
UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES



Revista de Derecho

CONCEPCION — CHILE

1 9 8 1

DERECHO Y CONTAMINACION AMBIENTAL

MARIO JARPA FERNANDEZ

Prof. Depto. Derecho Económico
Universidad de Concepción

1.— INTRODUCCION.

El Derecho no es autónomo y sus normas, salvo períodos revolucionarios, no hacen sino proporcionar medios para obligar a los recalcitrantes a que respeten el sentir de la mayoría de la colectividad. Pocas veces el Derecho o los Tribunales toman la iniciativa para resolver un problema, y por ello hay que comenzar por crear conciencia sobre la contaminación, y buscar medios y arbitrios técnicos, económicos y financieros para enfrentarlos.

Mientras no estemos conscientes del problema y sepamos cómo enfrentarlo, habrá intereses creados en contaminar, sea por codicia o necesidad, y el Derecho, enfrentado con posiciones contradictorias y con peticiones que no es posible armonizar, eludirá una respuesta categórica y permitirá que las cosas sigan su curso actual. Basta recordar lo que ocurrió con la esclavitud para no forjarse ilusiones.

2.— ECONOMIA DE LA LUCHA CONTRA LA CONTAMINACION.

El Derecho está fuertemente influenciado por la economía, y la lucha contra la contaminación tiene fuertes implicancias económicas, ya que si exigimos que toda nueva empresa cumpla estrictas normas sobre la materia, estaremos aumentando el costo de la inversión inicial; seguramente determinando un mayor costo de operación y demorando la puesta en marcha del proyecto, todo lo que se traducirá en que algunos proyectos no pueden materializarse o si las exigencias en otros países u otras regiones son menores, ellos se concretarán en el lugar en que las exigencias sean mínimas. Y si exigimos que empresas ya en funciones se acomoden a nuevas exigencias, seguramente determinaremos que muchas de ellas deban paralizar sus operaciones; que su costo operacional sea fuertemente más elevado y, en todo caso, le estaremos imponiendo esfuerzos financieros serios. Todo esto puede comprometer el desarrollo econó-

mico, al menos mientras éste se mida simplemente en términos de valor de lo producido, sin ponderación para reflejar la calidad de la vida, menor nivel de ocupación e incluso aumento de la desocupación, por cierre de algunas actividades.

Luchar contra la contaminación significa inevitablemente destinar recursos públicos a este fin y ello obliga a revisar los criterios para la asignación de recursos públicos con sus posibles consecuencias inflacionarias, ya que estos gastos no se traducirán en un aumento de la oferta de bienes y servicios dentro del mercado, sino sólo en una mejor calidad de la vida.

Y financieramente, ¿quién deberá soportar los costos de la lucha contra la contaminación? ¿Deberá ser quien contamina? ¿O el consumidor, a quien inevitablemente le serán traspasados esos mayores costos? ¿O la colectividad, a través del gasto público, financiado con impuestos?

3.— ETAPAS EN LA LUCHA CONTRA LA CONTAMINACION Y PROBLEMAS LEGALES QUE CADA UNA DE ELLAS SUSCITA.

3.1. La primera etapa es la toma de conciencia sobre el problema en general, lo que presupone, legalmente, libertad de información; normas que permitan y faciliten la organización de los interesados en corporaciones o fundaciones destinadas a defender el medio y normas tributarias que faciliten el financiamiento de esas entidades, permitiendo que las cuotas o aportes que particulares o empresas hagan a ellas sean deducidas de la base impositiva o bien directamente del impuesto mismo. En el primer caso, el particular o empresa harían un sacrificio, que sería compartido por el Estado, que autorizaría que estos dineros se consideraran como si fueran un gasto para producir el ingreso.

En el segundo caso, el particular o empresa nada sacrificaría, pues todo lo que aportara lo deduciría de sus impuestos, con lo que sería el Fisco quien soportaría todas las consecuencias económicas de la preocupación de ese particular o empresa. En Chile existen los dos primeros elementos, pero faltan las normas tributarias aludidas.

