibilidad de pasear, de nadar, de pescar, de contemplar el paisaje, de descansar etc.) (Bermúdez, 2014). Nótese cómo los ejemplos hacen referencia a diversos servicios ecosistémicos culturales que el río presta a las personas “directamente”.

En suma, es importante destacar dos puntos: primero, el contexto en que fue desarrollada la tesis de entorno adyacente y, segundo, que ella ha sido aplicada en el fallo comentado de manera más limitada a cómo se formuló (limitándola a las personas que habitan o trabajan en el lugar afectado con el daño).

La tesis del entorno adyacente fue efectivamente planteada en el ámbito del recurso de protección para amparar el derecho *de las personas* a vivir en un medio ambiente *libre de contaminación*, es decir, en un ámbito concreto y bastante limitado, por las expresiones usadas por el constituyente, aquí destacadas. De hecho el mismo autor reconoce que “en este trabajo se analiza el medio ambiente de las personas, necesario para que puedan desarrollarse con una buena calidad de vida. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de la protección ambiental como tal, es decir, la actividad que impone al Estado un deber de cuidado del entorno, no podrá considerarse el ambiente sino desde la perspectiva sistémica, tal como lo señala el art. 2 letra ll) LBGMA” (Bermúdez, 2014).

Pues bien, esa visión ecosistémica es lo que aquí se desarrollará como criterio general en materia de legitimación activa, respecto a las personas que hayan “sufrido” el daño ambiental.

Se propone, en definitiva, como criterio único o complementario de los anteriores, que afectándose elementos naturales del medio ambiente o un ecosistema o a alguno de sus componentes, se reconozca la legitimación activa a todo aquel que acredite haber disfrutado o ser beneficiario o usuario de los servicios que prestaba el ecosistema antes de la afectación o menoscabo que prestaba de mejor manera; no limitándose por cierto sólo a los casos en que se acredite daño a la salud o a la propiedad que se tenga en los terrenos o respecto a los títulos que habilitan el acceso a los recursos naturales (concesiones, derechos de aguas, etc.).

Quizás estos usuarios o beneficiarios directos del ecosistema afectado coincidan con los que habitan en el entorno adyacente a la zona afectada, pero como estos servicios son de tan diversa índole, seguramente en muchos otros casos la legitimación ac-

tiva se ampliará, alcanzando a quienes realmente, en la práctica, son o serán afectados en el sentido señalado.

En consecuencia, podrían accionar no sólo aquellos que se enfermen al beber agua contaminada sino aquel que extraiga habitualmente agua subterránea de un pozo en suelo propio (sin derechos de agua y sin haberse enfermado aún) en la cuenca contaminada o los miembros de un pueblo originario que desarrollaba allí rituales ancestrales. O podrá accionar, no sólo aquel dueño de un bosque talado (en que se perdió además toda la vida existente, zonas de anidación etc. en el lugar) sino aquel que usaba ese ecosistema con fines recreativos para mejorar su calidad de vida (como decía Bermúdez) sino además aquellas personas que trabajan o que en sus estatutos consideran la preservación o conservación de la fauna o flora amenazada. O podrá accionar, por el daño a un área protegida, no sólo el Estado, sino todo aquel usuario del lugar incluyendo por cierto al que visitaba el lugar gozando de su belleza escénica pero también aquel que, aguas abajo, recibía aguas de mejor calidad por existir el bosque del parque en la zona alta de la cuenca. O podrá accionar, en el caso del relleno de una zona de anidación de un humedal, no sólo los anteriormente nombrados, sino también aquel que seguramente en el invierno futuro será objeto de la inundación de su casa, por ubicarse en la nueva zona que el humedal buscará para que sus aguas se movilen ahora que fue rellenado. Es decir, incluyo a los usuarios o beneficiarios de los servicios de suministro, aprovisionamiento o de provisión, de regulación y los servicios culturales. Excluyo sólo a los beneficiarios de los servicios de soporte o apoyo, pues son efectos en las personas realmente indirectos o su ocurrencia es en períodos de tiempo muy amplios, como son la formación del suelo, la producción de oxígeno, el ciclo de nutrientes, etc.

En el caso comentado, debería haberse revisado la legitimación de las cuatro personas naturales excluidas, no sólo atendiendo al lugar de su domicilio, sino a si eran o no usuarios del agua que deriva de los glaciares o periglaciares supuestamente afectados o si ellos los proveían de otros servicios ecosistémicos, incluso indirectos. Obviamente estas personas no argumentaron ni rindieron probanza alguna en este sentido, pero el Tribunal tampoco reflexionó en este sentido, bastándole el criterio del lugar del domicilio o trabajo, factores que –reitero– no son los únicos que Bermúdez considera y menos aún que bastan a quien escribe estas líneas.

