



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Económico

**RESPONSABILIDAD AMBIENTAL:**

**¿Es posible construir en Chile un Sistema de Responsabilidad Objetiva, sobre la base del principio contaminador-pagador?**

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

**HELLEN BROCKWAY GÓMEZ**

Profesor guía: Pilar Moraga Sariego

Santiago, Chile

2010

INTRODUCCIÓN .....	4
CAPÍTULO I APLICACIÓN DEL PRINCIPIO CONTAMINADOR-PAGADOR EN LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL OBJETIVA.....	14
<b>1.1. Regímenes de responsabilidad ambiental.</b> .....	14
A. Aspectos generales.....	14
B. Breve explicación de la responsabilidad ambiental en Chile. ....	16
C. Responsabilidad ambiental subjetiva o por culpa y sus limitaciones en materia ambiental. ....	22
D. Sistema de responsabilidad objetiva. ....	28
E. Aplicación preferente de la responsabilidad objetiva en materia ambiental. ....	34
F. Ámbitos de aplicación de la responsabilidad objetiva por daños al medio ambiente. ....	40
<b>1.2. Sistema de responsabilidad ambiental objetiva, como manifestación del principio contaminador-pagador</b> .....	45
A. Antecedentes del principio quien contamina paga. ....	45
B. Mecanismos de aplicación del principio quien contamina paga.....	56
C. Efectos derivados de la aplicación del principio contaminador pagador.....	73
D. Aplicación del principio contaminador-pagador en su doble dimensión, a través de un sistema de responsabilidad objetiva.....	77
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DEL CASO ARICA. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DE LA LEY 19.300 Y DEL PRINCIPIO CONTAMINADOR-PAGADOR. ....	80
<b>2.1. Análisis del caso de contaminación por plomo en Arica.</b> .....	80
A. Los hechos: Acontecimientos que dan origen al foco de contaminación. ....	80
B. El derecho, legislación aplicable al caso concreto.....	85
C. El acopio de los contaminantes y sus efectos nocivos en la población afectada. ....	88

D.    Medidas ambientales y sanitarias llevadas a cabo para remediar los daños a la salud y al medio ambiente.....	94
<b>2.2. Análisis jurídico del proceso seguido en contra de Promel Ltda. y Fisco de Chile por daño ambiental.....</b>	<b>97</b>
A.    Demanda.....	97
B.    Fundamentos jurídicos que sirvieron de base a la demanda.....	98
C.    Análisis de la acreditación de los elementos del juicio de responsabilidad ambiental.....	99
D.    Resolución del conflicto. Aspectos relevantes de la decisión. ....	111
<b>2.3. Inobservancia del principio contaminador-pagador en el caso Arica. ....</b>	<b>116</b>
CONCLUSIÓN.....	123
BIBLIOGRAFÍA .....	128

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad existe un consenso internacional generalizado acerca de la necesidad de dar una protección adecuada al medio ambiente. Este consenso, logrado luego de largas discusiones entre distintos países<sup>1</sup>, muchas veces no logra una aplicación satisfactoria en el ámbito interno de cada Estado, en gran medida porque su implementación constituye por un lado, un enfrentamiento con el desarrollo económico de cada país<sup>2</sup> y por otro, una dicotomía con el ordenamiento jurídico interno el que en ocasiones no responde a los estándares ambientales internacionales.

Esta problemática también se produce en Chile<sup>3</sup> y la observamos a propósito del régimen de responsabilidad aplicable a los daños ambientales, consagrada en la ley 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente. Esta ley establece en su artículo 53 y siguientes un sistema de responsabilidad ambiental de carácter subjetivo atenuado con presunciones de culpabilidad. En este aspecto el ordenamiento jurídico nacional se ha alejado del derecho internacional ambiental,

---

<sup>1</sup> El año 1972 en Estocolmo se lleva a cabo la Conferencia de Naciones Unidas por el Entorno Humano, dejando en claro la necesidad de otorgar protección al medio ambiente; posteriormente en Río de Janeiro se celebra la Cumbre de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, ratificando una idea que había sido elaborada en Estocolmo, el desarrollo sostenible, años más tarde, el 2002 se produce la cumbre de Johannesburgo, que buscaba ratificar los acuerdos internacionales generados en Río. Todas estas cumbres internacionales demuestran la necesidad actual de proteger el medio ambiente y el esfuerzo que los Estados han realizado para lograrlo.

<sup>2</sup> La profesora Ximena Fuentes Torrijo, en “Los Resultados de la Cumbre de Johannesburgo” al referirse al debate generado en la Cumbre de Río, señala que, el rol que asumieron los países se definió por su posición frente al tema de la integración desarrollo/ambiente, cabe poner como ejemplo el caso de China, que vio con desconfianza la Conferencia, por reconocer en ésta una posible limitación a sus programas de desarrollo. Separata de Estudios Internacionales, Año 36, número 140, página 3.

<sup>3</sup> Reflejo de ello es la Evaluación de Desempeño Ambiental elaborada por la OCDE y la CEPAL en mayo de 2005, en la que se efectúan una serie de recomendaciones al Estado chileno en miras a un mejoramiento en la eficacia del derecho ambiental nacional.

que evoluciona hacia una responsabilidad objetiva, utilizando como fundamento para ello el principio de “quien contamina paga” o “contaminador-pagador”<sup>4</sup>.

Teniendo presente la necesidad de otorgar protección al medio ambiente, se han implementado una serie de mecanismos tendientes a prevenir la degradación de los recursos naturales, así como a reparar los daños ocasionados por la contaminación cuando los mecanismos preventivos han fallado. Es así como para otorgar protección al medio ambiente, se han extendido al derecho ambiental instituciones que son propias del derecho común, tal es el caso de la responsabilidad civil. La mayoría de la doctrina, tanto nacional como extranjera<sup>5</sup>, ha llegado a la conclusión que implementar institutos jurídicos comunes o de otras áreas del derecho al derecho ambiental, especialmente en el caso de la responsabilidad ambiental subjetiva no es lo más apropiado, ya que este sistema no responde a las exigencias y particularidades de los daños ambientales, siendo insuficiente e inadecuada su aplicación a este tipo de daños. Resulta manifiesto lo anterior si consideramos que el bien jurídico medio ambiente, no es

---

<sup>4</sup> Los ordenamientos de predominio objetivo son principalmente dos, Alemania y Estados Unidos, el sistema alemán se estructura sobre la base de tres pilares, el primero de ellos es el sistema de responsabilidad civil general que la legislación hizo extensiva a los daños ambientales y que la jurisprudencia ha transformado en un régimen de responsabilidad estricta a través de la inversión de la carga de la prueba; el segundo está referido a las normas sobre responsabilidad ambiental contenidas en leyes especiales, regímenes que establecen mecanismos de imputación objetiva, y el tercero está dado por el sistema general de responsabilidad ambiental, en el que se aplica también el sistema de imputación objetivo. En Estados Unidos, el sistema de responsabilidad objetivo se instaura con la C.E.R.C.L.A. (Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act de 1980). En este sistema, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, la C.E.R.C.L.A., no regula la responsabilidad civil tradicional, entendida como la obligación de indemnizar los daños a los particulares, sino que se centra en la obligación de descontaminación frente a la autoridad (EPA). Ver: GOMIS, Lucía. Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente. Pamplona, Editorial Arazandi, 1998, p. 65 y 128.

<sup>5</sup> En España, hasta el año 2007, el régimen legal de responsabilidad patrimonial por daños ambientales se había desarrollado en el marco de la legislación civil, lo que para Ángel Moreno Molina “no satisfacía plenamente las exigencias modernas de la protección ambiental, dado el carácter difuso o dominial de los valores y bienes tutelados, la etiología y escala habitual de los daños ambientales, así como el régimen procesal que inspira la legislación civil”, en Responsabilidad Patrimonial por Daño Ambiental: Propuestas de Reforma Legal. Fundación Alternativa: Madrid, 2005 p.5. El 23 de octubre del año 2007 se publicó en España la Ley 26/2007, que instauró un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo. Fuente: Boletín Oficial del Estado de 24 de octubre de 2007, [en línea] [www.boe.es/boe/dias/2007/10/24/pdfs/A43251-43259.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2007/10/24/pdfs/A43251-43259.pdf), [fecha de consulta: 15 de marzo de 2010].

asimilable a la generalidad de las cosas, pues satisface necesidades humanas sociales y requiere por tanto de un tratamiento especial. Al respecto el profesor Raúl Brañes, citado por Macarena Muñoz Valenzuela, refiriéndose a las bases constitucionales de la reparación de los daños ambientales señala: “Estas bases no resuelven todos los problemas que plantean las especificidades del daño ambiental en lo que concierne a su reparación, ni podrían hacerlo, ello debe ser materia de una legislación especial sobre reparación del daño ambiental. Sin embargo, ellas tienen el mérito de propiciar que se desplace el tema de la reparación del daño ambiental de la esfera del derecho civil a la esfera del derecho ambiental, que es la que le corresponde”<sup>6</sup>. En efecto es necesario llevar a cabo un análisis exhaustivo acerca de las instituciones que operan en nuestro derecho a fin de determinar si responden a las exigencias del derecho ambiental.

Cabe destacar que el actual contexto mundial, nos manifiesta la necesidad de llevar adelante a nivel país un desarrollo sostenible<sup>7</sup>, ya que se ha comprobado que la sostenibilidad es un

---

<sup>6</sup> En el mismo sentido Julio Lavín Valdés evidencia la dificultad en la aplicación del sistema de responsabilidad chileno, al expresar que en “materia ambiental hay dificultades no sólo en cuanto a la determinación de la responsabilidad de quien causa un daño ambiental, sino también en cuanto a lo que se entiende por tal daño, la persona de la víctima del mismo y el tipo de sanciones a ser aplicadas”, Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, Santiago Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes, 1996. En términos similares Macarena Muñoz Valenzuela señala que el “derecho privado es insuficiente para responder a la misión de reparar este especial tipo de daño, es en cambio el derecho público el llamado a hacerse cargo de las reglas sobre la reparación del daño ambiental”, citando a Tomás Hutchinson agrega “debe reconocerse que la responsabilidad resarcitoria es, hoy por hoy, un instrumento jurídico cuya primera finalidad no es precisamente la protección del ambiente”. MUÑOZ Valenzuela Macarena. El principio quien contamina paga a la luz de la legislación ambiental chilena. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, Santiago, (12): 10, dic. 2004. [en línea] <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/df96c1004fbf8835891fab46ce4e7365/10.pdf?MOD=AJPERES> [consulta: 22 marzo 2010].

<sup>7</sup> El concepto de desarrollo sostenible nace en Estocolmo el año 1972 y se manifiesta públicamente el año 1986 por la Comisión Brundtland, definiéndolo como “desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer las capacidades que tienen las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades”. El año 2002 se celebra en Johannesburgo la Cumbre sobre Desarrollo Sostenible, la que tenía por objeto dar una mayor aplicación práctica al concepto, en comparación a la Cumbre sobre Medio Ambiente y Desarrollo llevada a cabo en Río el año 92. En Johannesburgo el concepto se amplía en su dimensión social, instaurándose en el debate temas como la erradicación de la pobreza y los efectos adversos de la globalización en los países pobres.

requisito previo para el crecimiento económico<sup>8</sup>, puesto que la degradación de los recursos influye directamente en la productividad.

De acuerdo a lo anterior, para lograr un desarrollo económico sostenible y a la vez exitoso, es necesario contemplar en el proceso de producción los factores medio ambientales<sup>9</sup>. En doctrina lo anterior se denomina internalización de los costos de contaminación y corresponde a la faz preventiva del principio de “quien contamina paga”. La aplicación de este principio resulta importante, ya que constituye un mecanismo de prevención de la contaminación y sirve además como fundamento normativo de la responsabilidad por daños al medio ambiente, en tanto ésta entendida como un mecanismo eficaz en la prevención de los daños ambientales.

Resulta importante señalar que el objetivo principal de un sistema de responsabilidad es la compensación del daño ocasionado a la víctima, haciendo uso de un mecanismo judicial de corte claramente individualista inspirado en el principio de justicia correctiva, de manera que el que provoca un daño a otro está obligado a restaurar el bien dañado, o si ello no es posible, a indemnizar el perjuicio producido.

Junto a este objetivo compensatorio o clásico de la responsabilidad, se ha planteado<sup>10</sup> uno de inspiración socio-económica, llevado a cabo mediante el mecanismo de internalización de los costos de contaminación en los procesos productivos y a su posterior reflejo en la determinación del precio del producto. Este carácter económico de la responsabilidad ambiental, se aplica de mejor manera cuando hablamos de un sistema de responsabilidad de carácter objetivo. La

---

<sup>8</sup> CATALÁ, Lucía, op. cit., p. 23.

<sup>9</sup> En este sentido el Parlamento Europeo ha advertido que la no contabilización de los costes ambientales externos no se ajusta al principio del desarrollo sostenible y, por lo tanto ocasionaría un prematuro agotamiento de los recursos naturales. Doc. A3-0112/94.

<sup>10</sup> En este sentido va dirigida la propuesta elaborada por la Comunidad Europea, señalando en una comunicación al Parlamento y al Consejo Europeo que “el objetivo de la sostenibilidad ha de alcanzarse mediante una integración de los factores medioambientales en los procesos de producción” (COM (94), 2 de Noviembre de 1994.

responsabilidad objetiva se sustenta en la teoría de los riesgos<sup>11</sup>, según esta teoría quien crea una situación de peligrosidad debe responder por los daños ocasionados con su actividad. La responsabilidad se imputa al agente con independencia de la existencia de culpa o dolo, bastando la sola ocurrencia del daño para que se configure la obligación de indemnizar<sup>12</sup>. Tal sistema de responsabilidad asegura que los entes involucrados en actividades que puedan entrañar un peligro ambiental se ocupen de internalizar los mencionados costos ambientales para evitar el evento dañoso.<sup>13</sup>

Este segundo aspecto que se le ha atribuido a la responsabilidad ambiental, implica dar aplicación a uno de los principios más relevantes del derecho ambiental, el principio “quien contamina paga”<sup>14</sup>.

El concepto que hay detrás de este principio ha sido debatido ampliamente por la doctrina nacional y extranjera<sup>15</sup>, no existiendo aún consenso en relación a su contenido.

---

<sup>11</sup> Pablo Rodríguez Grez señala que la Teoría del Riesgo se refiere a que quien crea un riesgo como consecuencia de proyectar una determinada actividad productiva o de otra índole deberá responder de los perjuicios que sobrevengan y que deriven directa y necesariamente de ese riesgo. Por otro lado señala que el riesgo es la creación de una situación de peligro en cuanto de ella puede derivarse racionalmente un perjuicio. Agrega también que es indudable que en la era tecnológica los riesgos ambientales, biotecnológicos, nucleares, etc., corresponden al desarrollo de una actividad peligrosa de la cual debe responder quien la genera.

<sup>12</sup> MUÑOZ Macarena, El Principio quien contamina paga a la luz de la legislación medio ambiental chilena, Revista de derecho Consejo de Defensa del Estado N° 12, Santiago, diciembre 2004, p.12

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.3.

<sup>14</sup> El principio “quien contamina paga”, “contaminador-pagador” o *pay polluter principle* aparece por primera vez a nivel internacional en la Recomendación del Consejo de la OCDE de 26 de Mayo de 1972 sobre principios directores relativos a aspectos económicos de política ambiental. El principio parte como un instrumento para evitar distorsiones en el mercado, ya que al ser los recursos naturales limitados, su deterioro ambiental puede generar escasez, la que no se refleja en el mercado cuando los costos del deterioro ambiental no son contemplados en los procesos productivos. Al ser de tal magnitud el deterioro ambiental, los poderes públicos comienzan a tomar medidas tendientes a dar protección a los recursos naturales, estas medidas desvirtúan los mercados al adoptar la forma de subsidios. Es por lo anterior que se decide adoptar este principio como uno de los principios más relevantes en materia ambiental.

En la doctrina nacional, se ha señalado que el principio “quien contamina paga” dispone que los gastos de las medidas necesarias para evitar la contaminación o para reducirla, en su caso, a los niveles aceptados como permisibles, deban ser costeados por los causantes de la misma<sup>16</sup>. Incluso se ha afirmado que este principio nada tiene que ver con la responsabilidad por los daños ambientales, lo que supondría otorgar una especie de licencia para contaminar, ya que el causante del daño puede contaminar, siempre que pague el canon o derecho o indemnice los perjuicios causados con su actuar. Sin perjuicio de lo anterior existe otra parte de la doctrina que le atribuye una doble dimensión a saber, una preventiva, referida a la internalización de los costos ambientales en el proceso productivo y otra reparadora, según la cual el daño ambiental debe ser reparado en su totalidad y no sólo en su aspecto patrimonial<sup>17</sup>. Lo anterior implica instaurar un sistema de responsabilidad ambiental que otorgue mayor eficacia en la reparación de los daños ambientales. En este sentido, Eduardo Astorga considera necesario otorgándole al principio “quien contamina paga” un doble alcance, relacionándolo con la responsabilidad objetiva, ya que ésta sería la más eficaz en la prevención y reparación de los daños ambientales. Es más a su juicio este principio no implica necesariamente una licencia para contaminar, sino la reparación efectiva de los daños ambientales causados.<sup>18</sup>

Ésta ha sido la interpretación adoptada por la Comunidad Europea, que en el Programa V de acción comunitaria sobre medio ambiente, se refiere expresamente a la relación existente entre el

---

<sup>15</sup> Resultan interesantes las opiniones que a este respecto tienen destacados profesores como Rafael Valenzuela Fuenzalida, Eduardo Astorga Jorquera y Ramón Martín Mateo. En el ámbito internacional, incluso se discute el carácter de principio del derecho, algunos basándose en las recomendaciones de la OCDE, señalan que es sólo una directiva de orden económico, sin embargo otros le atribuyen el carácter de principio general del derecho. VALENZUELA Rafael en Memorias del Seminario Nacional de Derecho Ambiental, Santiago, CEPAL/Fundación Friedrich Ebert, 1993, p.27. ASTORGA Jorquera Eduardo en Memorias del Seminario de Derecho Ambiental, Santiago, CEPAL/Fundación Friedrich Ebert, 1993, p. 56.

<sup>16</sup> VALENZUELA Rafael en Memorias del Seminario Nacional de Derecho Ambiental, Santiago, CEPAL/Fundación Friedrich Ebert, 1993, p. 26.

<sup>17</sup> MUÑOZ Macarena, op. cit., p.12

<sup>18</sup> ASTORGA Jorquera Eduardo en Memorias del Seminario de Derecho Ambiental, Santiago, CEPAL/Fundación Friedrich Ebert, 1993, p. 56.

principio contaminador-pagador y la responsabilidad ambiental. Esta idea se refuerza posteriormente en el Libro Verde<sup>19</sup> sobre reparación del daño ecológico. Más tarde la Comisión Europea presenta el Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, el que constituye la antesala para la elaboración y dictación de la Directiva 2004/35/CE<sup>20</sup>, que establece un régimen comunitario de responsabilidad ambiental de carácter objetivo fundamentado en los principios de prevención y reparación del daño ambiental. En este último libro, la Comunidad Europea reconoce la faz reparadora del principio de “quien contamina paga”, haciendo presente que la responsabilidad ambiental objetiva es un medio eficaz para darle aplicación. De manera que quien ocasiona un daño ambiental debe ser el único obligado a repararlo, evitando así que sea el Estado o en último término la sociedad en su conjunto, quien asume la carga de restaurar los recursos naturales contaminados. Según la Comisión este sería el primer objetivo de un sistema de responsabilidad ambiental, sin perjuicio de ello se plantea también, que si quienes contaminan se ven obligados a costear los gastos en la reparación de los daños causados, tomarán las medidas necesarias para reducir sus niveles de contaminación, hasta que los costos de internalización de la contaminación, sean menores a la eventual indemnización.

En este sentido la responsabilidad ambiental, cumple también un objetivo preventivo, al incentivar el actuar responsable de los agentes contaminantes, sin que sea necesario reparar el medio dañado, algo que en ciertas ocasiones se torna imposible.

---

<sup>19</sup> El Libro Verde se publica el año 1993, el año 2000 se publica el Libro Blanco. Los Libros Verdes son documentos publicados por la Comisión Europea cuyo objetivo es estimular una reflexión a nivel europeo sobre un tema concreto. Invitan a las partes interesadas (organismos y particulares) a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas que presentan, y pueden dar origen a desarrollos legislativos que se reflejan en Libros Blancos. Los Libros Blancos publicados por la Comisión son documentos que contienen propuestas de acción comunitaria en un campo específico. A veces constituyen una continuación de los Libros Verdes, cuyo objetivo es iniciar un proceso de consultas a escala europea. Cuando un Libro Blanco es acogido favorablemente por el Consejo, puede dar lugar, llegado el caso, a un programa de acción de la Unión en ese ámbito en cuestión. [en línea] [http://eur-lex.europa.eu/es/droit\\_communaire/droit\\_communaire.htm](http://eur-lex.europa.eu/es/droit_communaire/droit_communaire.htm) [consulta: 22 marzo 2010].

<sup>20</sup> La Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, en su párrafo 18 señala que, de acuerdo con el principio de «quien contamina paga», un operador que cause daños medioambientales o que amenace de forma inminente con causar tales daños debe sufragar, en principio, el coste de las medidas preventivas o reparadoras necesarias.

Como se dijo y demostró con la experiencia europea, la tendencia en el derecho ambiental mira a instaurar regímenes de responsabilidad ambiental objetivos. Es por ello que se habla de una objetivación de la responsabilidad ambiental, ya que el sistema de responsabilidad subjetiva evolucionó a uno de carácter objetivo, atendiendo a las exigencias que iban surgiendo con el desarrollo industrial<sup>21</sup>.

Para evitar conflictos conceptuales, señalaremos que la responsabilidad subjetiva, impone como requisito para determinar la responsabilidad del sujeto que causa el daño, un actuar culpable o doloso, por lo que no basta que una persona sufra un perjuicio para que el autor de éste sea obligado a repararlo, se exige además que el daño provenga de la negligencia o dolo del agente. De ello se derivan ciertas consecuencias, a saber, que no hay responsabilidad sin culpa, que la culpa se relaciona con el actuar negligente, imprudente o doloso y lo más controvertido, que corresponde a la víctima del daño probar la culpa<sup>22</sup>.

La prueba de la culpa se dificulta aún más en materia ambiental, ya que en primer lugar la víctima debe identificar al agente contaminante y luego establecer que su actuar infringe el grado de diligencia razonable atendidas la circunstancias del caso. Si bien podría pensarse que la dificultad en la determinación de deberes de cuidado puede sortearse con el establecimiento de deberes normativos, en materia ambiental ello no es tan certero, puesto que en muchos casos los daños ambientales se ocasionan aún cuando se haya actuado respetando la norma. En nuestro ordenamiento la carga de la prueba que recae en la víctima del daño se ve atenuada con presunciones de culpa<sup>23</sup>, las que no son del todo eficaces por cuanto el agente siempre podrá

---

<sup>21</sup> Con el desarrollo industrial y tecnológico el hombre dejó de tener el control de todo lo que acontecía en los procesos productivos, de manera que el régimen de responsabilidad por culpa, resultó insuficiente y dando paso a la responsabilidad objetiva basada en el riesgo de la actividad. RODRÍGUEZ Grez Pablo. Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 69.

<sup>22</sup> Pino Reyes, Octavio, Pizarro Torrealba, Eduardo. Responsabilidad Civil Extracontractual por Daño Ambiental, Santiago, Jurídica Conosur Ltda. 2001, p.21.

<sup>23</sup> El artículo 52 de la Ley 19.300 dispone: Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia

acreditar que actuó respetando la norma y en el evento que ello sea efectivo, la víctima no tendrá más derecho que intentar acreditar la infracción a otro deber de cuidado, que corresponderá crear al juez. Con motivo de lo anterior, el derecho internacional ha optado por establecer sistemas de responsabilidad objetiva, en relación a algunas actividades peligrosas para el medio ambiente<sup>24</sup>.