3.2. La segunda etapa es la búsqueda de soluciones técnicas, que hagan posible la lucha contra la contaminación.

Esta búsqueda debiera ser financiada por las universidades, por organizaciones privadas, como las anteriormente señaladas y también por las empresas y para incentivar a estas últimas debieran existir, por una parte, normas tributarias que hagan más soportable el costo de la investigación, y, por otra parte, un verdadero calendario, que señale fechas precisas en que se irán exigiendo condiciones cada vez más estrictas en estas materias.

Las normas tributarias debieran tender a permitir que el costo total de la investigación sea llevado a resultados, como gasto, el mismo año en que se efectúa; e incluso, permitiendo que todo o parte de ese gasto sea usado como crédito (rebaja) contra el impuesto, tal como se hace en

estos momentos con ciertos gastos de capacitación del personal, lo que implica un subsidio, pues el Gobierno sería quien soportara, en esa parte, el costo de la investigación.

Fijar un calendario implica reconocer la gradualidad del proceso, pues no es posible clausurar bruscamente a todas las empresas contaminantes y al imponer metas claras y precisas, se crea un imperativo a la empresa que desee seguir funcionando, para que supere los problemas técnicos y financieros que esas nuevas normas le imponen. Algo en este sentido se está haciendo en Estados Unidos en materia automotriz.

A más de lo anterior, el Derecho debiera, en concepto de algunos, supervigilar y fiscalizar el trabajo de los científicos en áreas o materias peligrosas, tales como las manipulaciones genéticas, o que se estiman crueles para con cierto tipo de animales, como por ejemplo, algunas razas de monos. En Chile no hay normas especiales sobre esta materia.

3.3. La tercera etapa implica dictar normas legales sobre el fondo de la materia, precisando qué conductas no serán toleradas por la comunidad. En Chile existe abundante legislación sobre la materia, aun cuando dispersa y poco coherente, e incluso dictada con ánimo de proteger otros bienes jurídicos (trabajadores, agricultura, vecindario, etc.) y no el medio ambiente y ella habría sido suficiente para impedir, en gran parte, la contaminación que hoy sufrimos, pero ha faltado decisión para aplicarlas, así como una autoridad u organismo superior que centralice, unifique, coordine y armonice la aplicación de las diferentes normas y preceptos.

Por ejemplo, desde 1961 existe el D. S. 144, del Ministerio de Salud, que prohíbe la circulación de todo vehículo motorizado que despidan humo visible por su tubo de escape, norma que recién este año, vale decir, 18 años después de su vigencia, se está tratando de hacer cumplir en Santiago. Y desde 1953 rige el D.F.L. 208, orgánico del Consejo Consultivo de Pesca y Caza, que prohíbe arrojar al mar "los residuos o lavados de las industrias agrícolas, fabriles o mineras, que puedan ser nocivas a la vida de peces o mariscos, sin que previamente hayan sido purificados o diluidos", idea que repite el art. 72 del Código Sanitario: "Prohíbese descargar las aguas servidas y los residuos industriales o mineros, en ríos o lagunas o en cualquier otra fuente, o masa de agua que sirva para proporcionar agua potable a alguna población o para riego, o para balneario, sin que antes se proceda a su depuración, en la forma que señalen los Reglamentos". Y el Reglamento de Higiene y Seguridad industriales ordena, desde años atrás, que "en ningún caso podrán... arrojar en masas o cursos de agua en general, las aguas servidas de origen doméstico, los residuos o relaves industriales o las aguas contaminadas, resultantes de manipulaciones químicas o de otra naturaleza, sin ser previamente sometidas a los tratamientos de neutralización o depuración que prescriban, en cada caso, los Reglamentos Sanitarios...", ideas que a su vez estaban también en la Ley 3.133, sobre Neutralización de Residuos provenientes de Establecimientos Industriales.