La tesis propuesta exige, por cierto, que el legitimado *justifique y acredite* su derecho a accionar en el sentido propuesto. En el fallo del Tribunal Ambiental de Valdivia arriba comentado, se señala, en el considerando 19, respecto al daño ambiental (pero no respecto a la legitimación activa), que “Tratándose de aspectos del *medio ambiente que deriven de la naturaleza*, el demandante deberá indicar cuál es el ecosistema afectado, y qué elementos y/o procesos han experimentado pérdida, disminución, detrimento o menoscabo, comprometiendo su capacidad de a) *proveer servicios ecosistémicos...*” (lo destacado se ha hecho aquí).

Esta propuesta amplía la legitimación activa en caso de afectación a elementos naturales, pero nunca llegará a ser popular, como me gustaría. Si bien se propuso una acción popular para las demandas por daño ambiental en la Ley 19.300, ella no prosperó y tampoco este gobierno corrigió la redacción en las normas de la legitimación activa en la Ley 20.600 (que se limitó a copiar textual la anterior), pese a todas las críticas realiza-

das a dicha norma. Ampliar la legitimación activa hasta lo popular, hasta cualquiera del pueblo, se rechaza entre otras razones por existir el temor a que se presenten demandas temerarias por inescrupulosos, aún cuando el derecho comparado de Colombia y Brasil, por ejemplo, nos ofrecen remedios ante estas situaciones.

Es importante reiterar la popularidad es parte del sistema jurídico romanista del cual formamos parte. Los interdictos populares existían en Roma cada vez que se comprometía el uso común de las cosas que pertenecían al pueblo romano y que Andrés Bello sabiamente recogió en el art. 948 del Código Civil, como se explica en Delgado (2005) y en el art. 2333 para amenazas de daño a personas indeterminadas, como destacan Díez y Delgado (2003) y Díez (2005) comentando el primer fallo de esta acción popular preventiva en Chile. Por lo demás, gracias a estas acciones (repetidas en el Código Civil ecuatoriano), se logró la condena de daño ambiental más onerosa de la historia, en el caso de los daños causados en ese país por la empresa Chevron en las aguas, suelos y biodiversidad por actividades petroleras.

Y ese es el punto que nos motiva en estas líneas: una legitimación activa restringida impide el acceso a la justicia ambiental a la que como país nos hemos comprometido asegurar desde la Cumbre de la Tierra en 1992 y que, en la práctica, se ha traducido en que pocos daños se demanden reparar, con la consiguiente pérdida para nuestro medio ambiente y el de las generaciones futuras.

Agradecimientos

Este trabajo fue financiado gracias a CONICYT 2013- FONDAP N° 15130015, Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería (CRHIAM). La autora agradece la colaboración de Óscar Reicher Salazar, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

Referencias bibliográficas

- Alessandri, A. (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- Bermúdez, J. (2014). *Fundamentos de derecho ambiental*. 2ª Ed. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 64-65 y 134-136.
- Cordero, D. et al. (2008). *Manual para el desarrollo de mecanismos de pago/compensación por servicios ambientales*. Quito: GTZ e INWENT. Equipo Regional de Competencia y Programa GESOREN, GTZ-Ecuador. Deutsche Gesellschaft für Zusammenarbeit (GTZ), GmGH. p. 115.
- Corral, H. (1996). Daño Ambiental y responsabilidad civil del empresario. La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. *Revista Chilena de Derecho*, 23(1), 143-177.
- Delgado, V. (2005). La protección del Medio Ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: Un estudio histórico-comparativo. *Sesquicentenario del Código de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación* (pp. 907-937). Santiago de Chile: LexisNexis.
- Delgado, V. (2012). La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado

- en la construcción u operación de las carreteras. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, XXV(1), 47-76.
- Delgado, V. (2014). Servicios ecosistémicos y ambientales en la legislación chilena. *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental* (pp. 533-559). Santiago: Centro Derecho Ambiental, Universidad de Chile.
- Delgado, V. y Diez, J. L. (2003). Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del “derecho de daños”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 214(2), 143-150.
- Diez, J. L. (2005). Jurisprudencia: Notas sobre la acción preventiva de daños del artículo 2333 del Código Civil: a propósito de un fallo reciente. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 218-219, año LXXIII, 317-321.
- DICTUC (GreenLabUC Gestión y Política Ambiental DICTUC S.A) (2012). *Metodología para la determinación y caracterización del daño ambiental y del peligro de daño ocasionado* (Informe Final).
- Evaluación de los Ecosistemas del Milenio de España (2005). ¿Cómo se ha llevado a cabo la Evaluación de Ecosistemas del Milenio de España? La trama conceptual de referencia aplicada a España. *Informe Síntesis. Ecosistemas y Biodiversidad de España para el bienestar humano. Evaluación Ecosistemas del Milenio España*. Madrid, pp. 22-47.
- Valenzuela, R. (2010). *El derecho ambiental, presente y pasado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 56-59.