Quienes propugnan por una aplicación de la responsabilidad objetiva en materia ambiental, señalan que además constituye un fundamento sólido de justicia distributiva y que con ella se logra el fin último del sistema de responsabilidad, hacer efectiva la reparación de los daños ambientales<sup>25</sup>.

Teniendo en cuenta que el sistema de responsabilidad ambiental objetivo ha sido considerado en la esfera internacional y en el derecho comparado como el régimen de responsabilidad más adecuado para la reparación y prevención de los daños ambientales, este trabajo pretende analizar si nuestro ordenamiento jurídico está o no preparado para consagrar un régimen de responsabilidad ambiental de carácter objetivo, fundamentado en el principio contaminador pagador.

Para esto se analizarán los distintos regímenes de responsabilidad ambiental y la aplicación del principio de quien contamina paga como fundamento normativo de la responsabilidad ambiental objetiva.

Los sistemas de responsabilidad ambiental operan desde distintas áreas del derecho, en el ámbito penal estableciendo los delitos ecológicos, desde el derecho administrativo imponiendo

---

ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

<sup>24</sup> A este respecto el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental, op. cit., expresa, “la responsabilidad objetiva favorece la consecución de los objetivos medioambientales. Una de las razones para ello es la gran dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios sobre responsabilidad ambiental”.

<sup>25</sup> GOMIS, Lucía, op. cit., p. 101.

los órganos del Estado sanciones al verificar la transgresión de ciertas normas ambientales y finalmente desde el derecho civil, estableciendo sistemas de responsabilidad ambiental o por daños ambientales.

Este análisis se efectuará a partir de la experiencia de la Unión Europea en la materia, ya que ésta ha realizado un proceso de investigación, normativo y empírico, acerca de las posibilidades de implementar este tipo de responsabilidad a través de la incorporación de la Directiva 2004/35/CE, sobre Responsabilidad Ambiental en relación a la prevención y reparación de los daños ambientales en el derecho interno de los países miembros.

En el mismo sentido para comprender la realidad nacional analizaremos el caso de contaminación por plomo de Arica, ya que es el primero en Chile en indemnizar daños de carácter ambiental y nos permitirá conocer las dificultades que representa la litigación de la acción de responsabilidad instaurada en la Ley 19.300.

## **CAPÍTULO I APLICACIÓN DEL PRINCIPIO CONTAMINADOR-PAGADOR EN LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL OBJETIVA.**

### **1.1. Regímenes de responsabilidad ambiental.**

#### **A. Aspectos generales.**

Con el fin de proteger el medio ambiente, el derecho ha utilizado distintos instrumentos de gestión ambiental, tendientes a prevenir o a reparar los daños ambientales. Así por ejemplo, la Ley 19.300 establece la aplicación de normas de calidad ambiental, normas de emisión, planes de manejo, planes de prevención y descontaminación, y finalmente un sistema de evaluación de impacto ambiental. En cuanto a los fundamentos normativos de los instrumentos mencionados, el mensaje presidencial del entonces proyecto de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, destacó a los principios de prevención y de quien contamina paga como inspiradores de la nueva normativa.

Junto a los mecanismos ya señalados, la Ley 19.300 instauró también un sistema de responsabilidad ambiental especial. Este sistema de responsabilidad es especial en el entendido que se separa del sistema de responsabilidad general y común establecido en el Código Civil, ya que instaura reglas específicas aplicables exclusivamente a los daños ambientales, más adelante se explicará con mayor detalle las particularidades aplicadas por la Ley 19.300 a la responsabilidad por daños al medio ambiente.

En términos generales, la doctrina ha incluido a la responsabilidad ambiental dentro de los métodos represivos de protección ambiental<sup>26</sup>. Sin embargo también, han surgido voces en el sentido de atribuible también un rol preventivo de la contaminación. En este sentido Enrique

---

<sup>26</sup> En este sentido Silvia Jaquenod señala dentro de las medidas represivas del derecho ambiental, al derecho penal, administrativo y a la responsabilidad civil. JAQUENOD, Silvia. El derecho ambiental y sus principios rectores. Madrid, Dykinson, 1991. p 285.

Barros señala que “el riesgo de ser civilmente responsable genera inevitablemente un incentivo para asumir el comportamiento ambientalmente correcto, estimulando así la adopción de resguardos (...) de este modo y dentro de los márgenes impuestos por la idea de justicia correctiva, la responsabilidad civil cumple una función preventiva en la preservación del medio ambiente”<sup>27</sup>.

La responsabilidad civil a la que se refiere Barros puede definirse como “un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra”<sup>28</sup>. En materia ambiental Hernán Corral la define como “la obligación surgida para un agente al que se atribuye el menoscabo del medio ambiente de reparar el mal causado, y de indemnizar o compensar pecuniariamente los perjuicios producidos por su conducta (activa u omisiva)”<sup>29</sup>.

Para efectuar este juicio de reproche, es necesario establecer un mecanismo de imputación, sobre el cual evaluar la conducta del autor del daño. Tanto en el ámbito ambiental como en general, los factores de atribución son fundamentalmente dos, la culpa o dolo del causante del daño y el riesgo de la actividad desempeñada por éste<sup>30</sup>. Estos factores de imputación dan paso a

---

<sup>27</sup> BARROS Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Jurídica de Chile 2006. p. 790-791. De la misma manera, el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea [COM (2000) 66 final] señala que: “el régimen de responsabilidad constituirá un incentivo para que las empresas tengan un comportamiento más responsable”, atribuyéndole a este instrumento jurídico un rol preventivo de los daños ambientales. En el mismo sentido, María del Carmen Sánchez-Friera señala que: “El instituto de la responsabilidad crea incentivos para la reducción del riesgo, al estimular a las partes potencialmente implicadas, a adoptar precauciones en orden a evitarlo (el daño)”. SÁNCHEZ-FRIERA, María del Carmen. La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente. Bosch Editor S.A. Barcelona, 1994, p.342.

<sup>28</sup> BARROS Enrique, op. cit., p.15

<sup>29</sup> CORRAL Hernán. Daño Ambiental y Responsabilidad Civil del Empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente. Santiago, Revista Chilena del Derecho. Vol. 23 N°1, p. 145, 1996.

<sup>30</sup> Para fundamentar un régimen de responsabilidad objetiva no sólo se utiliza como sustento la creación de un riesgo o el desempeño de una actividad riesgosa, también se han ocupado criterios como “*cuius est*

los sistemas de responsabilidad por culpa o subjetivo y a la responsabilidad estricta, por riesgo u objetiva<sup>31</sup>.

#### B. Breve explicación de la responsabilidad ambiental en Chile.

Para efectos de comprender de mejor manera la responsabilidad ambiental, a continuación explicaremos brevemente el tratamiento de la responsabilidad en materia ambiental a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico.

En materia ambiental el ordenamiento chileno distingue tres tipos de acciones civiles: i. existen acciones destinadas a impedir o a hacer cesar el daño ambiental, cuyo objeto es poner fin a los hechos que generan los perjuicios, y ii. se establece una acción indemnizatoria para obtener la reparación de los daños causados por una conducta ajena, y iii. una acción ambiental especial, destinada a reparar en naturaleza el bien dañado<sup>32</sup>.

En seguida se detallarán las acciones pertenecientes a cada uno de los grupos indicados.

---

*commodum eius est incommodum*” y el principio del *deep pocket*, ambos serán explicados con mayor detalle al tratar este estatuto de responsabilidad.

<sup>31</sup> El profesor Pablo Rodríguez señala a este respecto que “para fundamentar la obligación de reparación, se han formulado dos grandes teorías: la clásica de la responsabilidad a base de la culpa y la teoría de responsabilidad objetiva sobre la base de la creación del riesgo. RODRÍGUEZ Pablo. Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 60.

<sup>32</sup> BARROS, Enrique, op. cit., p. 792.

## B.1. Acciones para impedir o hacer cesar el daño ambiental.

Según el ordenamiento jurídico general, son tres las acciones que se pueden incluir dentro de esta clasificación, los interdictos posesorios del derecho civil, la acción popular del artículo 2333 del Código Civil y la acción constitucional de protección<sup>33</sup>.

### a. Los interdictos posesorios del derecho civil.

Dentro de los interdictos posesorios tenemos en primer lugar al consagrado en el artículo 937 del Código Civil<sup>34</sup>, el que establece una acción posesoria tendiente a destruir o modificar las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso. A esta acción se aplica el procedimiento sumario que rige respecto del interdicto de obra ruinosa, artículos 571 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En segundo lugar encontramos al interdicto posesorio del artículo 948<sup>35</sup> del Código Civil, si bien esta norma no se refiere expresamente a la reparación de los daños ambientales, interpretada extensivamente podría entenderse que las Municipalidades y los habitantes del pueblo, tienen derecho a reclamar de los daños ocasionados sobre los bienes de uso público, asimilando su derecho al que tiene cualquier dueño respecto de la cosa sobre la que ejerce dominio. Sin embargo, Barros considera que la norma del Código Civil no puede interpretarse extensivamente, ya que ello sería contrario al principio de especialidad en la interpretación, toda

---

<sup>33</sup> Hasta antes de la reforma introducida a la Ley 19.300 por la ley 20.417, el artículo 56 de esta norma establecía la facultad de la Municipalidades de solicitar y obtener del juez la suspensión inmediata de las actividades dañinas o el otorgamiento de un plazo a los infractores para dar cumplimiento a las normas ambientales. Estas facultades se otorgaban en el marco del procedimiento de aplicación de sanciones a la infracción de planes de prevención y descontaminación.

<sup>34</sup> El artículo 937 del Código Civil señala que “ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso”

<sup>35</sup> El Código Civil en el artículo 948 señala que “La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”.

vez que existe una legislación especial que regula la reparación de los daños ambientales, esta legislación es la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente<sup>36</sup>.

b. Acción popular del artículo 2333 del Código Civil.

La referida disposición establece: “Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenaza solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas puede intentar la acción”. Esta acción carece de un procedimiento especial, por lo que no tiene mayor aplicación práctica, siendo desplazada por la acción constitucional de protección, la que resulta más eficaz por su rápida tramitación.

c. Acción constitucional de protección.

Esta acción está consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y procede en casos de vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ocasionada por actos u omisiones ilegales<sup>37</sup>, siempre que sean imputables a una persona o autoridad determinada. Como el recurso o acción de protección tutela el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en muchos casos ha sido utilizado para hacer cesar el daño ambiental ocasionado, generalmente a través de la dictación de una orden de no innovar.

---

<sup>36</sup> BARROS, Enrique, op. cit., p. 794. El profesor Enrique Barros señala en relación a esta materia que “por mucho que la tesis se apoye en una espléndida fundamentación histórico-dogmática de las acciones populares desde el punto de vista interno del Código Civil, estimo que no se aviene sistemáticamente con el ordenamiento vigente en acciones ambientales”.

<sup>37</sup> La Constitución fue reformada en este aspecto por la ley 20.050 de 26 de agosto de 2005, antes de la reforma el Recurso de Protección sólo procedía por acciones, no por omisiones, dichas acciones debían ser además arbitrarias e ilegales, lo que implicaba una restricción innecesaria a la aplicación del recurso de protección en materia ambiental. En este sentido Octavio Pino y Eduardo Pizarro señalan que “Observamos un consenso entre los autores en el sentido de afirmar el carácter restringido que tiene la acción de protección para este derecho”. PINO, Octavio y PIZARRO, Eduardo. Responsabilidad Civil Extracontractual por daño ambiental. Santiago, Jurídica Conosur, 2001, p. 159.

## B.2 Acción ambiental.

La Ley 19.300 consagra en su artículo 53 la acción por daño ambiental, esta acción tiene por objeto en primer lugar que se repare el medio ambiente dañado y en segundo lugar que se indemnicen los perjuicios patrimoniales y morales sufridos por las personas a consecuencia de los daños ambientales. Existe por tanto, una acción de reparación ambiental y una acción indemnizatoria<sup>38</sup>. La acción indemnizatoria no tiene por objeto reparar el medio ambiente dañado, sino tal como lo indica su nombre indemnizar los perjuicios que son provocados por un daño ambiental.

La acción indemnizatoria establecida en la Ley 19.300 tiene como fundamento el dolo o la culpa del autor del daño, siguiendo en este ámbito la senda trazada por el Código Civil en los artículos 2314 y 2329. De esta manera, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente establece un sistema de responsabilidad subjetivo o por culpa, tal como lo ha advertido la doctrina nacional en diversas oportunidades<sup>39</sup>. De lo que se colige que en materia ambiental el juicio de responsabilidad está sujeto a los cuatro elementos característicos de la responsabilidad subjetiva, tales elementos son los siguientes: (i) la presencia de una acción u omisión voluntaria de persona capaz, (ii) la culpa del autor del daño, (iii) el daño y (iv) relación de causalidad<sup>40</sup>. Si bien la Ley de Bases no innova al instaurar un régimen de responsabilidad ambiental por culpa, intenta corregir los defectos que presenta este sistema, estableciendo en el artículo 52 una presunción de culpabilidad aplicable a los casos en que el agente contaminante incurre en culpa infraccional<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> El artículo 3 de la Ley 19.300 señala que “Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”. El artículo 53 de la misma ley señala que “Producido un daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado”.

<sup>39</sup> En este sentido, CORRAL, Hernán. Lecciones sobre responsabilidad civil extracontractual. Santiago, Jurídica, 2003, p. 262. “El sistema de responsabilidad por el que optó la ley es el subjetivo, fundado en el dolo o culpa del demandado”.

<sup>40</sup> BARROS, Enrique, op. cit., p.799.

<sup>41</sup> Enrique Barros señaló al respecto que “La culpa infraccional, esto es la consistente en la inobservancia de una norma legal o reglamentaria, pasó a ser una presunción y no una condición de responsabilidad”.

La doctrina en general está de acuerdo en que lo que se presume en estos casos es sólo la culpa, no extendiéndose esta presunción a los demás elementos de la responsabilidad como la relación de causalidad, ya que el artículo 52 inciso 2° reitera la regla conforme a la cual se debe acreditar la relación de causalidad no obstante presumirse la culpa<sup>42</sup>.

Esta regla conforme a la cual sólo se responde por los daños ocasionados por culpa o dolo, constituye la regla general, pues priman sobre ella las normas especiales que establezcan sistemas de responsabilidad estricta, como por ejemplo en la Ley sobre Seguridad Nuclear.

### B.3. Acción ambiental. Reparación en naturaleza.

Como explicamos anteriormente, la Ley 19.300 concede además de la clásica acción indemnizatoria, una acción ambiental, destinada a “obtener la reparación del medio ambiente dañado”<sup>43</sup>. Ambas acciones son plenamente compatibles, de manera que se puede demandar la indemnización por los daños patrimoniales y morales sufridos por las víctimas a consecuencia de la contaminación del medio ambiente y también la reparación en naturaleza del ambiente dañado. Tomás Hutchinson al referirse a este tipo de acción señala que “su objeto en principio es

---

BARROS, Enrique. Responsabilidad Civil en materia del medio ambiente. Congreso Internacional del Medio Ambiente, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, p. 53.

<sup>42</sup> En esta línea se encuentran Iván Hunter quien expone que “este tema no está resuelto por la ley, agregando que el régimen de responsabilidad civil permite recurrir a la norma del artículo 2329, que establece una presunción general de responsabilidad por el hecho propio respecto de daños que, atendida su naturaleza pueden ser atribuidos en principio a un tercero”. HUNTER Iván. La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental. Revista de Derecho de Valdivia Vol. XVIII N°2 p.10; BARROS, Enrique, op. cit., p. 807. Por el contrario, Octavio Pino y Eduardo Pizarro, afirman que “tratándose de la acción ambiental basada en el artículo 52 no tiene aplicación el inciso 2° del mencionado artículo, que reza: “Con todo sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”. De lo expuesto nos atrevemos a concluir que el legislador ha presumido la relación de causalidad, por cuanto no la exige como así lo hace para la indemnización de perjuicios”. PINO, Octavio y PIZARRO, Eduardo, op. cit., p. 109.

<sup>43</sup> Artículo 53 de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

la reparación de la naturaleza, agregando que la recomposición es para restablecer el estado anterior del ambiente”<sup>44</sup>.

Destaca de esta acción su carácter público, pudiendo ser interpuesta de igual manera por todas las personas, sean éstas naturales o jurídicas, públicas o privadas, siempre que hayan sufrido un daño, o por las municipalidades y el Estado, en representación del interés general. De lo anterior se colige que la ley descarta la idea de que la naturaleza sea sujeto de derecho, de manera que lo que se resguarda es el interés público representado por los órganos del Estado. Es por ello, que las organizaciones ciudadanas cuando no tienen intereses comprometidos no están legitimadas para ejercer esta acción, sin embargo, de acuerdo al artículo 54 inciso 2° de la ley de Bases Generales del Medio Ambiente, cualquier persona puede dirigirse a la Municipalidad en cuya comuna se estén llevando a cabo actividades que generen daños ambientales, para que ésta, en su representación interponga la acción reparatoria, presentándole para ello antecedentes suficientes que funden su pretensión. La Municipalidad debe resolver esta solicitud dentro del plazo de 45 días, contados desde la presentación de la solicitud, pudiendo rechazarla fundamente, caso en el cual se hace solidariamente responsable de los perjuicios sufridos por el afectado, o acogerla debiendo entablar la acción de reparación ambiental.

Como se dijo en un principio, esta acción tiene por objeto la reparación del daño ambiental, sin embargo dadas las particularidades que presenta este tipo de daño, en ciertos casos resultará casi imposible restaurar el medio afectado, como ocurre por ejemplo con la extinción de una especie animal. La ley frente a este problema no entrega solución, de modo que será la jurisprudencia la encargada de resolverlo, condenando o no al demandado a una indemnización por equivalencia.

En cuanto a los requisitos necesarios para que se configure la obligación de reparar, la doctrina ha señalado que éstos son coincidentes a los de la acción indemnizatoria, de manera que

---

<sup>44</sup> HUTCHINSON, Tomás. Daño Ambiental, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p.118.

se exige el actuar culpable o doloso del autor del daño, aplicándose el régimen de responsabilidad por culpa<sup>45</sup>.

Teniendo presente que nuestra legislación ambiental aplica al régimen de responsabilidad un factor de atribución subjetivo para configurar la obligación de reparación, es importante tener presente las consecuencias prácticas que conlleva su aplicación de este tipo de sistema en materia ambiental.

### C. Las limitaciones de la responsabilidad ambiental subjetiva o por culpa.

La doctrina clásica de la responsabilidad subjetiva o por culpa, ha demostrado serias deficiencias a la hora de enfrentar los daños derivados del desarrollo tecnológico y la revolución industrial. Estas deficiencias dicen relación principalmente con la dificultad que representa para la víctima del daño probar que el autor de éste incurrió en negligencia, lo anterior es mitigado en los ordenamientos jurídicos estableciendo presunciones legales de culpabilidad o de responsabilidad, en virtud de las cuales o bien se altera el peso de la prueba, o bien imponen responsabilidad a quien incurre en la hipótesis legal definida<sup>46</sup>.

Si planteamos que la responsabilidad subjetiva resulta algunas veces deficiente frente a la reparación de los daños patrimoniales surgidos con la revolución industrial, este sistema enfrenta mayores dificultades cuando hablamos de su aplicación en materia ambiental.

---

<sup>45</sup> El profesor Enrique Barros señala que “la acción de reparación es una acción específica de responsabilidad que tiene su fundamento en la infracción de deberes de cuidado”. De la misma manera, Octavio Pino y Eduardo Pizarro afirman que “el legislador adoptó nuevamente por un criterio subjetivo para atribuir responsabilidades en esta materia, lo que se evidencia a la luz de lo dispuesto en los artículos 3 y 51, (...) exigen la culpa o dolo del causante del daño para que nazca la obligación de reparar”. BARROS, Enrique, op. cit., p.809. Octavio y PIZARRO Eduardo, op. cit., p.106.

<sup>46</sup> Pablo Rodríguez señala que: “ejemplo de presunciones simplemente legales son las de los artículos 2320, 2322, 2326, 2328 y 2329 del Código Civil. Presunciones de derecho son las consignadas en los artículos 2321 y 2327 del Código Civil.” RODRIGUEZ, Pablo, op. cit., p. 62.

En resumen, los desafíos que enfrenta la responsabilidad subjetiva en materia ambiental dice relación con tres asuntos, el rol del medio ambiente como bien jurídico difuso, la especialidad del daño ambiental y la carga probatoria que pesa sobre la víctima del daño.

a) Concepto de medio ambiente.

El medio ambiente ha sido definido innumerables veces por la doctrina, estando todavía en elaboración el concepto, sin embargo aquí adoptaremos la definición ideada por Eulalia Moreno al ser ésta comprensiva del carácter variable y dinámico que posee el medio ambiente. Esta autora define el medio ambiente como “el conjunto de componentes naturales que conforman una determinada zona, en un determinado momento, que representa el sustrato físico de la actividad de todo ser vivo, y es susceptible de modificación por la acción humana”<sup>47</sup>.

Cabe destacar que el medio ambiente no es un bien jurídico como cualquier otro, ya que reviste una importancia tal que su protección es de interés de toda la comunidad, ello debido a que su deterioro pone en riesgo la satisfacción de las necesidades de toda la sociedad, en tanto constituye una fuente única de recursos. Así, en palabras de Macarena Muñoz: “el bien jurídico medio ambiente no puede asimilarse a la generalidad de las cosas, pues satisface necesidades humanas no meramente individuales, sino sociales; los bienes que componen el Medio Ambiente son comunes a todos”<sup>48</sup>. Este interés difuso es recogido también por la jurisprudencia de nuestro país. La Corte Suprema al resolver el caso Trillium, en su considerando 13 señaló a este propósito, lo siguiente: “su resguardo (el medio ambiente) interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual”<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Citado por Henrán Corral en: CORRAL, Hernán, op. cit., p. 155.

<sup>48</sup> MUÑOZ, Macarena El principio “quien contamina paga” a la luz de la legislación medioambiental chilena. Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado N° 12, diciembre de 2004, p.9.

<sup>49</sup> CS. Horvath Kiss, Antonio y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente (recurso de protección). RDJ (XCIV) N°1. Sección quinta.

Teniendo presente que el medio ambiente es un bien jurídico de relevancia social, se ha planteado que requiere de una regulación específica que exceda al ámbito de la responsabilidad civil y traslade esta protección al derecho público, instaurando sistemas de responsabilidad aplicable específicamente a los daños ambientales<sup>50</sup>. Además de ello es preciso que estos regímenes respondan a las exigencias de los daños ambientales, que revisten también características propias diferenciándolos de los perjuicios regulados por el derecho civil.

Si entendemos al medio ambiente como un bien jurídico cuya protección es relevante para la sociedad y que requiere para este fin de normas ambientales específicas, podemos señalar que la aplicación de un sistema de responsabilidad subjetivo resultaría inadecuada, ya que si este sistema presenta deficiencias en el ámbito civil, estas deficiencias aumentan tratándose de daños ambientales.

b) Los daños al medio ambiente.

En materia ambiental se pueden producir dos clases de daños, el daño ambiental puro o ecológico y el daño patrimonial y moral derivado del deterioro ambiental<sup>51</sup>.

El daño ambiental puro o ecológico surge, en términos de Tomás Hutchinson, “cuando se llevan a cabo actividades que implican un deterioro al ambiente en cuanto tal, entendido como bien de titularidad colectiva”<sup>52</sup>. De manera que cada vez que se produzca un deterioro ambiental, sin implicar necesariamente un daño al patrimonio de una persona determinada hablaremos de daño ecológico.

---

<sup>50</sup> El profesor Raúl Brañes, al referirse a las bases constitucionales de las normas sobre reparación medio ambiental en Latinoamérica señala que: “Estas bases constitucionales no resuelven todos los problemas que plantean las especificidades del daño ambiental en lo que concierne a su reparación, ni podrían hacerlo: ello debe ser materia de una legislación especial sobre reparación del daño ambiental. Sin embargo, ellas tienen el mérito de propiciar que se desplace el tema de la reparación del daño ambiental de la esfera del derecho civil a la esfera del derecho ambiental, que es la que le corresponde”. Citado por MUÑOZ, Macarena. op. cit., p. 11.