Y en cuanto a la atmósfera, el D. S. 144, de 1961, ya citado, ordena "captar o eliminar los gases, vapores, humos, polvo, emanaciones o contaminantes de cualquier naturaleza, producidos en cualquier establecimiento fabril o lugar de trabajo en forma tal que no cause peligros, daños o molestias al vecindario".

3.4. En otro ámbito, los productos alimenticios y farmacéuticos requieren, en muchos casos, para su comercialización, de una resolución previa del Servicio Nacional de Salud¹, quien no ha logrado implantar, hasta ahora, normas que respeten los principios conocidos en USA como "truth in labeling" (la verdad en las etiquetas); aunque Dirinco ha anunciado que, implantará normas en ese sentido.

Las normas legales y administrativas destinadas a proteger la vida y salud de los trabajadores son abundantes, aunque pocas veces se cumplen íntegramente; más aún, cuando el D. L. 2.758, de 6.7.79, establece que no serán tema de convenio colectivo los puntos relacionados con restricción al uso de insumos, ritmo de producción, uso de maquinarias o, en general, cualquier punto que limite la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa.

Y para quienes estiman que debe haber normas constitucionales que protejan directamente el medio ambiente, el Acta Constitucional N° 3 (D. L. 1.552, de 1976) manifiesta que el constituyente no puede ignorar el peligro de la contaminación ambiental, por lo que asegura a los habitantes el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, para lo que la ley podrá restringir otras libertades, comprendiendo la integridad territorial de Chile la de su patrimonio ambiental.²

3.5. Las normas legales chilenas tienen también disposiciones que habrían permitido hacerlas cumplir. A más de las facultades de clausura que tiene el Servicio Nacional de Salud³, el art. 11 de la Ley 9.006, de 1948, modificado por el DFL 15 de 1968, facultó al Presidente de la República para ordenar la paralización, total o parcial, de actividades artesanales, industriales, fabriles y mineras que vacíen sus productos o residuos en las aguas, cuando se comprobare que con ello se perjudica la salud de los habitantes, se alteran las condiciones agrícolas de los suelos o se causa daño a la salud, vida, integridad o desarrollo de los vegetales o animales.

3.6. En cuanto a la penalidad, los especialistas propician un Derecho Penal del entorno, estructurado en base a un "delito de peligro" y con "leyes penales en blanco", que permitan sancionar penalmente a quien infringe reglamentos o instrucciones de autoridades, en términos similares a las referencias que en el Código Penal se hace a "reglamentos de policía" en materias relacionadas con el medio ambiente (art. 496 C. P.) y en la Ley de Cambios Internacionales, para quien infringe Acuerdos del Comité Ejecutivo del Banco Central de Chile.

¹Hoy "Servicios de Salud".

²Esta idea se repite en la Constitución actualmente vigente.

³Hoy "Servicios de Salud".

3.7. Se ha notado la falta de una autoridad central, que tenga a su cargo todo lo relacionado con el medio ambiente. En alguna medida, el Código Sanitario en actual vigencia otorga estas facultades al Servicio Nacional de Salud⁴, ya que a éste corresponde, según el art. 67, "velar por que se eliminen o controlen todos los factores, elementos o agentes del medio ambiente que afecten la salud, la seguridad o el bienestar de los habitantes", siendo de destacar que la primitiva Ley Orgánica de la Comisión Chilena de Energía Nuclear le impuso la obligación de "colaborar con el S.N.S. en la prevención de los riesgos inherentes a la utilización de la energía atómica, especialmente en los aspectos de la higiene ocupacional, medicina del trabajo, contaminación ambiental, contaminación de los alimentos y del aire".

Con la publicación, el 3.8.79, del DL 2.763, que reorganiza el Ministerio de Salud y el Servicio Nacional de Salud⁵, se ha producido una confusa situación administrativa, pues no se precisa quién tendrá a su cargo los aspectos de defensa del medio, que antes correspondía al SNS. Es cierto que se entrega a una nueva entidad, el Instituto de Salud Pública de Chile, funciones tales como autorizar medicamentos y productos sujetos a modalidades de control, su importación, comercialización y propaganda, pero, repetimos, falta la asignación genérica de aquellas funciones a un organismo determinado, situación que se espera se supere con la dictación del nuevo Código Sanitario, vale decir, inmediatamente ante que entre en vigencia el DL 2.763.

A más del S.N.S. hay numerosas entidades que hoy tienen injerencia en estas materias: Ministerio de Salud y Agricultura; Ministerio de la Vivienda; Inspección del Trabajo; antigua Dirección del Litoral; Conaf; Servicio Agrícola y Ganadero y Municipalidades, etc.

3.8. Hasta ahora, en alguna medida facilita la aplicación de estas leyes la marcha de trámites administrativos que debe realizar una empresa para iniciar una actividad, construir una planta, ampliarla, e incluso, para vaciar sus aguas al mar. Pues todo esto requiere pluralidad de permisos sea de la Dirección de Obras Municipales, Dirección de Patentes, antigua Dirección del Litoral, etc., todos los cuales pueden o deben, según las circunstancias, pedir informes (por ahora) al Servicio Nacional de Salud⁶, y romular exigencias conforme la recomendación de éste, como requisito previo para otorgar la patente o permiso o concesión de que trate, o para renovarlos pues muchos de estos permisos o concesiones son transitorios, y deben someterse periódicamente a la consideración de las autoridades.

La nueva política económica y administrativa, que reconoce un grado mucho mayor de libertad al empresario, disminuirá, de no dudarlo, la eficiencia de estos controles previos, y obligará seguramente a:

- a) Exigir, en las obras de mediano o gran tamaño, y tal como se hace en USA, un informe técnico previo sobre "impacto ambiental" que, debidamente revisado y aprobado por el Servicio Público pertinente,

⁴Hoy "Servicios de Salud".

⁵Hoy "Servicios de Salud".

⁶Hoy "Servicios de Salud".

asegurará el menor efecto negativo posible sobre el ambiente. Con esto se estaría dando aplicación al Acta Constitucional citada anteriormente, y

- b) Si hay menos control preventivo, debería haber mayor control posterior, aumentándose el número y medios de inspectores, aun cuando ello signifique canalizar recursos públicos hacia fines no directamente productivos. Es casi seguro, por otra parte, que esta inspección se autofinanciaría vía multas y sanciones.

3.9. Como cuarta etapa en la lucha contra la contaminación, viene un enfrentamiento entre los individuos y organizaciones interesadas en la defensa del medio ambiente y del Estado, que si bien teóricamente apoya la lucha contra la contaminación, es quizás el principal contaminante, tanto por razones de seguridad nacional (especialmente en países desarrollados, con armamentos y experiencias nucleares, con aviones, etc.), como por economía (ya que siendo responsable, casi en todas partes, de los servicios de alcantarillado se abstiene de construir adecuadas plantas de tratamiento), como por tomar a su cargo, en países subdesarrollados, construcción de centrales nucleares (como se dice lo ha resuelto el Gobierno de Chile), o incluso, como ha ocurrido recientemente en Argentina, optar por dar en arrendamiento o concesión terrenos públicos para que países europeos almacenen, lejos de sus fronteras, residuos radiactivos provenientes de la operación de centrales atómicas. A más de la responsabilidad que cabe al Estado por la desidia de sus funcionarios, que son negligentes en formular las exigencias necesarias para que se respete el medio ambiente.

En este enfrentamiento con el Estado, los particulares tienen muy pocas posibilidades de éxito. Algunos creen que estas perspectivas mejorarían si existieran Tribunales Administrativos, ante los cuales se pudiera demandar al Estado, o a sus funcionarios, o perseguir responsabilidades funcionarias por negligencia u otra causa. Pero en Chile estos Tribunales están ordenados por la Constitución de 1925, sin que se hayan instalado hasta la fecha.

Cabe destacar que los defensores de las empresas contaminantes también reclaman la existencia de Tribunales Administrativos con el fin de defenderse de las arbitrariedades que temen puedan cometer los funcionarios.