<sup>51</sup> HUTCHINSON Tomás. op. cit., p. 116.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

Las dificultades que se plantean en relación a los daños ecológicos, están determinadas por las múltiples formas y manifestaciones en que pueden presentarse<sup>53</sup>. Están los daños ambientales colectivos que pueden serlo por sus efectos, cuando las víctimas son un grupo o comunidad de personas o por sus causas, cuando exista pluralidad de autores.

Los daños ambientales se caracterizan también en que sus causas no están normalmente ubicadas en un punto temporal específico, sino que son producto de un proceso dilatado en el tiempo. Se presentan de esta manera los daños ambientales continuados, que son aquellos originados por una sucesión de actos cuya realización se prolonga en el tiempo. Los daños ambientales también pueden presentar la forma de daños permanentes, que son aquellos originados por un único acto cuyo efecto se prolonga en el tiempo y de daños progresivos que se originan a consecuencia de una serie de actos sucesivos cuya conjunción provoca un daño mayor que la suma de los daños individualmente generados con cada acto lesivo.

Del mismo modo, los daños ambientales pueden ser irreversibles, acumulativos y difusos en su manifestación y en el establecimiento de la relación de causalidad.

Es así como los daños ambientales suelen presentar características que dificultan la aplicación de la responsabilidad ambiental, dificultades que se ven incrementadas con la responsabilidad subjetiva. De manera que a la víctima en muchas ocasiones no sólo le será difícil acreditar el actuar negligente del autor del daño, sino también determinar quién es este autor y la relación de causalidad existente entre el hecho y el daño.

c) Carga probatoria de la víctima del daño.

En la responsabilidad subjetiva, la víctima del daño debe acreditar la negligencia de su autor y la relación de causalidad entre el daño y el hecho que supuestamente lo ocasionó.

---

<sup>53</sup> BARROS, Enrique, op. cit., p. 806 al tratar esta materia afirma: “Muy a menudo los daños ambientales provienen de causas difusas, atribuibles a diversos agentes, respecto de ninguno de los cuales es posible establecer una relación de causalidad directa. Además, el daño es con frecuencia soterrado o se produce con retardo, de modo que es atribuible, *ex post*, a las más variadas causas eventuales”.

En cuanto a la prueba de la culpa, en materia ambiental la carga probatoria se incrementa, ya que acreditar el actuar negligente es mucho más difícil, dado que en “la mayoría de los casos, aquel que contamina actúa hasta ahora, legalmente”<sup>54</sup>. Es así como se pueden ocasionar daños ambientales aún cuando se estén dando pleno cumplimiento de las disposiciones legales correspondientes, ya que el legislador no está en condiciones de prever y evitar todos los daños<sup>55</sup>.

Respecto de la prueba de la relación de causalidad, el profesor Enrique Barros señala que: “los problemas de causalidad suelen ser especialmente intensos en materia de responsabilidad por daño ambiental”<sup>56</sup>. Las dificultades se presentan cuando por ejemplo el daño es consecuencia del efecto acumulativo de varios actos contaminantes realizados a lo largo del tiempo y del espacio<sup>57</sup>; o cuando las actividades contaminantes son llevadas a cabo por distintos autores, de manera que es casi imposible determinar cuál de ellas es la causante del daño. En definitiva, la dificultad de acreditar el nexo causal se agrava en materia ambiental, toda vez que la prueba es compleja, muy técnica, y costosa, principalmente por la falta de intermediación espacial y temporal entre la fuente del perjuicio y quien lo sufre, la dispersión de fuentes emisoras y el distinto efecto de la emisión dañosa, por lo que el damnificado no suele estar en condiciones de afrontarla<sup>58</sup>.

Las dificultades probatorias de la relación de causalidad en la responsabilidad por daños al medio ambiente, no son mitigadas con las presunciones de culpabilidad que establecen los sistemas de responsabilidad subjetivos, de manera que estas presunciones debieran ampliarse a

---

<sup>54</sup> PINO, Octavio y PIZARRO, Eduardo, op. cit., p 94.

<sup>55</sup> GOMIS, Lucia, Responsabilidad por Daños al medio ambiente. Pamplona, Editorial Arazandi, 1998. p.99. Al referirse a este tema señala que: “El mismo documento (Libro Verde sobre reparación del daño ecológico) reconoce el carácter incompleto del marco legislativo en materia de medio ambiente, de manera que el cumplimiento de las normas ambientales no puede constituir una prueba irrefutable de ausencia de culpabilidad.

<sup>56</sup> *Ibíd.*

<sup>57</sup> HUTCHINSON, Tomás, op. cit., p. 128.

<sup>58</sup> PINO, Octavio y PIZARRO, Eduardo, op. cit., p.88

los demás elementos de la responsabilidad para lograr disminuir esta excesiva carga probatoria que pesa sobre la víctima, como bien señalan Octavio Pino y Eduardo Pizarro, citando a Mario Valls: “Si la prueba está a cargo del sujeto lesionado, éste se encuentra en una situación extremadamente desfavorable, tanto más cuanto que en la casi totalidad de los supuestos, se manifiesta una desigualdad económica y financiera flagrante entre el contaminador y la víctima”<sup>59</sup>. Este desequilibrio que se produce entre las partes litigantes puede ser remediado con la instauración de presunciones de responsabilidad<sup>60</sup> o al menos mediante la disminución del grado de certeza que requiere el juez para dar por establecido el nexo causal.

Es por ello, que si en materia ambiental se le dificulta a la víctima del daño probar la negligencia, el nexo causal, dar por establecido el sujeto autor del daño o incluso el mismo daño, estas dificultades aumentan cuando hablamos de un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa. Cabe recordar además, el carácter especial del bien jurídico tutelado, que por su connotación social requiere de un tratamiento y protección legal acorde a sus necesidades, las que no se satisfacen plenamente mediante este sistema de responsabilidad.

Junto con lo anterior, es preciso tener en cuenta que el objetivo de los sistemas de responsabilidad, sobre todo en materia ambiental, no es sólo obtener la reparación del daño causado, sino prevenir estos daños, internalizando los riesgos. En esta perspectiva, un sistema subjetivo no resulta eficaz con esta nueva cara preventiva de la responsabilidad, ya que el agente contaminante al ponderar la eventualidad de su obligación reparatoria, preferirá no tomar las medidas preventivas necesarias para evitar los daños, ya que difícilmente será condenado a repararlos. Un sistema de responsabilidad por culpa supone, en términos de Tomás Hutchinson, “fomentar los desastres ecológicos y los daños ambientales<sup>61</sup>”, si lo que efectivamente se busca es la protección del medio ambiente lo adecuado es establecer un criterio objetivo de imputación.

---

<sup>59</sup> *Ibíd.*

<sup>60</sup> También existen casos en que se presume el nexo causal, como lo evidencia la legislación alemana sobre responsabilidad ambiental que presume la causalidad cuando una instalación es idónea, atendidas las características del caso específico, para provocar los daños ocurridos.

<sup>61</sup> HUTCHINSON Tomás, *op.*, cit., p.20.

#### D. Sistema de responsabilidad objetiva.

A diferencia de la responsabilidad clásica, basada en la culpa o dolo como elementos esenciales, la responsabilidad objetiva prescinde en este análisis de imputación de dichos elementos subjetivos, por tanto no será necesario acreditar que el autor del daño ha incurrido en culpa o dolo.

Pablo Rodríguez Grez al referirse a este sistema señala: “Si el juez busca solamente la persona capaz de asegurar la reparación y la condena por el sólo hecho de que el daño ha sobrevenido bajo ciertas condiciones, sin que haya lugar a apreciar su conducta, la responsabilidad es llamada objetiva<sup>62</sup>”. De manera que basta acreditar el hecho y el daño y que exista relación de causalidad entre ambos<sup>63</sup> para configurar la obligación de reparar el daño causado.

En materia ambiental este sistema cobra importancia, aplicándose en gran parte de los ordenamientos nacionales<sup>64</sup>. Este fenómeno se explica por los caracteres especiales que presentan los daños ambientales y las dificultades para establecer la obligación de reparación, conforme a los criterios tradicionales de la responsabilidad civil. Al respecto la doctrina señala que: “cuando (...) sea posible la reparación haciendo uso del mecanismo de responsabilidad, parece evidente que el sistema de responsabilidad objetiva es el más apropiado en materia de daños al medio ambiente”<sup>65</sup>.

Para sostener la aplicación de este sistema de responsabilidad, en el cual se prescinde del análisis conductual del autor del daño para imputarle responsabilidad, se han utilizado

---

<sup>62</sup> Op. cit., p. 60.

<sup>63</sup> PALACIOS, Pablo, Alcances sobre la responsabilidad objetiva, Revista Actualidad Jurídica N° 7, Enero 2003, p. 394.

<sup>64</sup> El sistema de responsabilidad estricta u objetiva es aplicado en las legislaciones alemana, estadounidense y también en países latinoamericanos como Brasil.

<sup>65</sup> GOMIS, Lucía, op. cit., p 98.

principalmente dos fundamentos, en primer lugar el desarrollo industrial y tecnológico, procesos que como se explicará dan origen al régimen objetivo y en segundo lugar a la Teoría del Riesgo.

a. Fundamentos de la responsabilidad objetiva por daños al medio ambiente.

a.1 El desarrollo industrial.

La responsabilidad objetiva nace a fines del siglo pasado con el desarrollo industrial, al implementarse el uso de la maquinaria a gran escala en los procesos productivos. Con motivo de ello se fueron creando nuevas situaciones de peligro, ya que en la época agraria era el hombre quien manejaba los instrumentos y herramientas, manteniendo el control sobre ellos, generándose los daños la mayoría de las veces con motivo de la actuación negligente o dolosa de las personas. Así es como se ha planteado que “la responsabilidad basada en la culpa nació en la “era agraria”, en que no revestía importancia la ocurrencia de daños no provocados por el dolo o la culpa, y en que se responde por el acto propio de las personas y por las cosas que están bajo nuestra custodia”<sup>66</sup>. En la era industrial al generarse nuevas situaciones de peligro, se hace preciso responder además por los daños ocasionados por las cosas que tenemos y que ocasionan los perjuicios, naciendo de esta manera la teoría del riesgo y con ella la responsabilidad objetiva, que como se mencionó, prescinde del análisis de la culpa como factor de atribución, basándose sólo en la relación de causalidad. De la era industrial se ha pasado a la era tecnológica, caracterizada por presentar otros tipos de daños, muchos de ellos difusos, de causas múltiples y difíciles de determinar. Pablo Rodríguez considera que en esta era, ya no se trata de cosas riesgosas, como en la era industrial sino de actividades riesgosas, incluyendo en esta categoría a los daños ambientales.<sup>67</sup>

De manera que con el desarrollo industrial y posteriormente con el tecnológico, surge una nueva forma de entender la responsabilidad, que responde a las exigencias actuales de los daños

---

<sup>66</sup> MUNDACA, Hans, citado por PALACIOS, Pablo, op., cit., p.395.

<sup>67</sup> RODRIGUEZ, Pablo, op. cit., p. 64.

y conforme a la cual se imputa responsabilidad utilizando como sustento la creación de un riesgo. Este sistema de responsabilidad se ha aplicado en diversas áreas del derecho<sup>68</sup>, incluyendo también la ambiental, ya que en este ámbito los daños cobran especial relevancia y complejidad.

#### a.2 La teoría del riesgo creado.

Al explicar el desarrollo industrial como fenómeno propulsor de la responsabilidad objetiva, se dijo que con éste surge también la teoría del riesgo, teoría que constituye el fundamento de

---

<sup>68</sup> En materia ambiental se aplica la responsabilidad objetiva en Estados Unidos, mediante la implementación de la C.E.R.C.L.A., que consagra un sistema de responsabilidad objetiva por los daños ocasionados a los recursos naturales, estos es “el suelo, los peces, la vida salvaje, los biotipos, el aire, el agua, los acuíferos subterráneos, los depósitos de agua para el consumo y otros recursos del mismo tipo, que pertenezcan o sean administrados por ... los Estados Unidos, por un Estado o la colectividad local, por un gobierno extranjero, una tribu india... o todo miembro de una tribu india”. El objetivo de la C.E.R.C.L.A. es implementar un sistema de responsabilidad estricta aplicable sólo a la reparación del daño ambiental, excluyendo de este ámbito a los daños personales derivados del daño ambiental. Específicamente la C.E.R.C.L.A. apunta a descontaminar más de mil zonas identificadas en la Lista de Prioridad Nacional. El criterio elegido para formar parte de esta lista es la existencia de instalaciones en las que se localicen determinadas sustancias peligrosas. La calificación de una sustancia como peligrosa, está determinada por la normativa federal, a priori o puede realizarla la E.P.A. La E.P.A. no sólo puede ejercer las acciones de descontaminación cuando existan sustancias peligrosas catalogadas previamente por la normativa, sino también cuando la emisión de cualquier tipo de contaminante presente una amenaza al medio ambiente. En Alemania la responsabilidad ambiental se rige por la Ley Alemana sobre responsabilidad ambiental de 1990, esta ley impone la responsabilidad objetiva por aquellos atentados al medio ambiente, que, a su vez, provoquen un daño al individuo. El sistema implementado en Alemania es aplicable a los daños generados por alguna de las instalaciones contenidas en el Apéndice 1 de la misma ley, lo que lleva a concluir que este régimen de responsabilidad tiene como factor de imputación la realización de una actividad peligrosa. GOMIS, Lucía, op. cit., p. 63, 127 y 128. En Chile de manera excepcional se ha consagrado la responsabilidad objetiva en los siguientes textos legales: i) en la Ley 18.302 de 02 de mayo de 1984 sobre Seguridad Nuclear, ii) en la Ley 15.703 de 22 de septiembre de 1964, sobre Aplicación de Pesticidas, iii) en el DL 2.222 de 31 de enero de 1979 o Ley de Navegación Marítima, y iv) en la Ley 18.916 de 8 de febrero de 1990 o Código Aeronáutico. En España el 23 de octubre de 2007 se dictó la ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, esta ley establece una responsabilidad de carácter objetivo, en las que las obligaciones se imponen al operar al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento. Fuente: Boletín Oficial del Estado de 24 de octubre de 2007, [en línea] [www.boe.es/boe/dias/2007/10/24/pdfs/A43251-43259.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2007/10/24/pdfs/A43251-43259.pdf), [fecha de consulta: 15 de marzo de 2010].

este régimen. Esta teoría nació para complementar y atenuar las exigencias de la responsabilidad subjetiva<sup>69</sup> y se traduce en que “quien crea un riesgo -como consecuencia de proyectar una determinada actividad productiva o de otra índole- deberá responder de los perjuicios que le sobrevengan y que se deriven directa y necesariamente de ese riesgo”<sup>70</sup>.

El riesgo es un factor de atribución de responsabilidad, según el cual se obliga a reparar el daño causado a quien realiza en su provecho, una actividad que entraña peligro. El fundamento de este sistema, como se ha dicho, no es la culpa sino la justicia distributiva, la que implica que la coacción social que impone la asunción de peligros por los perjudicados es desplazada sobre aquel que, aunque en forma lícita y permitida, ha creado los riesgos.

Las condiciones peligrosas o de riesgo pueden tener lugar principalmente por dos vías: i) el peligro puede derivar de la cosa en sí misma, si se trata de una cosa peligrosa como es el caso de los explosivos, o ii) el peligro se puede generar por la posición en la que una cosa es colocada frente a otra, como sucede cuando tenemos dos productos que separadamente son inocuos, pero juntos forman parte de un explosivo.

La doctrina ha diferenciado, entre el riesgo proveniente de una cosa, se habla por tanto del riesgo cosa, como es el caso de las maquinarias usadas durante la revolución industrial, y también del riesgo actividad, que tiene su origen en la era tecnológica y que se relaciona con la existencia de los daños ambientales, biotecnológicos, nucleares, entre otros. Es por ello que se ha asociado la aplicación de los regímenes de responsabilidad objetiva a las actividades peligrosas o al manejo de sustancias o cosas peligrosas. En materia ambiental cobra importancia, por ejemplo el transporte de sustancias tóxicas, el manejo de organismos modificados genéticamente, y una serie de actividades que son generadoras de peligros y aumentan así las probabilidades de causar daños a terceros<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> RODRIGUEZ, Pablo, op., cit., p. 64.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> Ejemplo de regulaciones sobre responsabilidad objetiva aplicada al manejo de sustancias peligrosas es la Convención de París y Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 21 de Mayo de 1963 y la Convención de Ginebra sobre Transporte de Mercancías Peligrosas de 12 de Mayo de 1961.

Como hemos señalado, la responsabilidad objetiva se fundamenta en la teoría del riesgo. Existen sin embargo, otros argumentos utilizados por la doctrina para sostener la aplicación de este estatuto, está en primer lugar el criterio “cuis est commodum eius est incommodum”, según el cual “la atribución del costo de la contaminación se hace recaer en el titular del beneficio en virtud del cual el daño ha sido producido”<sup>72</sup>, lo anterior quiere decir que se imputará responsabilidad al que ocasiona daños con motivo de la realización de una actividad riesgosa que le reporta beneficios. En segundo lugar, la doctrina ha utilizado el principio del deep pocket, de acuerdo al cual se “presume en el empresario una cierta capacidad económica, por la cual se le hace cargo de los costos del saneamiento (...), presumiendo, iuris tantum, la responsabilidad en presencia del hecho del daño en conexión con la actividad riesgosa”<sup>73</sup>.

En síntesis la responsabilidad por riesgo, estricta u objetiva es un juicio de imputabilidad que se realiza ya no en base a la culpa o dolo del autor del daño, sino en atención a la ejecución de una actividad que importa un riesgo para la comunidad, aumentando así las probabilidades de ocasionar daños a terceros, por lo tanto el que se beneficia con la realización de una actividad riesgosa, como contrapartida a este beneficio debe soportar los daños que su actuar genere, esto sumado a que el beneficiario de la actividad riesgosa está en una mejor posición económica para soportar el daño, de acuerdo al citado principio del deep pocket o bolsillo profundo.

#### b. Concepto y diferencias con el sistema de responsabilidad por culpa.

Como se ha señalado, la responsabilidad por culpa utiliza un factor de atribución subjetivo, basando el juicio de imputabilidad en la culpa o dolo del autor del daño. A diferencia de la responsabilidad estricta que prescinde en este análisis de los elementos subjetivos, atribuye responsabilidad en base a la creación de un riesgo y la existencia de una relación de causalidad adecuada.

---

<sup>72</sup> HUTCHINSON, Tomás, op. cit., p. 72.

<sup>73</sup> Ibídem, p.73.

De lo anterior, se desprende la primera gran diferencia entre ambos sistemas, a saber, el factor de imputación necesario para atribuir responsabilidad en un caso determinado. En el sistema subjetivo es la negligencia o dolo y en el objetivo el riesgo creado. De manera que los elementos necesarios para que se configure la responsabilidad varían en uno y otro, existiendo mayores exigencias para establecer la responsabilidad en un sistema subjetivo, ya que además de verificarse la existencia del hecho, el daño y la relación de causalidad, es necesario probar que el hecho que es causa del daño ha sido producto de un actuar negligente o doloso de su autor. Conforme a lo anterior y a la regla según la cual incumbe probar las obligaciones al que las alega<sup>74</sup>, corresponderá a la víctima del daño acreditar que el autor de éste incurrió en culpa o dolo. Salta a la vista por tanto la segunda diferencia entre el sistema subjetivo y el objetivo, ya que en este último se libera a la víctima de la onerosa carga de probar la culpa, debido a que en este caso no se analiza este elemento.

La diferencia enunciada cobra especial relevancia en materia ambiental, ya que como se dijo al tratar el régimen de responsabilidad subjetivo, la prueba de la negligencia en los daños ambientales es particularmente compleja, porque en muchos casos el contaminador ha actuado dentro del marco legal, con lo que dejamos fuera la presunción de culpabilidad que consagra nuestra legislación, a lo anterior se agrega como dificultad, el tecnicismo y complejidad de la prueba en esta materia, así como la escasa información con la que contará la víctima para efectuar la investigación. Es por ello que se ha dicho que en los casos de daños ambientales es el contaminador el que se encuentra en una mejor posición probatoria que la víctima, primero porque tiene en su poder la información necesaria para acreditar los hechos y segundo porque tiene la capacidad económica necesaria para llevar a cabo los estudios técnicos del caso.

Esta onerosa carga probatoria se ha tratado de mitigar en nuestra legislación con una presunción de culpabilidad, aplicable cuando el agente contaminante incurre en culpa infraccional. Esta solución no resuelve todos los problemas que se presentan con los daños ambientales, ya que afecta sólo a la culpabilidad dejando fuera los demás elementos de la responsabilidad, por lo tanto si bien la víctima no tendrá que probar la culpa, si deberá acreditar

---

<sup>74</sup> El artículo 1698 del Código Civil señala que: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

el nexo causal que une el hecho y el daño. Junto con ello es preciso recordar que la presunción de culpabilidad enunciada en el artículo 53 de la Ley 19. 300, es una presunción simplemente legal, de manera que el autor del daño siempre podrá acreditar que éste no se debió a su culpa o negligencia.

En ciertos regímenes de responsabilidad objetiva ambiental, se exige la prueba de la relación de causalidad<sup>75</sup>, prueba que al ser tan dificultosa en materia ambiental se ha suprimido en algunas legislaciones<sup>76</sup>, ya sea estableciendo presunciones del nexo causal o atenuando el grado de certeza que debe alcanzar el juez para dar por acreditado este elemento. Estas últimas alternativas son a nuestro juicio, las más adecuadas, pues estamos frente a un tema en el que el sistema de responsabilidad aplicable debe estar en tal grado reformado y adecuado a fin que resulte eficiente en la prevención y reparación de los daños ambientales.

E. Aplicación preferente de la responsabilidad objetiva en materia ambiental.

a. Objetivación de la responsabilidad ambiental.

En materia ambiental, al igual que en el derecho civil, se ha analizado y discutido la eficacia en la aplicación de un mecanismo de responsabilidad subjetiva, para lograr la reparación de los daños ambientales. Esta discusión da paso a la posibilidad de sustentar la responsabilidad ambiental en elementos de imputación objetivos, dando paso con ello a mecanismos de responsabilidad estricta o por riesgo.

---

<sup>75</sup> El régimen objetivo establecido por la Directiva 35 de 2004 de la Comunidad Europea en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales, establece en su artículo 4 N°5: “La presente Directiva sólo se aplicará a los daños medioambientales o a la amenaza de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso, cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos.

<sup>76</sup> Ejemplo de aplicación de presunciones de causalidad encontramos en la legislación alemana.

En un principio las legislaciones utilizaban como único fundamento para atribuir responsabilidad, la culpa o dolo, no existiendo responsabilidad sin culpa. La culpa, como se mencionó al tratar la responsabilidad subjetiva, consiste en la infracción a un deber de cuidado, a su vez los deberes de cuidado pueden estar establecidos por la ley o por el juez, en este último caso se realiza un análisis de la conducta del autor del daño comparando esta conducta con la que hubiera adoptado una persona de las características del autor y en sus mismas condiciones. Cuando el deber de cuidado está establecido por la ley, la culpa es llamada infraccional y se verifica por el sólo hecho de haber actuado infringiendo la ley, como por ejemplo cuando un vehículo cruza una calle con luz roja.

En materia ambiental la culpa infraccional resulta relevante, pues el hecho de actuar en cumplimiento de la normativa ambiental no asegura del todo la prevención de los daños ambientales. Ello porque la ley ambiental no es capaz de evitar en su totalidad la generación de daños ambientales, siendo casi imposible acreditar la culpabilidad cuando los daños son ocasionados dando cabal cumplimiento a las normas legales<sup>77</sup>. Esto fue reconocido por los estados, entendiéndose que la responsabilidad subjetiva no era suficiente como herramienta reparadora y preventiva de los daños ambientales, de ahí que se evolucione a regímenes de responsabilidad estricta.

De este modo, los sistemas subjetivos implican una injusticia para la víctima del daño, quien deberá probar la culpabilidad en actividades que además de irrogarle un perjuicio van en exclusivo beneficio del contaminante. Es por este motivo que se cambian los tradicionales elementos de imputación subjetivos, para pasar a la instauración de la responsabilidad estricta.

El proceso de objetivación de la responsabilidad ambiental ha sido reconocido por los tribunales españoles, de esta forma “el Tribunal Supremo de España, por sentencia de fecha 28

---

<sup>77</sup> María del Carmen Sánchez-Friera, al explicar la interpretación que la doctrina española ha realizado del artículo 1104 del Código Civil, disposición que regula la manera de apreciar la culpa en el juicio de reproche, señala que “la valorización de las circunstancias del artículo 1104 del CC, en el caso de daños producidos por instalaciones contaminantes, es importante porque significa que la diligencia no se agota en la observancia de las prescripciones reglamentarias ni en el cumplimiento de las condiciones fijadas en las autorizaciones de apertura de industria”, op. cit., p. 196.

de abril de 1992, en caso de daño por pérdida de aguas, estableció que la responsabilidad civil, basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, por imposición del artículo 1902 del Código Civil, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial, a partir de la STS del 1º de julio de 1943, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico, y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas consiguientes con el desarrollo de la técnica”<sup>78</sup>.

b. Daños ambientales para los cuales resulta apropiado el régimen de responsabilidad estricta.

Como se ha señalado, los daños ambientales pueden presentarse de distintas maneras, pudiendo presentar la forma de daños difusos, de causas múltiples o de daños continuos, estas variadas manifestaciones dificultan la aplicación de mecanismos de responsabilidad ambiental.

En este aspecto el Libro Blanco de la Unión Europea sobre responsabilidad ambiental, señala que “la responsabilidad no es un instrumento adecuado para los casos de contaminación generalizada, de carácter difuso, en que es imposible vincular los efectos negativos sobre el medio ambiente con las actividades de determinados agentes”<sup>79</sup>, como por ejemplo el calentamiento global provocado por las emisiones de dióxido de carbono. Es así como la Directiva 35 de 2004 señala que: “No es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar

---

<sup>78</sup> MOSSET, Jorge, op. cit., p.120.

<sup>79</sup> Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental, de 9 de febrero de 2000, COM (2000)66 final, p.13.

la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales”<sup>80</sup>

La doctrina ha planteado como posibles soluciones a la imposibilidad de la reparación ambiental, dos mecanismos uno es el seguro ambiental y otro el de fondos de compensación.

En cuanto al seguro ambiental se considera que no es una herramienta idónea para obtener la reparación de los daños ambientales, por cuanto exige que el daño ambiental sea consecuencia de un hecho imprevisible y azaroso, excluyendo todo riesgo de contaminación que sea progresivo y duradero<sup>81</sup>. Por otro lado, las compañías de seguro otorgan protección sólo a los empresarios que estén dando cumplimiento a la normativa ambiental y no a aquellos que transgreden las normas ambientales o que sus instalaciones no cumplen con los estándares ambientales.

Los fondos de compensación son una “institución de carácter público, privado o mixto, cuya misión fundamental es proveer a las víctimas de daños al medio ambiente de un derecho a la reparación frente al propio fondo<sup>82</sup>”. La finalidad de los fondos es proveer de los recursos financieros necesarios para que ningún daño quede sin reparación, la particularidad del fondo radica en que los recursos que lo integran son aportados por los contaminadores, quienes son compelidos a ello por el Estado. Se ha señalado que la reparación de los daños ambientales, a través de fondos de compensación resulta especialmente efectiva en aquellos casos en que no se pueden ejercer las acciones judiciales reparatorias, como sucede cuando no se ha identificado al causante del daño, siendo el fondo el que asuma los costos de la reparación cuando se acredite la

---

<sup>80</sup> DIRECTIVA 2004/35/CE, del Parlamento Europeo, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de los daños medioambientales, p. 2.

<sup>81</sup> El Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, al tratar la garantía financiera se refiere al seguro ambiental en los siguientes términos: “El seguro obligatorio se utiliza en algunos países estudiados, pero en general sólo en algunos sectores de riesgo especialmente elevado. Se trata, en particular, de las instalaciones nucleares, de algunos parajes que figuran en listas (en Francia y Alemania) y del tratamiento de los residuos tóxicos y peligrosos”, p. 39.

<sup>82</sup> HUTCHINSON, Tomás, op. cit., p.175.

verificación del daño y que éste proviene de la contaminación. Tomás Hutchinson señala además que “los mecanismos de financiación colectiva permiten además; acelerar los procesos de reparación y prevenir aquellos casos de insolvencia del responsable por razón de importancia de los daños ocasionados por la contaminación<sup>83</sup>”.

En consecuencia, es posible afirmar que existen ciertos tipos de daños ambientales que no podrán ser reparados por medio de un sistema de responsabilidad ambiental, estas limitaciones aumentan de acuerdo a los elementos requeridos para configurar la obligación de reparación. Es así como en un sistema de responsabilidad subjetiva serán mayores las exigencias para hacer responder al contaminador que en uno de corte objetivo. Junto a lo anterior, debemos tener presente que en algunos sistemas de responsabilidad objetiva se exige acreditar la relación de causalidad y en otros este elemento se presume atendida la probabilidad de ocurrencia del daño. En el sistema objetivo instaurado por la Unión Europea, a partir de la Directiva 35 de 2004, es preciso acreditar la relación de causalidad entre el hecho y el daño, por lo tanto el sistema de responsabilidad será útil para la reparación sólo de aquellos daños en los que se ha logrado probar este elemento. Es por ello que el Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental señala que el sistema de responsabilidad ambiental objetivo es útil para la reparación de los daños ambientales, cuando se conoce el autor o autores responsables, cuando se trata de un daño concreto y cuando se puede acreditar la relación de causalidad entre el actuar de los contaminadores y el daño. Siendo adecuado el sistema para los “daños provenientes de accidentes industriales o por la contaminación gradual causada por sustancias peligrosas o residuos vertidos al medio ambiente por fuentes identificables”<sup>84</sup>.

En España con la dictación de la Ley 26/2007 de 23 octubre del año 2007, se instauró un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo, aplicable a los daños a las aguas, al suelo, los daños a la ribera del mar, a la flora y fauna silvestres presentes permanente o temporalmente en España, así como también a sus hábitats. El régimen de responsabilidad español se estructura en tres ámbitos de responsabilidad: i) En primer lugar

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>84</sup> Libro Blanco, *op. cit.*, p. 39.

establece un régimen de responsabilidad objetivo en virtud del cual el operador de una actividad económica de las enumeradas en el anexo III de la ley y ocasione daños ambientales o amenaza de que dichos daños se produzcan, tiene la obligación de adoptar las medidas de prevención, de evitación o de reparación contempladas por la ley. ii) En segundo lugar se regula un régimen de responsabilidad también objetivo, pero de alcance sectorial más amplio, el cual afecta a las amenazas de daños ambientales ocasionados por cualquier tipo de actividad económica, esté incluida o no en el anexo III de la ley. Este régimen sólo requiere la adopción de medidas de prevención o de evitación de los daños ambientales. iii) En tercer lugar, se regula un régimen de responsabilidad subjetiva que incluye los daños y las amenazas de daños ambientales ocasionados por cualquier tipo de actividad económica, esté o no incluida en el anexo III de la ley, y que obliga a adoptar las medidas de prevención, evitación y reparación de los daños ambientales reguladas por la ley. En este aspecto la ley española amplió los recursos naturales protegidos, respecto de los contemplados por la Directiva 35/2004, extendiendo la protección a los daños al suelo, al agua y a la ribera del mar. El carácter objetivo del régimen de responsabilidad ambiental se refuerza con una presunción de causalidad, en virtud de la cual se considera que las actividades económicas del anexo III de la ley, han causado el daño o la amenaza de daño, cuando por su naturaleza intrínseca o la forma en la que han sido desarrolladas sean apropiadas para causarlo. En último término resulta importante señalar que la ley nueva española sobre responsabilidad ambiental no es aplicable a los daños que sufran los particulares, en su persona, bienes o derechos a consecuencia de los daños ambientales, sin embargo cuando los bienes afectados tengan simultáneamente la condición de bien medioambiental y bien de propiedad privada, la reparación puede realizarse al amparo de la nueva regulación<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Ley 26/2007. ESPAÑA. Responsabilidad Medioambiental. Boletín Oficial del Estado N°255, Ministerio de la Presidencia, Madrid, España, octubre de 2007, p. 22.

F. Ámbitos de aplicación de la responsabilidad objetiva por daños al medio ambiente.

a. Ámbito material.

La responsabilidad objetiva, tal como se ha venido señalando a lo largo de este trabajo, surge con la revolución industrial y el desarrollo de la técnica, procesos que aumentan las probabilidades de causar daños a terceros, sobre todo cuando se trata de la realización de actividades peligrosas o el manejo de sustancias nocivas. De manera que la responsabilidad objetiva se aplica a los daños producidos por actividades peligrosas o sustancias peligrosas. Sin embargo, se ha señalado que en “determinadas circunstancias el daño ambiental puede ser el resultado de una actividad que, en principio, no tiene por qué ser peligrosa en sí misma o provenir del empleo inadecuado de una sustancia inocua<sup>86</sup>”.

Surge por tanto la pregunta, de si la responsabilidad objetiva se imputa sólo a quien ejecuta una actividad peligrosa o manipula sustancias nocivas, o si por el contrario la obligación de reparar se genera por la sola constatación del hecho lesivo, haciendo prevalecer el factor riesgo, con independencia de la peligrosidad de la actividad o sustancia de que se trate.

En la generalidad de los ordenamientos jurídicos que han implementado sistemas de responsabilidad estricta en materia ambiental, se ha condicionado la obligación reparatoria a la existencia de una actividad peligrosa o sustancia nociva. De hecho las primeras aplicaciones de este régimen de responsabilidad responden a casos de actividades riesgosas, como por ejemplo el manejo de energía nuclear o el transporte de sustancias peligrosas como es el caso de los hidrocarburos.

Dentro del ámbito de aplicación material, se han tenido en cuenta tradicionalmente dos criterios que sirven de base a los regímenes de responsabilidad objetiva: en primer lugar está la

---

<sup>86</sup> GOMIS, Lucía, op. cit., p.105.

ejecución de una actividad peligrosa y en segundo lugar la manipulación, manejo o transporte de sustancias peligrosas.

#### a.1. Sustancias peligrosas.

En este criterio el riesgo proviene de la sustancia o material que se manipule, en el caso de la energía nuclear son sustancias peligrosas el combustible nuclear, los desechos radiactivos y las sustancias nucleares. Se cuentan también como sustancias peligrosas los hidrocarburos, siendo el transporte marítimo de éstos la actividad generadora de riesgo. Se mencionan también los residuos y los organismos genéticamente modificados.

Las dificultades de aplicación de este criterio están representadas por la caracterización como peligrosa de una determinada sustancia, así como también del método utilizado para determinar estas sustancias.

En la mayoría de los casos, como sucede con la energía nuclear y los hidrocarburos, se tiene delimitada la sustancia peligrosa, pero en otros, como el de los residuos peligrosos, no se tiene claro cuáles son las sustancias consideradas nocivas o peligrosas. Frente a este problema las legislaciones han optado por la implementación de sistemas de lista cerrada, que consisten en una enumeración de las sustancias, que por la legislación respectiva son consideradas como peligrosas. Este mecanismo “otorga certeza y seguridad jurídica al operador económico”<sup>87</sup>, ya que otorga claridad respecto de la aplicación de la responsabilidad ambiental, la que está determinada por la presencia en la actividad de una sustancia nociva. Como toda lista, incurre en la deficiencia de que se excluyan ciertas sustancias peligrosas, escapando por lo tanto de la aplicación del sistema objetivo, lo que atenta con su eficacia práctica.

Es problemático también cuando se trata de sustancias que en principio no son peligrosas, pero que si se presentan en cantidades determinadas son capaces de ocasionar daños

---

<sup>87</sup> *Ibíd*em, p.108.

ambientales<sup>88</sup>. Es por ello que se ha planteado que es “preferible dejar la lista abierta para dar cabida a aquellas sustancias que sin poseer el carácter inherente de peligrosidad pueden ser la causa de un daño potencial”<sup>89</sup>.

#### a.2. Actividades peligrosas.

Atendidas las dificultades generadas con la aplicación del criterio de las sustancias peligrosas, es que la mayoría de las legislaciones optan por el criterio del ejercicio de actividades peligrosas.

Se consideran como actividades peligrosas, la explotación nuclear, el transporte de hidrocarburos o mercancías peligrosas, la producción y gestión de residuos; y el manejo de sustancias peligrosas y de organismos alterados genéticamente. De las actividades enunciadas se depende que en ciertos casos la peligrosidad de la actividad estará determinada por la presencia de una sustancia peligrosa. De manera que en la práctica ambos criterios, el de las sustancias peligrosas y el de las actividades peligrosas, confluirán para servir de base a un sistema de imputación objetiva.

El Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas para el medio ambiente, se ha señalado como uno de los más claros ejemplos de combinación de criterios respecto de actividades peligrosas y sustancias peligrosas<sup>90</sup>. Este Convenio aplica un sistema de responsabilidad estricta para los daños ocasionados por el ejercicio de actividades peligrosas, señalando cuatro categorías de actividades peligrosas:

---

<sup>88</sup> El Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimientos de desechos y otras materias, aprobado por el DL N° 1809 de 26 de mayo de 1977, contempla en el anexo 1 un listado de sustancias cuyo vertimiento en el mar está prohibido.

<sup>89</sup> GOMIS, Lucía, op. cit., p.108.

<sup>90</sup> *Ibíd*em, p.110.

1. Producción, manipulación, almacenamiento, utilización o vertido de sustancias peligrosas.
2. Producción, cultivo, almacenamiento, utilización, destrucción, eliminación, liberación u otra operación con organismos genéticamente modificados y microorganismos que presenten un riesgo significativo para el hombre, el medio ambiente y los bienes.
3. Explotación de una instalación o de una planta de incineración, de tratamiento, de manipulación o de reciclado de residuos.
4. Explotación de una planta de depósito permanente de residuos.

b. Ámbito temporal.

En cuanto al ámbito de aplicación temporal, la discusión se centra en la posibilidad de aplicar el mecanismo de responsabilidad objetiva de manera retroactiva. En general, los ordenamientos de predominio objetivo contemplan un sistema que opera sólo para el futuro, la excepción a ello lo constituye el sistema norteamericano<sup>91</sup>. Para rechazar la aplicación de la responsabilidad estricta con carácter retroactivo, se ha argumentado, que ésta no cumpliría con la finalidad preventiva que la caracteriza, consistente en la incitación al eventual contaminador de tomar todas las medidas necesarias para evitar la contaminación, teniendo en vista las consecuencias pecuniarias que se originarían de verificarse los daños ambientales. Este fin preventivo no se cumpliría ya que el contaminador sólo podrá optar por un actuar más responsable en la medida que tenga conocimiento de las consecuencias de un régimen de responsabilidad estricta, lo que no ocurre cuando éste se aplica a las actividades contaminantes llevadas a cabo con anterioridad a su puesta en marcha.

Por otro lado se ha señalado que la aplicación de la retroactividad supone una contradicción con los principios que informan un Estado de Derecho, dentro de los que se cuenta la certeza jurídica.

---

<sup>91</sup>El sistema norteamericano es de responsabilidad objetiva absoluta y retroactivo, está basado en la “obligación de descontaminar el bien contaminado frente a la autoridad pública (E.P.A.), no crea ninguna acción frente a los perjuicios personales, únicamente permite la recuperación de los gastos de limpieza y los daños al medio ambiente”, ibídem, p.128.

El sistema de responsabilidad objetivo si se aplica con carácter retroactivo, supone la reparación de los daños históricos o pasados, ya que se aplicaría el sistema de responsabilidad a sucesos que han originado un daño ambiental, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley que instaura el nuevo modelo de reparación. De acuerdo a la generalidad de la doctrina<sup>92</sup> el régimen de responsabilidad estricta no debe ser retroactivo, impidiéndose su aplicación a la reparación de los daños históricos.

El Libro Blanco Sobre Responsabilidad Ambiental de la Unión Europea, recomienda la instauración de un sistema de responsabilidad que se aplique sólo a los daños futuros, esto por razones de seguridad jurídica y confianza legítima, conforme a ello el Libro Blanco recoge las opiniones de la doctrina en la materia. Posteriormente la Directiva 35 de 2004 en su artículo 17<sup>93</sup>, consagra la aplicación del sistema de responsabilidad ambiental, sólo para los daños ocasionados con posterioridad a su entrada en vigencia.

Frente a la imposibilidad de aplicación de la responsabilidad ambiental a los daños históricos, se ha mencionado como solución la instauración de mecanismos alternativos de indemnización, sustentados en la iniciativa pública y en la solidaridad colectiva. Así también lo ha contemplado el Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, que al referirse a los daños pasados, indica que los Estados deberán afrontar las consecuencias de la contaminación originada en el pasado, por medio de mecanismos de financiamiento, que se adapten a su situación nacional, teniendo en cuenta para ello las características de los lugares contaminados, la naturaleza de la contaminación y el costo de las actividades de limpieza.

---

<sup>92</sup> Lucía Gomis Catalá al respecto señala: “Una hipotética aplicación retroactiva en términos estrictos del mecanismo de la responsabilidad objetiva gozaría, al menos, de tres graves defectos (...) nos encontraríamos, efectivamente, ante una solución injusta, ineficaz y de difícil aplicabilidad práctica”. GOMIS, Lucía, *ibídem*, p.113.

<sup>93</sup> DIRECTIVA 35/2004, Op. Cit., p. 9, artículo 17: “La presente Directiva no se aplicará a: los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido antes de la fecha indicada en el apartado 1 del artículo 19; los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido después de la fecha indicada en el apartado 1 del artículo 19, cuando éstos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha; los daños, si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar la emisión, suceso o incidente que los produjo.”

## **1.2. Sistema de responsabilidad ambiental objetiva, como manifestación del principio contaminador-pagador.**

### A. Antecedentes del principio quien contamina paga.

#### a) Fundamentos.

El principio contaminador-pagador surge en 1972 a partir de una recomendación<sup>94</sup> de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>95</sup>, que establece los principios rectores relativos a los aspectos económicos de las políticas de medio ambiente en el ámbito internacional, siendo su principal objetivo evitar el desequilibrio económico en el comercio, generado por la no internalización de los costes de la contaminación en los procesos productivos. En dicha recomendación la OCDE pone de manifiesto el carácter limitado de los recursos naturales y la escasez que se deriva de su uso en actividades de producción y consumo, generándose con ello un deterioro ambiental, que es preciso tomar en cuenta dentro de los costos de producción, para que con ello esta escasez y deterioro se vea reflejada en los mercados, sin desvirtuar la competencia.

Para el profesor Rafael Valenzuela, la fundamentación del principio se encuentra en que “el aprovechamiento de los bienes comunes como bienes libres desde el punto de vista de su utilización, y gratuitos en cuanto a su costo de uso o explotación, ha conducido a un creciente

---

<sup>94</sup> Recomendación del Consejo sobre principios directores relativos a aspectos económicos internacionales de las políticas ambientales, de 26 de Mayo de 1972 C (72) 128.

<sup>95</sup> La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE (OECD siglas en inglés) es una organización internacional intergubernamental, formada en 1960 que reúne a los países más industrializados de economías de mercado. En la OCDE los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los países no miembros.

deterioro del medio ambiente”<sup>96</sup>, buscando incorporar a los procesos productivos los gastos que implica llevar a cabo las medidas necesarias para evitar el deterioro ambiental.

El año 1974 el Consejo de la OCDE aprueba una nueva recomendación<sup>97</sup>, esta vez relativa a la implementación del principio contaminador-pagador, en ella se expresa que la aplicación uniforme de este principio, mediante la adopción de una base común para la política ambiental de los países miembros de la Unión, fomentaría el uso racional de los recursos y al mismo tiempo prevendría la aparición de distorsiones en el comercio y en el mercado internacional.

De todo lo anterior se colige que el principio contaminador-pagador nace a partir de una necesidad, configurada por los desequilibrios económicos derivados de la adopción de políticas públicas ambientales. En respuesta a esta necesidad, es que la OCDE adopta este principio económico, para que con ello se nivelen los mercados internacionales, igualando las condiciones de competencia.

Como se mencionó hay quienes consideran que el principio contaminador-pagador surge con el objeto de contrarrestar el deterioro del medio ambiente, generado a partir de su utilización gratuita como fuente de recursos. La utilización gratuita de los recursos naturales se resume en la teoría de los bienes comunes, según la cual “los elementos del ambiente, no pertenecen a nadie y pueden por lo mismo ser utilizados por todos sin que nadie pueda alegar derechos exclusivos sobre ellos, tal es el caso del alta mar y la atmósfera (...). Atendida su condición de comunes, estos bienes son libres desde el punto de vista de su utilización y gratuitos desde la perspectiva del costo de su uso o explotación, lo que significa que cualquiera puede usarlos o sacar de ellos el provecho que desee sin tener para ello y por ello que pedir permiso ni pagar nada a nadie”<sup>98</sup>. Esta concepción se mantiene hasta la era de la industrialización, periodo en el que se evidencia el carácter finito de estos bienes y los perjuicios que se derivaban de su explotación irracional,

---

<sup>96</sup> VALENZUELA, Rafael. El que contamina paga. Revista de la CEPAL. N°45. Naciones Unidas-Comisión Económica para América, p. 12, 1991.

<sup>97</sup> Recomendación del Consejo acerca de la implementación del principio contaminador-pagador, de 14 de Noviembre de 1974. C (74) 223.

<sup>98</sup> *Ibíd.*

pese a lo anterior no se toma de inmediato conciencia de ello, ya que para el explotador serían mayores los beneficios que los perjuicios generados con su actividad, teniendo en cuenta que éstos se distribuyen entre toda la colectividad. Junto con lo anterior se argumentaba que si se disminuía la presión sobre estos bienes, al ser gratuito su uso, el margen de beneficio podría ser explotado por otros agentes, los que obtendrían una mayor ganancia al explotar bienes en mayor cantidad o mejor calidad. Esto ha servido de base para sostener que la sobreexplotación de los recursos naturales se debe más a su carácter gratuito que común, debido a que si aún siendo comunes se les hubiera asignado un precio, precio que influyera en los costos de producción, la comparación beneficio-perjuicio habría desalentado en cierta medida su sobreexplotación. Teniendo en cuenta esta problemática y con el objeto de evitar la sobreexplotación de los recursos naturales y los desequilibrios en el mercado, generados con el uso gratuito de los recursos, tiempo después surgió el principio de quien contamina paga. De manera que el uso de los recursos naturales, dejó de ser gratuito al imponerse la obligación al agente económico de cargar con los costos ambientales generados con su actividad. En consecuencia, el deterioro generado con la actividad económica, ya no era soportado por la comunidad toda, sino que por quien obtenía un beneficio económico del recurso que explotaba.

En la Comunidad Europea el principio de quien contamina paga se recoge en 1973, a partir del primer programa de acción comunitario en materia de medio ambiente, programa que nace a su vez impulsado por la Conferencia de París de 1972, momento en el cual los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea acuerdan integrar el medio ambiente al desarrollo económico, el era en ese entonces su objetivo<sup>99</sup>. Así lo refleja el mencionado programa, al disponer que “la expansión económica, que no constituye un fin en sí misma, ha de permitir prioritariamente atenuar la disparidad de las condiciones de vida. Dicha expansión habrá de proseguirse con la participación de todos los interlocutores sociales. Habrá de conducir a la mejora de la calidad y del nivel de vida. En consonancia con el espíritu europeo, habrá de

---

<sup>99</sup> PRIMER Programa de Acción Comunitario en materia de medio ambiente. Reflejo del consenso alcanzado en la época es lo que se menciona en uno de los considerandos del Programa: “Considerando que los jefes de Estado o de gobierno reunidos en París, en la conferencia de la cumbre de 19 y 20 de octubre de 1972 destacaron la importancia que reviste una política de medio ambiente en la Comunidad y que, a este fin, invitaron a las instituciones a establecer, antes del 31 de julio de 1971, un programa de acción con un calendario preciso”.

otorgarse una atención especial a los valores y bienes no materiales y a la protección del medio ambiente con el fin de que el progreso esté al servicio de los hombres”<sup>100</sup>.