3.10. La quinta etapa, muchas veces paralela a la anterior, implica un enfrentamiento directo entre individuos interesados en la defensa del medio, y muchas veces directamente perjudicado por las actividades contaminadoras, y las empresas responsables. El reclamante perseguirá, sea la responsabilidad civil o penal de la empresa y la indemnización pertinente.

Sería conveniente que la legislación diera participación al denunciante en las multas a que fuere condenado el denunciado; ya que el premio o galardón invitaría a soportar los trámites y molestias necesarios para defender el medio, tal como existe hoy en materias aduaneras y existió en tributación fiscal interna hace algunos años.

El juicio a seguir contra el contaminante es muy caro, complicado y difícil, ya que no sólo debe demandársele en el domicilio de la empresa (y no en el de la víctima), sino hay que probar una relación directa de causalidad entre el actuar de la empresa y el perjuicio reclamado, y además, negligencia o culpa de parte de la empresa.

Esto pudiera ser probado por trabajadores y vecinos directos de la empresa, pero es casi imposible, salvo situaciones muy especiales, que el consumidor de un producto, que muchas veces es elaborado por dos o tres competidores, pueda demostrar que lo fabricado por uno de ellos, en particular, haya producido alguna consecuencia nociva en la salud del demandante.

Con el fin de hacer más soportable la carga que implica el juicio, se ha propuesto la organización de los interesados en verdaderos grupos cooperativos (surgiendo el mismo problema financiero ya analizado), y el que fuera posible que una persona demandara no sólo en su interés particular, sino en el de todos los afectados, aun cuando no se conozca su identidad.

3.11. En forma quizás utópica, algunos pretenden que las empresas contaminantes debían anticiparse en reconocer su culpabilidad, y comprometerse a indemnizar los riesgos que deriven de su actuación. Para ello, se ha dicho, estas empresas debían contribuir a un fondo que indemnizara a las víctimas, sin juicio, sin exigir pruebas, y sin que ello implique necesariamente aceptar responsabilidades jurídicas por el daño que se está indemnizando.

Y se menciona que los propietarios de buques tanques han señalado el camino, al organizar "Tovalop" (Tanker Owners Voluntary Agreement concerning Liability for Oil Pollution) y "Cristal", dos entidades que, respetando los principios ya señalados, procuran indemnizar a gobiernos (la primera) y a particulares (la segunda) por daños derivados de derrames de petróleo.

Para que este sistema sea operable, sería necesario que la legislación tributaria permitiera considerar como gastos los aportes a este fondo.

3.12. Como la lucha de un individuo contra la empresa contaminante no tiene porvenir, y como parece difícil conseguir que se dicten normas tributarias que hagan fácil o tolerable el financiamiento de las entidades intermedias que pudieren formarse con este fin, otros han propuesto la creación de una Fiscalía que represente el interés público en materia de contaminación y que, siendo un organismo fiscal, financiado con fondos públicos, pueda actuar contra todo tipo de infractores, aun en contra del Estado mismo.

Se señala como ejemplo o precedente, ciertos funcionarios con este fin que se estarían creando en Estados nórdicos, y el paralelo de la Fiscalía de la Libre Competencia, hoy Fiscalía Nacional Económica.

3.13. Dentro de esta etapa de confrontaciones, no debe olvidarse que las empresas denunciadas o demandadas pueden a su vez interponer demandas de indemnización de perjuicios en contra de quien o quienes,

en su concepto, los "calumnien" imputándosele a ellas o a sus productos efectos nocivos. Y esto puede significar costos adicionales, siquiera en defensa, para las personas o entidades que luchen en favor del medio ambiente.

4.— *CONCLUSION.*

El Derecho chileno contiene normas y procedimientos suficientes para cautelar el medio, si es que se quisiera aplicarlos, pero imperativos económicos, unidos a falta de compromiso de parte del Estado, hacen que no sea posible confiar en la eficacia abstracta del derecho y que deba propiciarse una activa participación de todos los sectores interesados, tanto en la toma de conciencia como en la lucha por la defensa del medio.