En cuanto al principio contaminador-pagador, el Programa se refiere a él en el Título II que regula los principios que han de regir el actuar de la Comunidad Económica Europea en materia ambiental, señalando que los “costos ocasionados por la prevención y la supresión de las perturbaciones de los daños incumbirán, por principio, al causante de la contaminación”. Posteriormente en el Capítulo 1, referido a las acciones encaminadas para reducir la contaminación, hace mención al principio contaminador - pagador como un principio que es preciso tener presente al evaluar los costos de la contaminación. Luego señala la necesidad de precisar el principio contaminador - pagador, con el fin de evitar las distorsiones en el mercado.

De todo lo expresado podemos decir que el principio contaminador - pagador en el Primer Programa de Acción Europeo surge como un instrumento económico, que tiene por objetivo impedir el desequilibrio del mercado entre los países miembros de la entonces Comunidad Económica Europea.

La Comunidad Europea, precisó el contenido del principio en una Recomendación del año 1975<sup>101</sup>, en ella se expresa que el objetivo de este principio es evitar que distorsiones de la competencia, afecten los intercambios e inversiones, lo que sería incompatible con el buen funcionamiento del mercado común. De manera que resulta necesario imputar los costos de la contaminación conforme a principios equivalentes en toda la comunidad.

El principio contaminador-pagador surge así como una directiva de carácter económico, que se traduce en la internación de las externalidades ambientales negativas a los procesos productivos, con el fin de evitar distorsiones en la competencia de los mercados, ya que si la política ambiental no se estructura sobre la base de la imputación de los costes ambientales por

---

<sup>100</sup> *Ibíd.*

<sup>101</sup> Recomendación del Consejo de 3 de marzo de 1975, relativa a la imputación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente. 75/436/EURATOM, CECA, CEE. Diario Oficial N°L 194 de 25/03/75, p.0001-0004.

parte de los responsables de la contaminación, los gastos derivados de la misma deberán ser afrontados por el Estado directamente o mediante ayudas a las empresas, generando con ello tratamientos diferenciados que favorecerían a algunos países, regiones o productores individuales, alterando la competencia. “Sin embargo, un sistema que impute de manera uniforme los costos derivados de la contaminación ambiental a las empresas directamente responsables del mismo evitaría esta consecuencia. Cualquier actividad que provoca un daño ambiental crea una deseconomía externa, ya que impone a los terceros ajenos a la actividad lesiva algunos costos sociales de los que viene exonerado el sujeto agente del daño y que, en consecuencia, no los deberá contabilizar como propios al desarrollo de su actividad empresarial<sup>102</sup>”

#### b) Evolución histórica.

Como se dijo al tratar los fundamentos del principio contaminador-pagador, éste surge en 1972 en la OCDE, para luego ser adoptado por la Comunidad Europea en 1974. En esos momentos el principio se entiende como uno de contenido y finalidad netamente económicos, ya que surge con el objeto de evitar un desequilibrio en los mercados mediante la implementación de diversos instrumentos económicos. Con el tiempo el principio evoluciona, hasta el punto de que hoy en día se sigue discutiendo su contenido y naturaleza jurídica. Este proceso de evolución es el que a continuación explicaremos.

En sus comienzos el principio se concibe como un instrumento de política económica, que consiste en imputar al contaminador los costes de las medidas de prevención y de lucha contra la contaminación, contemplando este costo en los procesos productivos, de manera de verse reflejado en el precio final del producto<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Citado por Macarena Muñoz en: El principio quien contamina paga, a la luz de la legislación medioambiental chilena, Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado, p. 4.

<sup>103</sup> El párrafo 4 del anexo de la Recomendación de la OCDE de 26 de mayo de 1972 establece que el contaminador deberá permitir que se le imputen los costes de prevención y lucha contra la contaminación para que el medio ambiente se halle en un estado aceptable. Es decir el coste de estas medidas debería

En la Comunidad Europea las primeras consagraciones del principio también van dirigidas a contemplarlo como una directiva de carácter económico. Manifestación de ello son el I y II Programas de Acción Comunitarios Relativos al Medio Ambiente, en los que el “énfasis del principio se centra en la necesidad de evitar el falseamiento de la competencia y la distorsión del mercado”<sup>104</sup>. Con el III y IV Programa de Acción, el principio aparece como un instrumento de política ambiental cuyo fin es incentivar un actuar respetuoso con el medio ambiente, al tiempo que se le considera como un principio informador de toda la política ambiental europea.

En 1986 se dicta el Acta Única Europea, que tiene como objetivo introducir un nuevo título en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, por medio de esta modificación se le reconoce competencia a la Comunidad en materia de medio ambiente y con ello se adoptan los principios fundamentales con arreglo a los cuales se regirá su actuar. El principio de quien contamina paga se consagra plenamente en el artículo 130 R que dispone: “La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente (...) se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”<sup>105</sup>.

El cambio más radical en la concepción del principio se evidencia con el V Programa de Acción, ya que en éste se manifiesta la relación que existe entre el principio contaminador-pagador y la responsabilidad ambiental. Con ello el principio se expande más allá de su concepción económica a una normativa, como principio jurídico relacionado a un sistema de responsabilidad ambiental que sea eficaz en la prevención y reparación de la contaminación. Se ha señalado por la doctrina que en la Recomendación del Consejo de la OCDE de 7 de julio de 1989, sobre la aplicación del principio contaminador-pagador a las contaminaciones accidentales, recoge de cierta manera esta nueva concepción del principio, al imputar al explotador de una actividad peligrosa, en caso de contaminación accidental no sólo los costos de

---

repercutir en el coste de los bienes y servicios que son el origen de la contaminación por el hecho de su producción o consumo.

<sup>104</sup> GOMIS, Lucía, op. cit., p. 94.

<sup>105</sup> Título XVI Tratado Constitutivo Comunidad Económica Europea.

las medidas de prevención sino también de las destinadas a la reparación de los daños ocasionados<sup>106</sup>.

En el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental, así como en la Directiva que se elaboró a partir de éste, se refuerza la idea de relacionar el principio contaminador-pagador con el sistema de responsabilidad ambiental, entendiendo que la instauración de dicho sistema implica la aplicación de este principio del derecho y de los demás reconocidos en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea<sup>107</sup>, de ahí que uno de los principales argumentos para la aplicación del régimen comunitario de responsabilidad estricta, sea precisamente dar cumplimiento a uno de los principios informadores de la política ambiental europea.

Según la Directiva 2004/35 de la Unión Europea sobre Responsabilidad Ambiental (“Directiva”), la prevención y reparación de los daños medioambientales debe llevarse a cabo mediante el fomento del principio con arreglo al cual “quien contamina paga”, de manera de dar cumplimiento al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que consagra este principio como uno de los orientadores de toda la política ambiental.

Consecuente con lo expresado acerca de la consagración del principio en la Unión Europea y en la OCDE, podemos señalar que se produce una ampliación de su contenido, extendiéndolo al ámbito de la responsabilidad ambiental. Este fenómeno se expresa con toda claridad en la normativa europea, que en sus últimos instrumentos jurídicos, le ha dado aplicación por medio de la implementación de un sistema de responsabilidad estricta, que a su juicio es más eficaz en la reparación de los daños ambientales.

---

<sup>106</sup> GOMIS, Lucía, *ibídem*, p. 97. Ver: Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a la aplicación del principio contaminador-pagador a la contaminación accidental, C (89)88/Final.

<sup>107</sup> El Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental señala a este respecto que “La responsabilidad medioambiental constituye un medio de aplicación de los principios fundamentales de política ambiental recogidos en el Tratado CE (apartado 2 del artículo 174) y, en particular, del principio de “quien contamina paga”.

c) Contenido y naturaleza jurídica.

Como se dijo, el principio contaminador-pagador consiste básicamente en imputar al contaminador los costos de prevención de la contaminación, mediante la incorporación de estos costos en los procesos productivos. De manera que se “busca incorporar a los costos internos de las actividades o procesos productivos aquellos costos que actualmente son externos a ellos y que generan deseconomías sociales, es decir, incorporar las externalidades ambientales negativas”<sup>108</sup>.

En la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas de 3 de Marzo de 1974<sup>109</sup>, se le otorga el mismo alcance al principio, señalando la obligación que pesa sobre el responsable de la contaminación de soportar los gastos necesarios para evitarla o reducirla, con la finalidad de cumplir las normas ambientales, evitando así que la política ambiental se base en subvenciones y ayudas estatales que trasladen los costos ambientales a toda la colectividad. Conforme a ello el principio contaminador-pagador consiste en un mecanismo de imputación de costos, que permite trasladar los gastos de la contaminación desde la sociedad al contaminador, con el objetivo de que las medidas tendientes a prevenir el deterioro ambiental se reflejen efectivamente en los costos de producción. Con este mecanismo se nivelan las políticas públicas de imputación de costos, mejorando así la competencia en los mercados.

---

<sup>108</sup> VALENZUELA, Rafael, op. cit., p. 1. Según este autor se está ante una externalidad negativa cada vez que los actos de un agente social inflingen un daño o costo a otro sin concederle por ello retribución alguna.

<sup>109</sup> Recomendación del Consejo 75/436 EURATOM, CECA, CEE, de 3 de marzo de 1975, relativa la imputación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente. En el anexo presentado por la Comisión número 2, se señala que: “Tanto las Comunidades Europeas, a escala comunitaria, como los Estados miembros, en sus respectivas legislaciones nacionales en materia de protección del medio ambiente, deben aplicar el principio de “quien contamina , paga”, con arreglo al cual las personas físicas o jurídicas, sean de Derecho privado o público, responsables de una contaminación, deben pagar los gastos de las medidas necesarias para evitar la contaminación o para reducirla con el fin de cumplir las normas y las medidas equivalentes que permitan alcanzar los objetivos de calidad o, en caso de que no existan estos objetivos, con el fin de cumplir las normas y medidas equivalentes establecidas por los poderes públicos.

Entendido de esta manera el principio, se le ha atribuido una finalidad preventiva, ya que al imputar los costos de prevención de la contaminación a sus causantes, se les incentiva a reducir sus niveles de contaminantes o a adoptar tecnologías limpias y con ello fomentar el uso racional de los recursos naturales. En la medida que sea menos costoso no contaminar que hacerlo, las empresas buscarán y preferirán optar por una producción más respetuosa con el medio ambiente. Lo que se logra con la aplicación del principio es que, “internalizado que sea el costo por el uso de los bienes comunes, sea más caro explotarlos y por lo tanto menos intensivo su uso, o bien, que dado el costo real de utilizarlos en la producción se busque hacer de ésta un proceso más eficiente con el uso de tecnologías amigables con el medio ambiente, todo lo cual redundará en que los bienes que lo integran no sufran deterioros imposibles de revertir”<sup>110</sup>.

Si entendemos que el principio de “quien contamina paga”, se hace efectivo por medio de la internación de las externalidades ambientales negativas, de acuerdo a los postulados de la OCDE, estaríamos frente a una directiva de orden económico más que a un principio jurídico. Sin embargo parte de la doctrina lo considera como un principio general del derecho, basándose principalmente en el tratamiento que se le ha dado en el ámbito comunitario, como principio informador de la política ambiental europea.

Como se ha señalado, el principio ha sufrido una clara evolución en su contenido a medida que es introducido en la legislación comunitaria europea, es así como se ha ampliado relacionándolo con el sistema de responsabilidad ambiental, entendiendo que su aplicación se puede lograr por medio de la implementación de un sistema de responsabilidad ambiental de carácter objetivo. Con ello, el principio ya no sólo tiene un fin preventivo de la contaminación, sino también reparador, operando ex ante y ex post al deterioro ambiental, atribuyendo al agente contaminante no sólo los costos derivados de las medidas preventivas de la contaminación, sino

---

<sup>110</sup> MUÑOZ, Macarena, op. cit., p. 4. Al referirse al carácter preventivo del principio, Rafael Valenzuela señala: “Tras el principio subyace la convicción de que, en la medida que los contaminadores se vean obligados a asumir los costos de las externalidades que provocan, se verán indirectamente incitados a reducir los efectos contaminantes de sus actividades, recurriendo por ejemplo, al empleo de materias primas o a la utilización de tecnologías menos deteriorantes del medio ambiente”. VALENZUELA, Rafael, op. cit., p. 30.

también los costos generados con la reparación del medio ambiente dañado. Ampliado que sea el contenido del principio se le va a otorgar un rol preventivo y reparador de la contaminación ambiental. En este sentido se ha afirmado que: “el principio no significa en absoluto que el contaminador deberá pagar exclusivamente el costo de las medidas de prevención y lucha contra la contaminación decididos por los poderes públicos, cualesquiera que ellos sean, ya se traten de medidas de prevención, de restauración o de una combinación de las dos”<sup>111</sup>.

En la doctrina nacional también se ha dado esta discusión, así para el profesor Rafael Valenzuela, “el principio no se refiere a la responsabilidad que pueda recaer sobre los contaminadores por los daños ambientales que causen con la contaminación. No postula que quien cause perjuicios al contaminar debe responder por ellos, convirtiéndose en algo así como una denominada Ley del Talión. La obligación de indemnizar los daños causados por la contaminación existe, por supuesto, pero no tiene su fuente en este principio sino en las reglas generales sobre responsabilidad civil extracontractual”<sup>112</sup>. En cuanto a la naturaleza del principio, considerando que su implementación se traduce en la internación de las externalidades ambientales negativas, este autor le confiere un carácter fundamentalmente económico más que jurídico.

Por otro lado, están quienes consideran que el principio de quien contamina paga en términos más amplios, contemplando su carácter reparatorio<sup>113</sup>. Tomás Hutchinson al referirse a los fundamentos de la responsabilidad objetiva ambiental, señala que: “Quien contamina paga” debe

---

<sup>111</sup> PONTE IGLESIAS M.T., citado por GOMIS, Lucía, op. cit., p. 97.

<sup>112</sup> VALENZUELA, Rafael, op. cit., p. 7.

<sup>113</sup> Macarena Muñoz Valenzuela a este respecto señala que: “A pesar de la aparente simpleza, este principio de acuerdo a sus orígenes y a la generalizada opinión de la doctrina del derecho medioambiental, nos dice algo distinto, o al menos más amplio de lo que la primera mirada puede hacer pensar: El costo de la contaminación debe asumirse por quien se beneficia de ella, ya sea tomando todas las medidas necesarias para impedirla o reducirla, ya sea minimizando o reparando en su totalidad sus efectos, una vez ocurrida. Entonces, para entender el principio y descubrir su verdadera dimensión en nuestra legislación, debemos analizarlo en la doble perspectiva que le es propia: la preventiva y la reparatoria”. MUÑOZ, Macarena, op. cit., p. 3.

ser, a mi juicio el principio rector de esta responsabilidad; debe ser la base jurídica de la que parta todo el sistema de responsabilidad”<sup>114</sup>.

A nuestro juicio, es innegable el carácter reparatorio del principio contaminador-pagador, ya que si el derecho ambiental está en constante evolución, los cambios en la concepción de sus principios jurídicos resultan absolutamente verosímiles, especialmente si tenemos en cuenta la creciente demanda de soluciones más eficaces en la protección del medio ambiente.

Al entender al principio en su faz reparatoria, éste surge como el fundamento último del régimen de responsabilidad ambiental estricta, al ser considerado este sistema como el más eficaz en la reparación de los daños ambientales.

En este trabajo optaremos por entender que el principio quien contamina paga tiene una doble dimensión, la primera expresada por su carácter preventivo y económico, y la segunda determinada por su faz reparadora, como fundamento de la responsabilidad ambiental. En este sentido, al otorgar un doble carácter al principio de quien contamina paga, integramos su faz reparatoria, lo que nos permitiría argumentar en pro de la aplicación de un régimen de responsabilidad estricta en materia ambiental.

---

<sup>114</sup> HUTCHINSON, Tomás, op. cit., Tomo II, p.20.

B. Mecanismos de aplicación del principio quien contamina paga.

a) Mecanismos de aplicación del principio quien contamina paga, en la Comunidad Económica Europea y en la OCDE.

A. Aplicación del principio “Quien Contamina Paga” como mecanismo de internación de las externalidades negativas en las actividades contaminantes.

De acuerdo a la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas de 3 de marzo de 1975, los principales instrumentos de que disponen los Estados para dar aplicación al principio son las normas y los cánones.

a) Las normas.

Dentro de las normas es posible distinguir: i. las normas de calidad ambiental, ii. las normas de producto y iii. las normas de proceso.

- i. Las normas de calidad ambiental son aquellas que prescriben, mediante procedimientos jurídicos coercitivos, los niveles de contaminación o de perturbación que no deberán sobrepasarse en un medio o parte de un medio determinado<sup>115</sup>.

La ley 19. 300 de Bases Generales del Medio Ambiente en su artículo 2 clasifica las normas de calidad ambiental en primarias y secundarias. De acuerdo a esta ley la “norma primaria de calidad ambiental es aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población”, asimismo define la norma secundaria de calidad ambiental como “aquella que establece los

---

<sup>115</sup> Recomendación del Consejo de Comunidades Europeas, op. cit., Anexo 4 p, letra a) i.

valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza”.

- ii. Las normas de producto pueden estar enfocadas a:
  - a. Determinar los límites de los niveles de contaminantes o perturbaciones que no podrán ser sobrepasados en la composición de un producto o en las emisiones que la fabricación de un producto genere.
  - b. Establecer las características del proceso de fabricación de un producto y sus modalidades de aplicación.
  - c. Contener especificaciones referidas a los métodos de prueba, al envasado, a las marcas y a las etiquetas de los productos.

En Chile la ley N° 19.300 al tratarse de una ley Base de Medio Ambiente, no establece normas específicas aplicable a la elaboración o rotulado de los productos, sin embargo podemos observar la aplicación de este tipo de normas en el Sistema de Gestión Ambiental 14001, implementado por la Conaf y que tiene por objeto que la pequeña y mediana empresa forestal oriente sus actividades a un manejo sustentable de su recurso. Un sistema de gestión ambiental corresponde a un ciclo de planificación, implementación y revisión de las actividades que realiza una empresa forestal. Este ciclo es de carácter continuo y con él se busca lograr un mejoramiento del desempeño ambiental de la empresa, mediante un compromiso que ésta adquiere voluntariamente. Una vez implementado el sistema de gestión ambiental y si la empresa ha dado cumplimiento a la política ambiental propuesta, sus productos son certificados como ambientalmente amigables por la norma ISO 14001<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Ver: Sistema de Gestión Ambiental, [en línea]: [http://otros.conaf.cl/shop\\_image/CFFCN/Informes/Sistema%20de%20Gesti%F3n%20Ambiental%2014001.pdf](http://otros.conaf.cl/shop_image/CFFCN/Informes/Sistema%20de%20Gesti%F3n%20Ambiental%2014001.pdf), [consulta: 28 marzo de 2010].

- iii. Las normas de proceso contemplan tres tipos de normas:
  - a. Las normas de emisión, que establecen los límites de contaminantes o perturbaciones que no podrán sobrepasarse en las emanaciones de instalaciones fijas.

El artículo 2 letra o) de la Ley 19.300 de Bases Generales de la Administración del Estado, define las normas de emisión como “aquellas que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora”.

- b. Las normas de concepción de construcción de las instalaciones fijas, que indican los parámetros que deben seguirse en el diseño y construcción de instalaciones fijas, con el fin de proteger el medio ambiente.
- c. Las normas de explotación, que fijan las medidas que deben observarse en la explotación o proceso productivo.

La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente no establece normas de construcción de instalaciones fijas ni normas de explotación, dicha normativa se encuentra regulada en leyes específicas al establecer por ejemplo planes de manejo para la explotación de recursos, existen planes de manejo en la Ley de Pesca, en la Ley de Bosque y en el Reglamento de Manejo de Residuos Peligrosos.

En estos casos la internalización de las externalidades ambientales negativas se produce al momento de dictarse la norma ambiental respectiva, ya que el contaminador deberá aumentar sus costos de producción para cumplir con los estándares ambientales fijados por la autoridad. Por ejemplo, al dictarse una norma de emisión, el agente contaminante deberá introducir tecnologías productivas o de depuración tales que permitan mantener los niveles de contaminantes en el efluente dentro los límites fijados por las normas. Antes de la norma, los costos de prevención y de lucha contra la contaminación eran asumidos por la sociedad, bajo la forma de costos externos, luego dichos costos pasan a ser internos, debiendo ser contabilizados en el proceso productivo.

Es importante destacar que la aplicación del principio de quien contamina paga, por medio de normas ambientales, se produce por la sola dictación de la norma, ya que es en este momento en el que se trasladarán los costos de la contaminación desde la sociedad al contaminante, quien tendrá la obligación de asumirlos. Debido a lo anterior es que la ejecución del principio no debe ir acompañada de subsidios estatales tendientes a enfrentar el deterioro ambiental, ya que de lo contrario los costos serían nuevamente solventados por la colectividad.

b) Los cánones.

El principio se puede aplicar por medio de la implementación de cánones. El canon, de acuerdo a la forma en que se implemente puede dar lugar a dos funciones, (i) una función de incitación y (ii) otra de redistribución. La primera se verifica cuando la aplicación del canon incentiva al responsable de la contaminación, a que con el menor costo posible adopte las medidas necesarias para su reducción. Por otro lado, la finalidad de redistribución se produce cuando el contaminador participa en las medidas colectivas de control de la contaminación aportando en los gastos que se generan con la adopción de estas medidas.

Los cánones obligan al contaminador a pagar una suma de dinero determinada, la que generalmente es progresiva, y que de acuerdo a la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas se debe fijar de acuerdo al nivel de contaminación emitida<sup>117</sup>. La función de incitación se producirá cada vez que el monto fijado del canon sea superior al costo de la adopción de las medidas de reducción de la contaminación. De esta manera el agente contaminante preferirá reducir sus niveles de contaminación o implementar tecnologías más limpias que pagar el canon, debido a que esto le resultará más provechoso económicamente. Según la Recomendación el canon deberá fijarse de manera de que cumpla principalmente con la función de estímulo<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> RECOMENDACIÓN del Consejo de las Comunidades Europeas, 1975, op.cit.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

La función de redistribución coloca a los responsables en la obligación de retribuir a la sociedad los gastos en que ésta incurre con la implementación de medidas que tienen por objeto enfrentar el deterioro ambiental. Para que el canon cumpla con la función de redistribución debe ser fijado respecto a una determinada región y objetivo de calidad, de forma de que el monto total del canon sea igual a la suma de los gastos colectivos derivados de las medidas de eliminación de las perturbaciones.

Los fondos obtenidos con el pago de cánones, deben ser destinados por los poderes públicos a la implementación de medidas que tengan por finalidad la descontaminación ambiental y con ello dar cumplimiento a la función de redistribución. En este sentido la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a la imputación de costos ambientales, señala que los fondos derivados de los cánones, pueden ayudar al financiamiento de instalaciones montadas por los responsables individuales de la contaminación en la medida en que éstos presten un servicio especial a la colectividad, reduciendo, a petición concreta de los poderes públicos, el nivel de contaminaciones o perturbaciones, por debajo del nivel establecido por las autoridades competentes. En este último caso, la contribución al financiamiento sólo deberá compensar los servicios prestados de esta manera por dichos responsables a la colectividad<sup>119</sup>.

El establecimiento de cánones, da cumplimiento al principio contaminador-pagador, ya que cualquiera sea la función en que se traduzca, se genera la internalización de las externalidades ambientales negativas, al trasladar los costos ambientales desde la comunidad al contaminador, equilibrándose la deseconomía social verificada con anterioridad al cobro de los cánones. Lo anterior siempre que no se apliquen subsidios estatales que distorsionen el peso de los cánones.

La aplicación inmediata del principio mediante cánones muy gravosos o normas muy estrictas, puede conducir en ocasiones a serias perturbaciones económicas. Es por ello que se han planteado excepciones a la aplicación del principio, pero siempre con determinadas limitaciones. De acuerdo a lo anterior es que en la Recomendación del Consejo de la OCDE, relativa a la implementación del principio contaminador-pagador, se parte de la base que los poderes

---

<sup>119</sup> *Ibíd.*

públicos no pueden ayudar a los contaminadores a sobrellevar los costos del control de la contaminación, “sea por medio de subsidios, ventajas impositivas u otras medidas<sup>120</sup>”. La concesión de ayudas estatales, debe ser “estrictamente limitada”, y cumplir con los siguientes requisitos: Debe ser selectiva y determinada a zonas de la economía, como a ciertas áreas de industria o instalaciones, en las que se verificarían serias dificultades de no mediar la ayuda estatal<sup>121</sup>.

En la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas, se contempla sólo la ayuda pública a instalaciones de producción en funcionamiento y a los productos existentes. Por el contrario la Recomendación de la OCDE, es un poco más amplia, permitiendo la ayuda a instalaciones nuevas, siempre que las condiciones sean mucho más estrictas que las aplicadas a las plantas existentes, debiendo los gobiernos desarrollar criterios sobre los cuales establecer estas diferencias. Las diferencias entre plantas existentes y nuevas, responde a que las segundas tendrán normalmente costos menores que las primeras para conformar sus procesos productivos a las nuevas reglamentaciones ambientales<sup>122</sup>

La ayuda pública debe cumplir con el requisito de temporalidad, por tanto debe establecerse en periodos de transición bien definidos, determinados de antemano y adaptados a los problemas socioeconómicos específicos, asociados a la puesta en práctica del programa ambiental de un país. En este aspecto la Recomendación del Consejo de la OCDE de 26 de mayo de 1972, relativa a la imputación de costos ambientales, señala que puede haber excepciones o arreglos al principio “especialmente en periodos transitorios, a condición de que no conduzcan a distorsiones significativas en el comercio internacional y en la inversión”<sup>123</sup>. En casos de

---

<sup>120</sup> *Ibíd.*

<sup>121</sup> *Ibíd.*, 2. a.

<sup>122</sup> VALENZUELA, Rafael, *op. cit.*, p. 17.

<sup>123</sup> Recomendación del Consejo de la OCDE, *op. cit.* El Primer Programa de Acción Comunitario en materia de medio ambiente señala en su Título II número 5 que “Los costes ocasionados por la prevención y la supresión de las perturbaciones de los daños incumbirán, por principio, al causante de la contaminación; no obstante, cabe admitir excepciones y arreglos especiales, en particular, para los

modificaciones normativas a veces es necesario conceder a los contaminadores un periodo de tiempo determinado para que ajusten sus procesos productivos a la nueva normativa, de lo que se desprende que estas dispensas sólo procederán cuando se trate de instalaciones en funcionamiento.

A las excepciones señaladas anteriormente se les ha denominado derogaciones<sup>124</sup>, para distinguirlas de lasseudoderogaciones, ya que éstas no son consideradas por la Recomendación del Consejo de Comunidades Europeas, como ayudas públicas contrarias al principio.

No constituyen excepciones al principio las ayudas financieras eventuales concedidas a las comunidades locales para que construyan y administren instalaciones públicas destinadas a la protección ambiental cuyo costo no puede ser cubierto totalmente con el producto de los cánones pagados por los causantes de la contaminación. Tampoco se considera contrario al principio “el financiamiento destinado a compensar las cargas especialmente onerosas que se impongan a determinados responsables de una contaminación con el fin de lograr un nivel de pureza excepcional del medio ambiente”<sup>125</sup>. Se encuentran también dentro de esta categoría, las “contribuciones que se concedan con el fin de estimular los esfuerzos de investigación y

---

períodos transitorios, con tal que no se deriven de ellos distorsiones importantes en los intercambios y en las inversiones internacionales”.

<sup>124</sup> VALENZUELA, Rafael, op. cit., p. 18, señala a este respecto que: “Llamamos "seudoderogaciones" a los tipos de ayuda que la recomendación del 3 de marzo de 1974 del Consejo de las Comunidades Europeas no considera contrarios al principio "quien contamina, paga", para distinguidos de los tipos de ayuda que la misma recomendación califica de "excepciones" a la aplicación del principio y que hemos tratado bajo la denominación de derogaciones propiamente tales”.La Recomendación del Consejo de la OCDE, de 14 de noviembre de 1974 relativa a la implementación del principio contaminador-pagador C (74)223. Señala a este respecto que: “Hay una directa relación entre la política ambiental de un país y su política socioeconómica. En circunstancias excepcionales como la aplicación inmediata de obligaciones y regímenes rigurosos de control de la contaminación, se pueden generar problemas socioeconómicos de tal magnitud que es necesario implementar ayudas estatales. El apoyo estatal puede estar referido a la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías que tengan por objeto controlar o reducir la contaminación, estas ayudas no son contrarias al principio contaminador-pagador”.

<sup>125</sup> RECOMENDACIÓN del Consejo de las Comunidades Europeas, op. cit., anexo 7, letra b.

desarrollo a fin de aplicar técnicas, métodos de fabricación y productos menos contaminantes”<sup>126</sup>.

De todo lo planteado se puede decir que el principio contaminador-pagador, como mecanismo de imputación de costos ambientales, se aplica con la sola dictación de normas ambientales o la fijación de cánones o tasas. Si bien la aplicación del principio se produce con la sola dictación de la norma ambiental, debemos hacer presente que este principio no es por sí solo eficaz para dar protección al medio ambiente, en general ningún instrumento de gestión ambiental aisladamente resulta eficaz. Es por ello que los ordenamientos jurídicos aplican diversos instrumentos de manera simultánea para que todos ellos conjuntamente logren su fin último, cual es la protección de los recursos naturales. Es así como las legislaciones contemplan por ejemplo, además de normas ambientales y cánones, sanciones penales y administrativas.

#### B. Aplicación del principio como fundamento del régimen de responsabilidad objetiva por daños ambientales.

Hemos señalado que el principio contaminador-pagador no sólo puede ser entendido como un instrumento económico, cuyo único objetivo sea prevenir la contaminación ambiental a través de la imputación de costos al contaminador, sino también como fundamento para la aplicación de la responsabilidad ambiental, más específicamente para la responsabilidad ambiental objetiva.

Para sostener esta concepción amplia del principio, relacionándolo con la responsabilidad objetiva, se ha dicho que los sistemas de responsabilidad, además de cumplir con su objetivo clásico de compensación de perjuicios, obedece también a un “objetivo de inspiración socioeconómica tendiente a conseguir el denominado ajuste de actividades de las partes potencialmente contaminantes mediante el mecanismo de internalización de costos de contaminación y su posterior reflejo en el precio del producto”<sup>127</sup>. De tal manera la responsabilidad ambiental, dependiendo de las circunstancias específicas de su aplicación, puede

---

<sup>126</sup> *Ibíd*em, anexo 7, letra c.

<sup>127</sup> GOMIS, Lucía, *op. cit.*, p. 93.

conducirnos a la imputación de costos ambientales, dándose aplicación a la faz preventiva del principio contaminador-pagador.

En este sentido, el V Programa de Acción comunitario en materia de medio ambiente, considera a la responsabilidad como un nuevo “instrumento económico<sup>128</sup>” que se utilizará para crear incentivos basados en el mercado que contribuyan a un comportamiento más respetuoso con el medio ambiente.

Este rol preventivo, se manifiesta también en el Libro Blanco Sobre Responsabilidad Ambiental, bajo el nombre de “efecto previsto”<sup>129</sup>. En dicho instrumento se entiende que la responsabilidad ambiental pone en práctica el principio contaminador-pagador, al generar un incentivo para un actuar más responsable de las empresas contaminantes, ya que los potenciales contaminadores, al desarrollar una cierta actividad económica, deberán internalizar el riesgo de incurrir en daños ambientales, prefiriendo integrar estos costos a los procesos de producción, que sufragar los eventuales costos de indemnización y reparación. Lo anterior cobra sentido cuando hablamos de un sistema efectivo de responsabilidad, ya que la certidumbre de su aplicación es lo que constituye el incentivo para un actuar responsable<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> V Programa de Acción Comunitario en materia de medio ambiente. COM (92) 23 final de 23 de mayo de 1992, p.71.

<sup>129</sup> LIBRO BLANCO. Lo expuesto en el apartado 3.1 sobre la aplicación del principio de «quien contamina, paga» y los principios de prevención y precaución permite suponer que el régimen de responsabilidad constituirá un incentivo para que las empresas tengan un comportamiento más responsable. En el mismo sentido, al establecer la aplicación del principio contaminador-pagador por medio del mecanismo de responsabilidad, señala que: “Si quienes contaminan se ven obligados a sufragar los costes relacionados con el daño causado, reducirán sus niveles de contaminación hasta el punto en que el coste marginal de la descontaminación resulte inferior al importe de la indemnización que habrían tenido que abonar. De este modo, el principio de responsabilidad ambiental hace posible la prevención de los daños y la internalización de los costes ambientales”, op. cit., p. 15.

<sup>130</sup> María del Carmen Sánchez-Friera señala al respecto que: “El peso coactivo que la responsabilidad conlleva actúa con el efecto preventivo de inhibir a los potenciales infractores por temor a las consecuencias dañosas”, op. cit., p.188.

Se ha señalado<sup>131</sup> sin embargo, que la internalización de los costos ambientales a través de la responsabilidad ambiental, requiere de varios supuestos que en la práctica serán difíciles de observar, como la certeza de que el contaminador no eludirá el pago de la indemnización, o que el monto de ésta corresponderá efectivamente al costo del daño causado. Si bien el sistema adolece de falencias prácticas, no se puede desconocer el impacto de un sistema de responsabilidad en la prevención de la contaminación y en el desarrollo de tecnologías más limpias.

La instauración de un sistema comunitario de responsabilidad objetiva en materia ambiental, a través de la Directiva, se fundamenta en este efecto preventivo, ya que al obligar a los responsables de daños ambientales a sufragar los costos de estos daños, se induce a los demás operadores a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños ambientales, de forma de que se reduzca su exposición a responsabilidades financieras<sup>132</sup>.

Entendida la responsabilidad como un instrumento económico que implica la internalización de los costos ambientales, se puede sostener que constituye también una de las formas de aplicación del principio contaminador-pagador, ya que induce a los contaminadores a adoptar medidas de prevención de los daños ambientales, dando cumplimiento con ello a la faz preventiva del mencionado principio. Tomás Hutchinson al referirse a ello señala que: “cuando hablamos de internalización de la actividad riesgosa, lo que se dice, es que el operador estará obligado a la seguridad -previniendo daños o disminuyendo riesgos-; que se haga responsable de su actividad”<sup>133</sup>. Al internalizar los riesgos de la actividad el explotador se está obligando económicamente a no trasladarlos a la sociedad –aunque los consumidores de sus productos

---

<sup>131</sup> Salvador Coche, Pablo, Guerra Aznar Yolanda, Artigot Golobardes Mireira, Gómez Pomar Fernando. Observaciones al Libro Blanc, Revista para el Análisis del Derecho, ISSN 1698-739X, N° 4, 2000, Universitat Pompeu Fabra, p. 4.

<sup>132</sup> DIRECTIVA 2004/35 Considerando 3.

<sup>133</sup> *Ibíd*em, p. 69.

cargarán seguramente con esta internalización-, pero esto jurídicamente significa que se está haciendo responsable del riesgo que la actividad tiene.<sup>134</sup>

Por otro lado, si adoptamos una concepción más amplia del principio quien contamina paga, que se identifique no sólo con la imputación de costos ambientales, sino también con la reparación de los daños ocasionados al medio ambiente. La responsabilidad ambiental surgirá como un instrumento efectivo en la aplicación de este principio en su doble carácter, de ahí que se plantee que es el fundamento último de la responsabilidad ambiental<sup>135</sup>.

Es preciso señalar, que la aplicación del principio como fundamento de la responsabilidad ambiental, se ha planteado especialmente en atención a regímenes de responsabilidad estricta u objetiva, ya que se ha afirmado, que este sistema es el que de mejor manera afronta las particularidades de los daños ambientales. Si bien la reparación de los daños ambientales es difícil debido principalmente a la especificidad de este tipo de daños, cuando esta reparación sea posible mediante la aplicación de la responsabilidad ambiental, los sistemas objetivos serán los más eficaces<sup>136</sup>, al ser más eficaces existirá mayor certeza respecto de la aplicación del sistema y por ende de sus eventuales consecuencias financieras para los responsables de la contaminación. Consecuencia de ello es que los contaminadores serán más precavidos al realizar sus actividades productivas, teniendo en cuenta el riesgo de generar daños ambientales y el eventual costo de la reparación del daño, procurando adoptar una actitud más responsable con el medio ambiente.

---

<sup>134</sup> Se habla de internalización de riesgos, según el operador se haga cargo o no de los mismos. El daño, en cambio, nunca puede ser internalizado, puesto que por definición es una externalización. *Ibidem*.

<sup>135</sup> Para Lucía Gomis, “el principio “quien contamina paga” constituye el fundamento último del mecanismo de responsabilidad por daños al medio ambiente, a la vez que justifica la elección de un régimen de responsabilidad objetiva”, *op. cit.*, p. 98.

<sup>136</sup> Tomás Hutchinson, al referirse a la responsabilidad objetiva, señala que: “Las ventajas de un sistema de estas características son, en pocas palabras, las siguientes: un régimen de responsabilidad objetiva puede incitar a una mejor gestión de los riesgos y proporcionar certidumbre jurídica las empresas sujetas a este sistema. Puede asimismo, favorecer la puesta en práctica del principio de quien contamina paga con respecto a algunos tipos de actividades económicas, porque este sistema imputa los daños ocasionados por una actividad económica a la persona que explota tal actividad”, *op. cit.*, p. 60.

### C. Aplicación del principio “Quien contamina Paga” en la legislación ambiental chilena.

El principio contaminador-pagador, se encuentra recogido en la legislación chilena, específicamente en la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (“Ley”). En el Mensaje Presidencial enviado al Congreso Nacional para impulsar el proyecto de Ley, se contempla expresamente como uno de los principios informadores de la política ambiental chilena, señalando que este principio “se funda en la idea de que el particular que actualmente contamina, o que lo haga en el futuro, debe incorporar a sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación”<sup>137</sup>, de manera que los primeros llamados a prevenir el deterioro ambiental son los particulares, quienes en su actuar serán fiscalizados en el cumplimiento de las normas ambientales por el Estado a través de distintos mecanismos de control.

Al igual que las Recomendaciones del Consejo de la OCDE y del Consejo de las Comunidades Europeas, el proyecto de Ley, adhiere a la idea de eliminar los subsidios estatales que impliquen una contradicción al principio contaminador-pagador, permitiendo ciertas excepciones atendidas las circunstancias especiales de aplicación. Agregando que la política ambiental no se puede basar en subsidios sino más bien en “la creatividad y eficiencia de los causantes de los problemas, quienes deben desarrollar las formas de solucionarlos, y de un poder público con la capacidad necesaria para fiscalizar las normativas producidas”<sup>138</sup>.

Para analizar la aplicación del principio contaminador-pagador, en su faz preventiva, la doctrina nacional ha distinguido entre mecanismos jurídicos y mecanismos no estrictamente jurídicos.

---

<sup>137</sup> Mensaje Presidencial Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, p.38. Diario Oficial de la República de Chile de 9 de marzo de 1994.

<sup>138</sup> *Ibíd.*

Corresponden instrumentos de aplicación jurídica las normas de calidad ambiental, las normas de emisión, los planes de descontaminación, y los planes de prevención.

En cuanto a las normas de calidad ambiental, la Ley las clasifica en primarias y secundarias, definiéndolas en el artículo 2 letras n y ñ.<sup>139</sup> Las normas ambientales tienen por objeto establecer valores máximos o mínimos permisibles de una determinada sustancia o elemento, como también los valores críticos que determinen las situaciones de emergencia ambiental. Al hacerlo, obliga a los agentes contaminantes, a tomar las medidas necesarias para cumplir con los niveles de polución establecidos por la norma, lo que supone un ajuste de los costos de producción y de utilización de los recursos, dándose con ello cumplimiento al principio contaminador-pagador.

Las normas de emisiones están definidas en el artículo 2 letra o) de la Ley, siendo aquellas que “establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora”. Estas normas impiden al agente contaminante, emitir o verter las sustancias establecidas por la norma, obligándolo a declararlas y a limitar sus emisiones o vertidos, por lo que será necesario adecuar los procesos productivos, para dar cumplimiento a los estándares establecidos. Esto usualmente se lleva a cabo de manera gradual, otorgando plazos de gracia en consideración a la dificultad que dicha implementación significa<sup>140</sup>.

Los planes de prevención de la contaminación, deben ser implementados una vez que alguna zona geográfica determinada es declarada por la autoridad como latente, la que, de acuerdo al

---

<sup>139</sup> Artículo 2 Ley N° 19.300 letra n) Norma Primaria de Calidad Ambiental: aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población; ñ) Norma Secundaria de Calidad Ambiental: aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza; Ejemplos de normas de calidad ambiental: D.S. N° 112/02 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, Norma de Calidad Primaria de Aire para Ozono (O3). D.S. N° 113/02 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, Norma de Calidad Primaria de Aire para Dióxido de Azufre (SO2).

<sup>140</sup> MUÑOZ, Macarena, op. cit., p. 7.

artículo 2º letra t) de la Ley, es “aquella en que la medición de la concentración de contaminantes en el aire, agua o suelo se sitúa entre el 80% y el 100% del valor de la respectiva norma de calidad ambiental”<sup>141</sup>.

Los planes de descontaminación, son implementados por la autoridad cuando una zona es declarada saturada, la que de acuerdo al artículo 2º letra u) de la Ley, es “aquella en que una o más normas de calidad ambiental se encuentran sobrepasadas”.

Con la dictación de alguno de estos mecanismos, quienes operen en las zonas comprendidas dentro de los planes antes mencionados, deberán implementar medidas tendientes a reducir los contaminantes generados con sus actividades productivas, o incluso cerrar sus instalaciones o disminuir su producción, si no están en condiciones de enfrentar el nuevo escenario normativo<sup>142</sup>.

Se ha señalado que todos los planes que se han dictado, están ligados a actividades industriales con un fuerte impacto en el entorno, y fuerzan a los titulares de dichas actividades a asumir el costo de una producción más limpia, como reacción al daño ya producido<sup>143</sup>. De manera que se estaría actuando una vez ocasionado el daño ambiental, por lo que el principio operaría no como un instrumento de prevención de la contaminación, sino como uno de reparación. Sin embargo se cumpliría con el fin preventivo de estos mecanismos, en la medida en que los agentes contaminantes tomen un rol más activo para reducir la contaminación y evitar así llegar a los niveles alcanzados en las zonas sujetas a Planes de Prevención o de Descontaminación. Aún así, se ha dicho que estos mecanismos, en ciertos casos no cumplirían con dar una aplicación eficaz al principio, ya que “necesariamente redundan en la

---

<sup>141</sup> Artículo 2 letra t) Ley N°19.300.

<sup>142</sup> El Mensaje Presidencial de la Ley N°19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente señala que: “se pretende que en los planes de descontaminación los costos por descontaminar sean asignados a los propios causantes de la contaminación”.

<sup>143</sup> MUÑOZ, Macarena, op. cit., p. 6.

implementación de medidas de combate inmediato ante el deterioro existente, muchas de las cuales serán costeadas por el Estado o las propias comunidades afectadas”<sup>144</sup>.

Como se señaló, el principio puede aplicarse también por medio de mecanismos que no son estrictamente jurídicos, debido a que no se traducen en el establecimiento de límites de contaminación, sanciones y medidas impuestas a la violación de dichos límites. Se trata de mecanismos que igualmente tienen por objetivo dar cumplimiento a la internalización de las externalidades negativas. Dentro de estos mecanismos encontramos a las cuotas de extracción, los planes de manejo y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Las cuotas de extracción o de explotación limitan al empresario, en cuanto establecen montos máximos de extracción de un recurso determinado, este instrumento es más eficiente cuando las cuotas de extracción son transferibles, pues en estos casos quienes explotan los recursos son los productores más eficientes.

Otra manera de dar aplicación al principio de quien contamina paga, es estableciendo como exigencia la presentación de planes de manejo para la explotación de un recurso considerado valioso o para la utilización de sustancias catalogadas como peligrosas. La aplicación del principio se produce al obligar al empresario a contemplar dentro de los costos de su actividad, aquellos destinados a una utilización más racional de los recursos naturales o a un manejo más adecuado de la sustancia peligrosa.

La Ley da aplicación al principio contaminador-pagador, al establecer que los proyectos susceptibles de causar impacto ambiental deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, mediante el cual se analizarán las consecuencias ambientales derivadas del proyecto y se determinará por medio de una Resolución de Calificación Ambiental dichas consecuencias y sus eventuales reformas. En este proceso se establecerán los costos ambientales que el proponente del proyecto deberá asumir para lograr su ejecución, cumpliendo el objetivo de internalización de las externalidades ambientales.

---

<sup>144</sup> *Ibídem*.

Hemos señalado que el principio “quien contamina, paga” ha evolucionado a lo largo de los años, entendiéndose no sólo como un mecanismo de imputación de los costos derivados de la prevención de la contaminación, sino también de los costos que conlleva la reparación del medio ambiente dañado. En este sentido el principio tiene por objetivo, obligar a los agentes contaminantes a contemplar dentro de los costos de producción las medidas destinadas a la prevención de la contaminación, así como también a sufragar los costos de las medidas de reparación, cuando se hayan generado daños ambientales que de acuerdo al régimen de responsabilidad estén obligados a reparar.

De acuerdo a lo anterior la aplicación del principio, dependerá también del sistema de responsabilidad ambiental que se adopte, como se ha señalado, el régimen de responsabilidad estricta es el que proporciona una mejor solución a los daños ambientales, ya que de acuerdo a este sistema, no será necesario acreditar la culpabilidad del autor del daño para atribuirle responsabilidad, siendo suficiente la creación de una situación de riesgo. Es preciso tener en cuenta lo mencionado acerca de este sistema de responsabilidad y su importancia en el derecho ambiental.

En Chile la Ley diferencia la acción de responsabilidad ambiental, de la acción patrimonial que tiene por objetivo indemnizar los perjuicios generados con los daños ambientales, lo que constituye un avance de nuestra legislación en la materia, ya que implica trasladar la responsabilidad ambiental desde el ámbito del derecho civil al derecho público, tomando en cuenta la importancia social que revisten los daños al medio ambiente. Pese al adelanto que significa reconocer el carácter especial de los daños ambientales, por la vía de implementar una acción de reparación especial, la Ley no alcanza a instaurar un régimen de responsabilidad objetiva, exigiendo que se acredite la culpabilidad del autor del daño para obligarlo a la reparación del medio dañado. El legislador intenta moderar las falencias que presenta el sistema de responsabilidad subjetivo, a través de presunciones de culpabilidad, que operan “si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales,

establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”<sup>145</sup>. Estas soluciones son sólo parciales, por cuanto en materia ambiental las normas no están en condiciones de prever todos los daños ambientales, de manera que se pueden ocasionar daños aún actuando conforme a la normativa. Junto con ello es preciso recordar que esta presunción es sólo legal de manera que el agente contaminante siempre podrá acreditar que su actuar fue diligente.

Si entendemos al principio contaminador-pagador como el fundamento último del sistema de responsabilidad ambiental, este sistema debiera obedecer a un criterio objetivo de imputación, ya que con ello se otorga mayor protección al medio ambiente, al exigirse menores requisitos para configurar la obligación de reparación. En términos ideales, el sistema de responsabilidad ambiental debería tender hacia uno de carácter objetivo, de manera de lograr la pronta reparación del bien que sufrió detrimento sin necesidad de probar la culpa o el dolo, y por el solo hecho de que, en la ejecución de una actividad peligrosa, se ocasionó el daño<sup>146</sup>.

El sistema chileno al contemplar un sistema subjetivo no hace plena aplicación del principio, puesto que los supuestos de imputación aumentan y se dificulta en la práctica una rápida y eficiente reparación de los daños ambientales, como señala Tomás Hutchinson, un sistema de responsabilidad por culpa supone, “fomentar los desastres ecológicos y los daños ambientales<sup>147</sup>”. En consecuencia, en su faz reparadora, el principio contaminador-pagador exige un sistema eficaz en la reparación de los daños ambientales, eficacia que se encuentra limitada en nuestra legislación de acuerdo al sistema de responsabilidad subjetivo. La senda diseñada por el dogma de que "no hay responsabilidad sin culpa" deja atrás la intención de forjar un sistema de responsabilidad civil ambiental fundado en el principio del que "contamina paga"<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> Artículo 52 de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

<sup>146</sup> MUÑOZ, Macarena, op. cit., p. 11.

<sup>147</sup> HUTCHINSON, Tomás, op., cit., p.20.

<sup>148</sup> HUNTER, Iván. La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental. Revista de Derecho Vol. XVIII - N°2 - Diciembre 2005, p. 3.

Es preciso tener en cuenta, que el mecanismo de responsabilidad, provoca un efecto de internalización de las externalidades ambientales, pues con su implementación los agentes productivos susceptibles de causar daños al medio ambiente, procurarán internalizar los riesgos de causar estos daños, teniendo en cuenta la obligación de reparación que deberán asumir de llevarse a cabo los perjuicios. En este sentido la responsabilidad ambiental actúa como un instrumento económico que los agentes contaminantes tendrán en cuenta al realizar sus actividades, instrumento que los incitará a adoptar medidas preventivas de la contaminación, ya que les será más económico prevenir los daños que pagar el importe de una futura indemnización. Este efecto preventivo que se le atribuye a la responsabilidad ambiental, opera cuando hablamos de un sistema eficaz de reparación, en el que los posibles contaminadores tengan la certeza de ser condenados en el futuro por los daños que causen, de tal forma, en un régimen subjetivo esta certeza se ve disminuida al aumentarse la posibilidad de exoneración del culpable. Lo anterior conduce a afirmar que por medio de la responsabilidad ambiental es posible dar aplicación al principio de “quien contamina paga” en su doble carácter, preventivo y reparatorio.

Este rol preventivo que se le atribuye a la responsabilidad ambiental, en nuestra legislación no se cumple a cabalidad, ya que de acuerdo a un sistema subjetivo, son mayores las dificultades de configurar la obligación de reparación, por tanto el principio contaminador-pagador en este aspecto, ve disminuida su aplicación.

### C. Efectos derivados de la aplicación del principio contaminador pagador.

#### a) Efecto preventivo.

Como se señala en la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre principios directores relativos a aspectos económicos internacionales de las políticas de medio ambiente, el principio contaminador-pagador surge como un mecanismo de internalización de las externalidades ambientales negativas, que consiste en la obligación del contaminador de asumir los costos de

las medidas de prevención y control de la contaminación, para que el medio ambiente se encuentre en un estado aceptable.

De la misma manera, para el Consejo de las Comunidades Europeas el principio contaminador-pagador significa que "las personas físicas o jurídicas, sean de derecho público o privado, responsables de la contaminación, deben pagar los gastos de las medidas necesarias para evitarla o para reducirla con el fin de cumplir las normas y las medidas equivalentes que permitan alcanzar los objetivos de calidad o, en caso de que no existan estos objetivos, con el fin de cumplir las normas y medidas equivalentes establecidas por los poderes públicos<sup>149</sup>".

La imputación de los costes ambientales lograda a través de la aplicación del principio contaminador-pagador, implica un efecto preventivo de la contaminación ya que en "la medida que los contaminadores se vean obligados a asumir los costos de las externalidades que provocan, se verán indirectamente incitados a reducir los efectos contaminantes de sus actividades, recurriendo, por ejemplo, al empleo de materias primas o a la utilización de tecnologías menos nocivas para el medio ambiente"<sup>150</sup>. Así lo refleja la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre aplicación del principio contaminador-pagador, al señalar que su implementación incentivaría un uso racional y una mejor asignación de los recursos naturales<sup>151</sup>.

Hemos dicho que la aplicación del principio encuentra explicación en el carácter común y gratuito de los recursos naturales, ya que si los bienes naturales son comunes a todos los hombres y gratuitos en su utilización, nadie podrá limitar su uso estableciéndoles un precio o reclamar un derecho exclusivo sobre ellos, restringiendo así su explotación. El carácter de bienes

---

<sup>149</sup> Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas de 3 de marzo de 1975, op. cit., Anexo 2.

<sup>150</sup> VALENZUELA, Rafael, op. cit., p. 9.

<sup>151</sup> Recomendación del Consejo de la OCDE de 14 de noviembre de 1974, relativa a la aplicación del principio contaminador-pagador. C(74)223. Párrafo I, punto 3. En el mismo sentido la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas de 3 de marzo de 1975 señala en su Anexo 1 que: "La imputación a los causantes de la contaminación de los costes resultantes de la lucha contra ésta les incita a reducir la contaminación y a buscar productos o tecnologías menos contaminantes y permitirá de esta manera utilizar, de forma más racional, los recursos del medio ambiente".

comunes y gratuitos impulsó el uso indiscriminado de los recursos naturales, generándose con ello un deterioro ambiental que no era contemplado dentro de los costos de producción. Conforme a lo anterior, el deterioro ambiental era asumido por toda la comunidad, debiendo los Estados solventar los gastos de las medidas de prevención y reparación. “El principio “quien contamina paga”, pretende recoger esta realidad en su perspectiva económica, y a través de mecanismos de igual naturaleza desincentivar el uso inapropiado de estos bienes, logrando que el costo real por tal uso sea asumido por los que reciben la ganancia de la actividad ambientalmente riesgosa”<sup>152</sup>. Con la aplicación del principio se pretende entonces desincentivar el uso irracional de los recursos naturales, en la medida que se le asigna un costo al deterioro ambiental generado por su uso, al tiempo que se promueve la implementación de tecnologías limpias con el fin de evitar la contaminación.

El efecto preventivo del principio se observa claramente en la implementación de cánones, ya que éstos responden a una función de incitación, que se verifica cuando el precio del canon que debe pagar el contaminador es más alto que el costo derivado de la adopción de mecanismos de producción más limpios. De manera que la empresa contaminante preferirá adecuar sus procesos productivos, reduciendo los niveles de contaminación, que pagar los cánones correspondientes por la contaminación producida.

En consecuencia, el principio contaminador-pagador, como mecanismo de internalización de las externalidades ambientales negativas, tiene un fin preventivo, al promover la implementación de mecanismos de producción respetuosos del medio ambiente.

a. Efecto reparador.

Hemos señalado que el principio “quien contamina paga” evolucionó en cuanto a su interpretación, ya que se amplió su contenido, entendiéndose, que la imputación de costos debe comprender todos los costos ambientales, no sólo aquellos generados con las medidas de

---

<sup>152</sup> MUÑOZ, Macarena, op. cit., p. 3.

prevención y control de la contaminación, sino también de aquellos derivados de la reparación ambiental necesaria cuando se ha ocasionado un daño al medio ambiente. Esta aplicación del principio se refleja en la Recomendación del Consejo de la OCDE de 7 de julio de 1989, sobre aplicación del principio contaminador-pagador a las contaminaciones accidentales, en este sentido se imputa al explotador de una actividad peligrosa, los costes de las medidas para prevenir y controlar la contaminación accidental, así como también del coste de las medidas tendientes a controlar la contaminación después de ocurrido el accidente<sup>153</sup>.

En consecuencia, se concibe al principio contaminador-pagador como fundamento de la responsabilidad ambiental, ya que por medio de este mecanismo se imputará a los causantes de daños ambientales los costos derivados de su reparación. De esta manera el principio implica también un fin reparador de la contaminación y no sólo preventivo de ésta.

En su faz reparadora el principio quien contamina paga, ha sido utilizado como base para la instauración del régimen comunitario de responsabilidad, implementado a través de la Directiva. De acuerdo a ésta “la prevención y reparación de los daños medioambientales debe llevarse a cabo mediante el fomento del principio con arreglo al cual quien contamina paga”<sup>154</sup>, a fin de declarar responsable a quien ha causado daños ambientales y por ende sea obligado a la reparación de éstos.

Comúnmente se ha relacionado la aplicación del principio contaminador-pagador, en su faz reparatoria, con la implementación de sistemas de responsabilidad objetiva o por riesgo, esto porque la aplicación del principio sólo será eficaz si se internalizan los costos de los daños ambientales. Debido a que un régimen objetivo supone una mayor certeza en el juicio de

---

<sup>153</sup> Recomendación del Consejo de la OCDE de 7 de julio de 1989, relativa a la aplicación del principio contaminador-pagador a la contaminación accidental. C (89)88 FINAL. Anexo 4 y 5.

<sup>154</sup> DIRECTIVA 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Responsabilidad medio ambiental, en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales. DO L 143/56.

responsabilidad, disminuyendo las posibilidades de exoneración del causante y por tanto una eficaz internalización de los costos ambientales<sup>155</sup>.

#### D. Aplicación del principio contaminador-pagador en su doble dimensión, a través de un sistema de responsabilidad objetiva.

Hemos señalado que el principio de quien contamina paga, producto de la evolución que evidenció en su interpretación, presenta un doble alcance, por un lado constituye un mecanismo de imputación de costos de las medidas de prevención de la contaminación, de lo que se desprende su finalidad preventiva y por otro lado surge como el fundamento último del régimen de responsabilidad ambiental, obligando al causante de los daños ambientales a internalizar los costos de las medidas de reparación del medio ambiente, cumpliendo de esta manera con su finalidad reparatoria.

Estos objetivos, se logran a través de distintos mecanismos, así para lograr la internalización de los costos derivados de las medidas de prevención y lucha contra la contaminación, se pueden utilizar los cánones, las normas de calidad ambiental y las de emisiones, entre otros instrumentos. De la misma manera para lograr la finalidad reparadora, se utiliza el mecanismo de la responsabilidad ambiental, el que en nuestro derecho se hace efectivo por medio de la acción de reparación ambiental, recogida en el artículo 53 de la Ley. Sin embargo es posible dar aplicación al principio contaminador-pagador en su doble dimensión, la preventiva y la reparadora, a través de la instauración de un sistema de responsabilidad ambiental objetivo.

Si bien la responsabilidad constituye un instrumento jurídico que tiene como fin compensar a la víctima del daño el mal causado, se le atribuye también un efecto preventivo, en el sentido que crea incentivos para que los potenciales contaminadores, adopten medidas para reducir los

---

<sup>155</sup> Tomás Hutchinson, al referirse a las ventajas de un sistema de responsabilidad objetivo, señala que “éste puede asimismo, favorecer la puesta en práctica del principio de quien contamina paga con respecto a algunos tipos de actividades económicas, porque este sistema imputa los daños ocasionados por una actividad económica a la persona que explota tal actividad”, op. cit., p.60.

riesgos de provocar daños ambientales<sup>156</sup>. De manera que el peso coactivo de la responsabilidad, estimula a quienes son susceptibles de causar daños ambientales, a internalizar los riesgos, a fin de evitar las consecuencias patrimoniales derivadas de la ocurrencia de los daños. La rigurosidad de un sistema objetivo, provocará en mayor medida este efecto preventivo, ya que como se ha señalado, son menores las posibilidades de evadir la responsabilidad, por tanto los potenciales contaminadores, tendrán mayor certeza de las consecuencias pecuniarias que deberán enfrentar de verificarse los daños ambientales, prefiriendo de acuerdo a ello, implementar en sus procesos productivos los mecanismos necesarios para evitar estos deterioros.

De esta manera, la aplicación del principio en su doble dimensión, ha servido de base para argumentar en pos de la implementación de sistemas de responsabilidad estricta u objetiva, lo que ocurre claramente con la Directiva, en que precisamente se justifica la instauración del sistema comunitario, por medio de la puesta en práctica del principio contaminador-pagador. En este sentido el sistema comunitario de responsabilidad, no sólo implica determinar las responsabilidades y las obligaciones de reparación una vez producidos los daños, sino también prevenirlos<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> María del Carmen Sánchez-Friera, al referirse al tema señala que “de los estudios efectuados desde la óptica económica sobre qué comportamientos induce cada regla de responsabilidad, se determina que la regla de no responsabilidad induce al potencial contaminador a no adoptar ninguna precaución”. Agregando en una nota al pie que “el deber de diligencia se define en base a tres variables: a) la probabilidad de que ocurra el accidente, b) la gravedad del daño que deberá soportar la víctima si el accidente tiene lugar y c) el coste de las medidas de seguridad adecuadas para prevenir el accidente”, op. cit. P. 188. Esta función preventiva también está presente en la Ley de Bases del Medio Ambiente, conforme a ello el Mensaje Presidencial al referirse a las normas de responsabilidad ambiental señala que éstas no sólo pretenden hacer efectivo el principio reparación del daño causado, tanto en el patrimonio de cualquier particular, como en el denominado patrimonio ambiental, sino que también persiguen un objetivo de prevención general. Esto es, inhibir a los particulares de causar daños al medio ambiente, en virtud de un sistema de sanciones pecuniarias y obligaciones de restaurar el daño causado, que les impida realizar sus actividades productivas tener en consideración que además de indemnizar a los particulares en su patrimonio, deberán responder con las otras modalidades establecidas que aumentan notablemente los costos de transgredir las disposiciones ambientales. CHILE. Mensaje Presidencial Ley N° 19.300, op. cit., p. 38.

<sup>157</sup> DIRECTIVA del Consejo y del Parlamento Europeo 2004/35/CE, en el considerando segundo se expresa que: “El principio fundamental de la presente Directiva debe, por tanto, consistir en que un operador cuya actividad haya causado daños al medio ambiente o haya supuesto una amenaza inminente

Si al implementar un sistema de responsabilidad ambiental, de corte objetivo, podemos imputar al agente contaminante el costo de la reparación de los daños ocasionados, así como también incitarlo a llevar a cabo un comportamiento más respetuoso con el medio ambiente, damos aplicación al principio de quien contamina paga en su doble dimensión. Lo anterior porque, “el rigor de un sistema de responsabilidad objetiva provocará un efecto preventivo en relación con la adopción de normas de seguridad que en última ratio reducirán el factor de riesgo que fundamenta el establecimiento de un sistema de responsabilidad tan severo”<sup>158</sup>.

---

de tales daños sea declarado responsable desde el punto de vista financiero a fin de inducir a los operadores a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños medioambientales, de forma que se reduzca su exposición a responsabilidades financieras”, op. cit., p 1.

<sup>158</sup> GOMIS, Lucía, op. cit., p. 105.

## **CAPÍTULO II: ANÁLISIS DEL CASO ARICA. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DE LA LEY 19.300 Y DEL PRINCIPIO CONTAMINADOR-PAGADOR.**

### **2.1. Análisis del caso de contaminación por plomo en Arica.**

A. Los hechos: Acontecimientos que dan origen al foco de contaminación.

a. La importación de los residuos tóxicos desde Suecia y su acopio ilegal.

El conflicto ambiental que analizaremos, surge en 1984, cuando la sociedad Procesadora de Metales Promel Limitada importa desde Suecia más de 20.901 toneladas de residuos tóxicos provenientes de la empresa sueca Boliden Metals AB.

El 21 de marzo de 1984 Promel Ltda., solicitó una autorización al Servicio de Aduanas para desaduanar un producto calificado por la misma empresa como “barros con contenidos metálicos”, la internación de los desechos fue realizada sin mediar mayores exigencias por parte del Servicio de Aduanas, quien sólo se limitó a solicitar a la sociedad una declaración jurada en la que se acreditara la no toxicidad del material<sup>159</sup>.

De acuerdo a lo declarado por el doctor Domingo Barrientos Vásquez, Director del Servicio de Salud de Arica a la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, al momento de la internación de los desechos, no se realizó análisis alguno de los mismos, ya que según la

---

<sup>159</sup> Así lo demuestra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica de fecha 16 de mayo de 2005 al señalar que “la internación se hizo con el beneplácito del Servicio de Aduana que sólo exigió al importador una declaración jurada de que estos productos no eran tóxicos”. El señor Raúl Allard, Director Nacional de Aduanas señaló en su declaración a la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados que “el 3 de marzo de 1984 el Instituto de Salud Pública autorizó el retiro de la muestra de la Aduana, e impuso otras condiciones sanitarias para su uso y depósito”, condiciones que no se han especificado ni acreditado.

normativa de la época lo exigido era sólo una declaración jurada del importador en la que se indicaran los niveles de toxicidad del producto. Sin embargo, reconoce que luego de la internación se efectuaron análisis a los desechos por parte del Instituto de Salud Pública, mediante los cuales se acreditó, que los barros metálicos no eran tóxicos, salvo que éstos: i) se ingirieran accidentalmente, derramaran y contaminaran productos alimentarios, ii) se procesaran y la producción de trióxido de arsénico originara contacto dermal y/o respiratorio con el trabajador inadecuadamente protegido, lo que causaría graves daños a la salud<sup>160</sup>. Las autoridades reconocieron en su declaración ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, que aún cuando la normativa vigente no exigía realizar los análisis químicos para determinar la toxicidad de los residuos, el Director del Servicio de Salud tiene la potestad suficiente para solicitar la realización o no de los exámenes, de manera que si bien la normativa vigente al año 1984, no exigía la acreditación de los niveles de toxicidad de un producto importado, el Director del Servicio podía solicitar igualmente los análisis, atendidas las circunstancias del caso y basándose en sus conocimientos generales de medicina.

La internación de los metales desde Suecia, fue realizada por la empresa Promel en tres ocasiones diversas, el 28 de agosto y 20 de diciembre del año 1984 y posteriormente el 17 de julio de 1985, importando 8.096, 6997 y 4.041 toneladas de residuos tóxicos respectivamente, en total se ha estimado que la empresa chilena ingresó más de 20.000 toneladas al país.

Cabe destacar que los desechos fueron ingresados a Chile bajo el régimen de Zona Franca<sup>161</sup>, por lo que la empresa estuvo exenta de pagar los derechos aduaneros que por lo general corresponde enterar en los casos de importación. Los residuos importados fueron conducidos y depositados en un sector aduanero denominado Sitio F<sup>162</sup>, ubicado en la Zona Franca Industrial

---

<sup>160</sup> Informe Final de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, p. 53.

<sup>161</sup> Zona Franca es el área o porción unitaria de territorio perfectamente deslindado y próximo a un puerto o aeropuerto, amparado por presunción de extraterritorialidad aduanera. La Zona Franca de Extensión, por su parte, es la ciudad o región situada adyacente a la Zona Franca, delimitada por el Presidente de la República en uso de sus facultades, que para el caso en análisis corresponde a la ciudad de Arica. Ver artículo 2 del DFL N°341 de 1977, del Ministerio de Hacienda sobre Zonas Francas.

<sup>162</sup> El Sitio F está catalogado como una zona primaria aduanera por la Ordenanza de Aduanas, DFL del Ministerio de Hacienda N°213, de 1953, definiéndola como el espacio de aire, mar o tierra en el cual se

de Arica. A este respecto es preciso señalar que no se efectuó ninguna fiscalización por parte de las autoridades de salud en relación a la toxicidad de los materiales y al cuidado que debía observar la empresa en el manejo, almacenamiento y transporte de las sustancias<sup>163</sup>. De manera que éstas fueron tratadas como elementos inocuos para la salud humana y por tanto depositadas y dejadas a la intemperie, expuestas a los agentes climáticos, producto de lo cual los elementos tóxicos se dispersaron por el ambiente, generando con ello un foco de contaminación que ocasionó los daños evidenciados en la salud de los pobladores de Arica.

El 29 de diciembre de 1993, Promel solicitó al Servicio de Aduanas una autorización para abandonar los materiales tóxicos de la Zona Franca Industrial. En la solicitud, la empresa argumentó que estas materias primas no fueron susceptibles de proceso por el alto costo de los insumos, la constante fluctuación de los precios internacionales de los metales, especialmente cobre y plata, y la política cambiaria existente<sup>164</sup>. Por ello, solicitaron al Administrador de Aduanas, procediera a autorizar el abandono a beneficio fiscal de las materias primas consignadas, lo que el Servicio de Aduanas no aceptó.

El abandono de mercancías, se encuentra regulado por el DFL del Ministerio de Hacienda N° 213 de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas. En estos casos corresponde vender las mercancías

---

efectúan las operaciones materiales marítimas o terrestres, de la movilización de mercancías, para los efectos de su jurisdicción es recinto aduanero y en él han de cargarse, descargarse o recibirse las mercancías, para constituir, con los demás requisitos y formalidades establecidas, un acto de importación, exportación, tránsito, trasbordo, cabotaje o cualquier operación aduanera. INFORME sobre acopio de residuos tóxicos y peligrosos internados ilegalmente por la empresa Promel en sectores poblacionales de la comuna de Arica [en línea] <http://www.alejandronavarro.cl/defensa/plomoarica/index.htm#> [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2007].

<sup>163</sup> Corte de Apelaciones de Arica. Rol 464-2004 Cristina Martínez González y otros con Sociedad Procesadora de Metales Promel Limitada; Fisco de Chile. La Corte de Apelaciones de Arica en su considerando cuarto al referirse al acopio de los residuos señala que “éstos fueron almacenados en el señalado sitio F de la zona industrial, en espera de su desaduanamiento, y allí quedaron a la intemperie, sin fiscalización alguna”.

<sup>164</sup> INFORME sobre acopio de residuos tóxicos y peligrosos internados ilegalmente por la empresa Promel en sectores poblacionales de la comuna de Arica [en línea] <http://www.alejandronavarro.cl/defensa/plomoarica/index.htm#> [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2007].

abandonadas en subasta pública, al mejor postor. Todo esto para que con el producto de la subasta se paguen los derechos aduaneros adeudados.

Es importante señalar que los desechos industriales importados por Promel Ltda. permanecieron acumulados en el Sitio F hasta 1998, año en el cual el Servicio de Salud trasladó estos materiales al terreno de Quebrada Encantada de la ciudad de Arica.

b. Declaración de emergencia ambiental y sanitaria.

Como se ha señalado, los residuos fueron depositados en el Sitio F y abandonados por Promel Ltda. El sitio F está catalogado como barrio industrial de Arica, sin embargo en ese lugar se construyeron viviendas sociales bajo la dirección del Servicio de Vivienda y Urbanismo (SERVIU). La construcción de viviendas sociales emplazadas en el sitio F se efectuó vulnerando la normativa de urbanismo vigente, ya que de acuerdo al Plano Regulador de la época este sector se encontraba catalogado como barrio industrial y por tanto el suelo no podía destinarse a la construcción de viviendas de cualquier tipo, e incluso en algunos sectores las poblaciones construidas se encontrarían hasta 1996 fuera del radio urbano<sup>165</sup>. De esta manera, a diciembre de 1995 se habían entregado las poblaciones Los Industriales IV, Villa Los Laureles, Cerro Chuño, Villa El Solar y Villa El Amanecer, todas ellas aledañas al lugar de acopio. Con la construcción de estas poblaciones se generó un contacto directo entre la gente que habita el sector y los residuos tóxicos, aumentando el peligro de contaminación y también la posibilidad de presentar enfermedades derivadas de ésta.

---

<sup>165</sup> El año 1996 se modificó el Plano Regulador vigente desde 1971, anexando el sector U-1, en el que se encontraban las poblaciones de Los Industriales III y IV. Parte de la población de Cerro Chuño todavía quedaba fuera del radio urbano. La Comisión Investigadora en su Informe Final da cuenta de las siguientes irregularidades en la construcción de las viviendas sociales: a) Las poblaciones Industriales I, Industriales III, Cerro Chuño I, II, II, IV, V y VII se construyeron sin contar con el permiso de construcción correspondiente; b) En virtud del Plano Regulador vigente a la fecha en que se iniciaron las obras en las poblaciones recién mencionadas, no estaba permitida la construcción de viviendas en aquellos sectores, ya sea porque se construyó en terrenos destinados a actividades industriales o se hizo fuera del límite urbano; y c) Las poblaciones Los Industriales II y IV no cuentan con recepción final. p.67.

A partir de 1996 el Servicio de Salud, atendido el peligro que significaba para la población de los sectores cercanos al lugar del acopio, el convivir con materiales de la toxicidad de los encontrados en el sitio F, es que se comenzó a realizar gestiones, en primer lugar para determinar el nivel de toxicidad de las sustancias y en segundo para retirar el material del sector en el que se encontraba. En octubre de 1997 el Servicio de Salud remitió al Instituto de Salud Pública muestras del material acopiado, los resultados, señalaban que estos desechos tenían altos índices de arsénico, cadmio, plomo, mercurio, cobre y zinc. Lo anterior permitió calificar la situación como una emergencia sanitaria ambiental<sup>166</sup>.

Según ha señalado el Servicio de Salud y Medio Ambiente, de acuerdo a los análisis efectuados, existía un real peligro a la salud de la población, por tanto las primeras medidas adoptadas tuvieron como principal objetivo evitar el contacto de la gente con los materiales tóxicos, siendo necesario por ende, su traslado a un sitio más seguro. En palabras del Subdirector del Servicio de Salud y Medio Ambiente don Nolberto García Díaz, “se calificó la situación como emergencia sanitaria ambiental y se decidió trasladar los residuos minerales a un lugar, en estudio, fuera del radio urbano, con el fin de interrumpir la exposición a la que estaban sometidos los habitantes del sector”.

El traslado final de los residuos se produce entre enero y marzo de 1998 y es llevado a cabo por una empresa particular por encargo del Ministerio de Bienes Nacionales, en cumplimiento de un Plan de Manejo de Residuos Minerales ideado por Promel Ltda., este plan fue aprobado por la Gobernación Provincial, por el Comité Técnico y por el Ministerio de Salud<sup>167</sup>.

Conjuntamente con el traslado de los residuos, se llevaron a cabo diversas acciones por parte de los órganos estatales y municipales, en orden a evitar un grado mayor de contaminación en

---

<sup>166</sup> Cámara de Diputados. Informe Final de la Comisión Investigadora. p. 35. En su declaración a la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados el Subdirector del Servicio de Salud y Medio Ambiente Nolberto García Díaz señaló que el servicio de Geología y Minería, en su análisis realizado a los materiales expresó que éstos contenían “minerales con altos contenidos de plomo, arsénico, mercurio, cobre y zinc, lo que implica un escenario de riesgo para la población aledaña.”

<sup>167</sup> CHILE. Cámara de Diputados. Informe Final de la Comisión Investigadora. p. 36.

las personas, como la limpieza de techos y el monitoreo de los índices de metales en los organismos de las personas afectadas. Las medidas tomadas por la autoridad pública serán analizadas con mayor detalle más adelante.

#### B. El derecho, legislación aplicable al caso concreto.

En cuanto a la legislación aplicable, la Corte de Apelaciones de Arica y posteriormente la Corte Suprema, aplicaron las normas legales y constitucionales que regulan la responsabilidad extracontractual del Estado, artículos 3 y 42 de la Ley N°18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República, también aplicaron la normativa especial que regula el sistema de responsabilidad ambiental en Chile, artículos 51 y 63 de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Por otro lado, también se argumentó con las normas del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos.

Como se indicó, la internación de los residuos tóxicos se produce el año 1984, época en la cual aún no se encontraba vigente el Convenio de Basilea que regula actualmente el transporte de este tipo de desechos e impone obligaciones a los Estados parte en estas materias<sup>168</sup>.

El Convenio de Basilea, es adoptado en Suiza el 22 de marzo de 1989, sin embargo en Chile comienza a regir a partir de 1992. Este Convenio tiene por objeto reducir el volumen de los intercambios de residuos con el fin de proteger la salud humana y el medio ambiente, estableciendo un sistema de control de las exportaciones e importaciones de residuos peligrosos así como su eliminación<sup>169</sup>. El mismo Convenio define los residuos que se consideran peligrosos y establece requisitos para efectuar las importaciones y exportaciones de éstos, al mismo tiempo establece normas aplicables a su eliminación.

---

<sup>168</sup> El Artículo 4 del Convenio de Basilea establece las obligaciones generales que deben cumplir los Estados parte del Convenio.

<sup>169</sup> Definición dada por la Unión Europea, disponible [en línea] <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l28043.htm>, [fecha de consulta: 28 de noviembre de 2007].

Teniendo en cuenta que en Chile el Convenio de Basilea entró a regir el año 1992 y que la internación de los desechos tóxicos se produjo el año 1984 esta norma es inaplicable al caso, y en consecuencia es imposible exigir el cumplimiento de las obligaciones descritas en dicha norma internacional para el país exportador<sup>170</sup>. Sin embargo, el Convenio de Basilea es plenamente aplicable al tratamiento y eliminación de los residuos, ya que el Estado chileno, debe manejar, transportar y eliminar los desechos acopiados en Quebrada Encantada dando cumplimiento a las directrices establecidas por el mismo.

En cuanto a la aplicación del régimen de responsabilidad ambiental regulado por la Ley 19.300, es relevante tener en cuenta que el artículo 63 establece una regla especial en materia de prescripción de la acción ambiental, ya que a diferencia de lo establecido en el régimen civil de responsabilidad extracontractual, el plazo de prescripción es de cinco años contados desde que se produce la manifestación evidente del daño.

En el caso de Arica, este tema es relevante, debido a que constituye uno de los principales argumentos esgrimidos por Promel para enfrentar la demanda por reparación del daño ambiental, haciendo presente en su defensa, que la acción interpuesta por los pobladores estaba prescrita. La Corte de Apelaciones de Arica en relación a este asunto señaló que: “Los demandados Promel

---

<sup>170</sup> CONVENIO de Basilea, Artículo 4 número 1 letra c) señala que: Las Partes prohibirán o no permitirán la exportación de desechos peligrosos y otros desechos si el Estado de importación no da su consentimiento por escrito a la importación de que se trate, siempre que dicho Estado de importación no haya prohibido la importación de tales desechos. El número 2 del mismo artículo agrega que: Cada Parte tomará las medidas apropiadas para: g) Impedir la importación de desechos peligrosos y otros desechos si tiene razones para creer que tales desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional. Por su parte el artículo 8 establece la obligación de reimportar los residuos “Cuando un movimiento transfronterizo de desechos peligrosos o de otros desechos para el que los Estados interesados hayan dado su consentimiento con arreglo a las disposiciones del presente Convenio no se pueda llevar a término de conformidad con las condiciones del contrato, el Estado de exportación velará porque los desechos peligrosos en cuestión sean devueltos al Estado de exportación por el exportador, si no se pueden adoptar otras disposiciones para eliminarlos de manera ambientalmente racional dentro de un plazo de 90 días a partir del momento que el Estado de importación haya informado al Estado de exportación y a la Secretaría, o dentro del plazo en que convengan los estados interesados. Con este fin, ninguna Parte que sea Estado de tránsito ni el Estado de exportación se opondrán a la devolución de tales desechos al Estado de exportación, ni la obstaculizarán o impedirán”.

Ltda. y Cía. C.P.A., David Fux Glickman y Blas Martino Muñoz han hecho valer la excepción de prescripción de la acción ambiental, aduciendo que la importación de los residuos metálicos se produjo en el año 1984, por lo que aclarando la argumentación que se da en el considerando décimo quinto, debe tenerse presente lo que establece el artículo 63 de la Ley N° 19.300, al prescribir que la acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescriben en el plazo de cinco años, contado desde la manifestación evidente del daño; daño ambiental que se hizo evidente sólo en el año 1997, ya vigente la disposición legal recién citada, por lo que se debe confirmar lo resuelto por el juez de la causa”.

En relación a la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta en contra del Estado de Chile, por falta de servicio resultan aplicables las normas de responsabilidad extracontractual del Estado. Estas reglas de derecho público, fueron aplicadas por la Corte de Apelaciones de Arica y por la Corte Suprema, en cuanto los demandantes lograron acreditar que el Servicio de Salud de Arica, había incurrido en una falta de servicio y por tanto era responsable del daño moral<sup>171</sup> causado a los habitantes de las poblaciones aledañas al lugar del acopio, como consecuencia de la contaminación.

En cuanto a la legitimación pasiva, la Ley N° 19.300 es clara al señalar que “todo el que culposa o dolosamente cause un daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo<sup>172</sup>”, de manera que esta acción se puede dirigir en contra de cualquier persona, ya sea natural o jurídica e incluso es posible interponerla en contra del Estado por los daños que éste ocasione en su administración. La regla según la cual es posible demandar al Estado por los daños ocasionados por su falta de servicio, se deriva de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del

---

<sup>171</sup> Si bien las decisiones de la Corte de Apelaciones de Arica y de la Corte Suprema, reconocieron la existencia del daño moral ocasionado a los vecinos de Arica producto de la exposición a elementos contaminantes, no se pronunció respecto de la existencia de daño material, condenando sólo al pago de una indemnización por daño moral.

<sup>172</sup> CHILE. Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio, Artículo 51.

Estado<sup>173</sup>, la que establece que los órganos de la Administración serán responsables por los daños que causen en el ejercicio de sus funciones. Al ser el Servicio de Salud un órgano de la administración estatal, debe en su actuar dar cumplimiento a la normativa de derecho público y por tanto dar atención a las necesidades públicas en los términos establecidos por la ley.

C. El acopio de los contaminantes y sus efectos nocivos en la población afectada.

a. Efectos que ocasiona en la salud humana la presencia de metales pesados.

Los residuos importados desde Suecia tenían su origen en la actividad minera por lo que contenían índices elevados de plomo, arsénico, boro, cadmio, mercurio, cobre y zinc. De todos estos elementos, los más nocivos para la salud humana son el plomo, el arsénico y el boro, es por ello que se efectuará un análisis detallado de los efectos que generan estos metales en la salud de las personas expuestas a ellos.

Según el profesor de fisiopatología de la Universidad de Chile, Andrei Tchernitchin<sup>174</sup> los efectos causados por la intoxicación por metales pesados pueden ser i) inmediatos, lo que es de difícil ocurrencia por el alto nivel de intoxicación que requieren, ii) progresivos, y iii) diferidos.

---

<sup>173</sup> Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, Artículo 4, “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que las hubiere ocasionado”.

<sup>174</sup> Esta información es entregada por el profesor a la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados.

Entre los efectos diferidos se encuentran:

- a. Las mutaciones, que pese a ser poco frecuentes, radican su gravedad en que permanecen en la población a través de muchas generaciones.
- b. El cáncer, al respecto el profesor señala que cada sustancia tóxica produce subtipos de cáncer. Cuando se da un cáncer como el del pulmón por ejemplo, que es provocado por muchos tóxicos distintos, se pueden encontrar tumores marcadores que son producidos exclusivamente por un tipo de metal tóxico. Explica por ejemplo que el arsénico tiene como tumor marcador el de la vejiga urinaria. Por lo tanto, si se encuentra cáncer a la vejiga en un lugar determinado, lo más probable es que sea causado por arsénico, agregando que en Antofagasta por ejemplo existen mayores índices de este tipo de cáncer que en el sur, posiblemente porque la gente del norte está más expuesta a este metal pesado.
- c. El imprinting<sup>175</sup>, que consiste en cambios funcionales irreversibles que afectan a diversas células, órganos y sistemas, que persisten por toda la vida, y que se manifiestan como alteraciones funcionales de los órganos o la disposición para desarrollar diversas enfermedades en forma diferida, como cáncer, infertilidad, alteraciones endocrinas y patologías neuroconductuales, tales como personalidad agresiva, tendencia a desarrollar conductas delictivas o adicción a las drogas.

El plomo deja, como imprinting, un déficit en el sistema nervioso central para toda la vida. Disminuye el coeficiente intelectual, el aprendizaje, la memoria, la capacidad de atención. Además, produce trastornos irreversibles en la conducta e hiperactividad en los niños, lo cual se traduce en mayor agresividad cuando son mayores.

---

<sup>175</sup> Según el profesor Andrei Tchernitchin no existe traducción al español para este concepto.

Por otra parte, el plomo produce por la vía del imprinting, infertilidad masculina y femenina en forma irreversible, abortos espontáneos<sup>176</sup> y, además, cambios en los receptores del sistema nervioso central, lo que se traduce en una mayor capacidad de caer en adicción a las drogas.

En cuanto a la contaminación por plomo, el profesor Tchernitchin señala que en los niños es reversible, sin embargo cuando ésta supera los 8 microgramos en el organismo hay retardo en el crecimiento, disminución en el coeficiente intelectual y en la audición, efectos que son irreversibles.

En adultos los efectos del plomo son menores, cuando este metal se encuentra en índices que superan los 10 microgramos en el organismo se produce una hipertensión arterial leve.

El doctor Enrique París, Director del Centro de Información Toxicológica y de Medicamentos de la Pontificia Universidad Católica de Chile<sup>177</sup>, al referirse a la contaminación por este metal, señala que el nivel de plomo en la sangre aceptable es de 10 microgramos por decilitro de sangre, con niveles menores a 9 siempre existirá un cierto daño neuronal. En relación a los mecanismos de toxicidad de plomo señaló que éste tiene varios mecanismos, por ejemplo, bloquea algunas enzimas relacionadas con la producción de glóbulos rojos, produce edema cerebral, que se puede caracterizar por cefalea intensa, cambios en la conducta cuando es una intoxicación aguda, incluso por convulsiones y muerte, daño a nivel de la mierina de administración, daño axonal en las neuronas, que son las que comunican una neurona con otra, daño tubular renal e hipertensión arterial.

Es importante señalar que el plomo se fija un noventa por ciento en los huesos, pudiendo permanecer en el organismo hasta por veinte años. Una vez absorbido, por inhalación, ingestión o percutáneo, el plomo se distribuye en los tejidos blandos del organismo y en los huesos.

---

<sup>176</sup> Cámara de Diputados. Informe Final Comisión Investigadora. p. 14. El profesor Tchernitchin al referirse a este tema señaló que la mayoría de las mujeres que viven en las poblaciones de Arica cercanas al Sitio F, tienen sólo un hijo, no obstante haber estado embarazada en varias oportunidades.

<sup>177</sup> Los datos entregados corresponden a las declaraciones entregadas por el profesional a la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados.

En relación al arsénico, se señala que los niveles permisibles de arsénico en la sangre son de 2 a 7 microgramos por decilitro de sangre.

El efecto que produce el arsénico en el organismo es bloquear las formas naturales que tiene éste para obtener energía y poder moverse, con lo cual el sujeto se siente agotado, con fatiga o cansado. El arsénico también produce malformaciones fetales, principalmente del sistema nervioso central.

La intoxicación crónica produce pérdida de peso, anorexia, ulceración tracto intestinal, neuropatía periférica, que se puede detectar con un examen clínico; temblores, alteración en la piel y uñas, conocida como las líneas Mees; alteraciones en la planta de los pies y manos, una hiperkeratosis, es decir, se endurece la piel<sup>178</sup>.

La intoxicación crónica produce alteraciones graves en la vejiga, cáncer vesical, cáncer pulmonar y cáncer a la piel. De hecho, el cáncer a la vejiga es un marcador biológico de que una persona estuvo expuesta a arsénico en el pasado<sup>179</sup>.

En tercer lugar, el boro es considerado un metal cuya presencia en el organismo es normal si no supera los 0,2 a 0,6 miligramos diarios. En los fetos la presencia de 12 miligramos genera menor peso fetal, anormalidad en las costillas, malformaciones fetales y con índices superiores a 25 es posible que se produzcan malformaciones testiculares. La dosis letal en adultos es de 15 a 20 gramos.

La presencia de boro a nivel de piel, puede producir dermatitis severa, descamación y exoriación. Afecta el sistema nervioso central, produciendo letargia, debilidad muscular e incluso convulsiones y coma, cuando se trata de una intoxicación aguda masiva.

---

<sup>178</sup> Cámara de Diputados. Informe Final de la Comisión Investigadora, p. 11.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 12.

A nivel cardiovascular, puede producir alteraciones graves de tipo shock e hipotensión. También afecta al riñón y al hígado. Puede producir en el niño un cuadro gravísimo de insuficiencia respiratoria.

b. Manifestación de los daños por contaminación por metales pesados en las víctimas de Arica.

Como hemos señalado la exposición a metales pesados, tales como plomo, arsénico, boro, cobre y zinc, puede ocasionar diversos daños a la salud, los que van desde reacciones cutáneas como en el caso de contaminación por boro, hasta daños neuronales e incluso malformaciones genéticas como ocurre con la presencia de plomo en el organismo. La presencia de estos metales en el organismo humano, dependiendo de la concentración en que se encuentre genera daños a la salud, que muchas veces pueden ser irreversibles. En consecuencia, establecida la existencia y concentración de metales pesados en el organismo de una persona, es posible deducir que los problemas a la salud que esta persona evidencia se deben a la presencia del metal tóxico en su cuerpo.

Las víctimas de Arica presentaban recurrentemente dolencias tales como cefaleas, vómitos, caída de cabello, desmayos, diarreas, mareos, erupciones en la piel, problemas mentales, entre otras. Los pobladores de las villas cercanas al lugar del acopio se fueron dando cuenta de la recurrencia de este tipo de síntomas, lo que unido al mal olor que despedía el Sitio F, los llevó a deducir que posiblemente se encontrarían expuestos a algún tipo de contaminación, la que sería responsable de los males que los aquejaban.

A fin de descartar la contaminación como causa de sus enfermedades, los vecinos de Arica se realizaron distintos exámenes médicos, los que en definitiva arrojaron que sus organismos presentaban niveles de plomo y arsénico superiores a los permitidos por la normativa chilena.

La Corte de Apelaciones de Arica<sup>180</sup> al fallar el asunto señala que los demandantes han sufrido los efectos tóxicos que emanaban del acopio de residuos peligrosos, contenedores de

---

<sup>180</sup> Corte de Apelaciones de Arica, op. cit., considerando decimocuarto, p.13.

plomo, zinc, arsénico, cadmio, mercurio, cobre, que ingresaron a sus organismos por ingestión y respiración, debido a la acción de los vientos y del contacto directo o indirecto con el acopio peligroso, produciéndoles en su salud, entre otros síntomas, caída de cabello, desmayos, vómitos, diarreas, mareos, dolor de cabeza, erupciones en la piel, problemas mentales, en muchos de ellos, ello sin contar con las posibles consecuencias genéticas que pudieren detectarse en el futuro.

Es preciso recordar que en el caso de las víctimas de Arica, se pudo establecer con certeza que existió contaminación por metales pesados, que éstos ocasionaron efectivamente daños a la salud, algunos plenamente identificables pero otros aún imposibles de cuantificar, dado que permanecerán latentes para siempre en los organismos de las víctimas, tal es el caso de los daños genéticos.

El Ministro de Salud don Pedro García Aspillaga, en su declaración a la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados señaló que los estudios realizados por el Servicio de Salud, determinaron que 558 personas mostraban niveles de plomo más altos de lo que la norma autoriza o recomienda, es decir, superiores a 10 microgramos por decilitro de sangre. En relación a la manifestación de los daños, señaló que en los niños los daños se manifestaron como cefalea, alto grado de irritabilidad, deficiencias en los estudios, disminución del coeficiente intelectual, entre otros síntomas. En la misma declaración el Ministro pone de manifiesto los daños que puede ocasionar el plomo en el organismo con el caso de un niño de once años, que presentaba niveles elevados de plomo en los huesos, y que producto de la contaminación quedó inválido.

En consecuencia, una vez que fue posible acreditar la presencia metales pesados en el organismo de los pobladores cercanos al sitio F, se logró presumir razonablemente que los síntomas que éstos sufrían se debían a la contaminación a la que estaban expuestos.

D. Medidas ambientales y sanitarias llevadas a cabo para remediar los daños a la salud y al medio ambiente.

Como se ha señalado, desde que los productos tóxicos ingresaron a Chile en 1984, la autoridad sanitaria no realizó ninguna acción tendiente a determinar el carácter tóxico de los residuos o ha prevenir la contaminación de la población debido al depósito de estos desechos. Sólo se cuenta con un documento ordinario de 27 de marzo de 1984, en el que el Instituto de Salud Pública señala que “las muestras de barro con contenidos metálicos no es tóxica, salvo que se ingiera accidentalmente, que se derrame o contamine productos alimentarios o que se procese y la producción de trióxido de arsénico origine contacto dermal o respiratorio con el trabajador, inadecuadamente protegido, causándole serio daño”<sup>181</sup>.

La autoridad sanitaria comenzó a realizar análisis químicos a los compuestos el año 1996, indicó que los barros con contenidos metálicos tenían altos niveles de plomo, arsénico, boro, cadmio, zinc y cobre, metales todos generalmente derivados de la actividad minera. El año 1997 se confirmó la información entregada por los análisis efectuados el año 1996 y según lo señalado por el Ministro de Salud, don Pedro García Aspillaga, se calificó la situación como una emergencia sanitaria ambiental.

Las medidas se adoptaron coordinadamente entre el Servicio de Salud, la Conama y la Municipalidad de Arica y contemplaron el traslado de los residuos desde el Sitio F a Quebrada Encantada y la realización de análisis químicos a las víctimas afectadas por la contaminación junto con un seguimiento a su estado de salud.

El traslado de los residuos tóxicos desde el Sitio F a Quebrada Encantada, se llevó a cabo el año 1998 y se realizó de acuerdo al Plan de Manejo presentado para estos efectos por la empresa Promel Limitada. Según el Subdirector del Servicio de Salud del Ambiente, el señor Nolberto García Díaz, los residuos tóxicos fueron removidos del Sitio F, con el fin de disminuir la exposición de la población a los productos contaminados. Agrega en su declaración a la

---

<sup>181</sup> Cámara de Diputados. Informe Final de la Comisión Investigadora, loc. cit.

Comisión Investigadora que la decisión de trasladar los residuos “se tomó el 12 de diciembre de 1997 (...). Se dictó una resolución sanitaria para sacar los acopios, refrendada por la Conama Regional y con conocimiento de la autoridad comunal. El lugar en donde se iban a depositar los acopios lo propuso el Servicio de Geología y Minería, sobre la base de tres alternativas. Se eligió el lugar y fue aprobado por el comité técnico, de acuerdo con los antecedentes presentados por el Servicio de Geología y Minería. Era un lugar donde había sustrato basal, que es una roca impermeable; por lo tanto, no había posibilidad de infiltración a la napa freática. Dicho lugar estaba a 2 mil 800 metros de los poblados, y no sujeto a escorrentía (...)”<sup>182</sup>.

Removidos los materiales tóxicos del Sitio F, la autoridad sanitaria tomó una serie de medidas para evitar el contacto de la población con los contaminantes que de acuerdo a los estudios realizados por la misma autoridad, aún permanecían en el lugar, para ello se puso un sello de un metro y medio de tierra compactada sobre el terreno y se levantó un cierre perimetral que impide el paso de personas al lugar.

De acuerdo a lo señalado por las autoridades públicas a cargo de la gestión de los desechos, el traslado, manipulación y tratamiento de éstos fue el más óptimo y adecuado atendidos los estándares modernos de manejo de residuos peligrosos. Sin embargo en ciertas oportunidades se reconoce por la autoridad que este tratamiento no fue adecuado, ya que se entendía como una solución transitoria, esperando que la solución definitiva al problema fuera la reimportación de los materiales a Suecia<sup>183</sup>.

Dado el nivel de contaminantes encontrados en el Sitio F, es que la autoridad restringió su uso, de manera que cualquier actividad que allí se pretenda instalar deberá someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en el caso que el artículo N°10 de la ley 19.300 o el

---

<sup>182</sup> Cámara de Diputados. Informe Final de la Comisión Investigadora, p. 37.

<sup>183</sup> Cámara de Diputados. Informe Final Comisión Investigadora op. cit. p. 36. Al respecto el doctor Nolberto García Díaz señaló que “La solución se planteó como transitoria, porque, en virtud de las gestiones que realizaban en ese tiempo el Alcalde Paredes, el señor Naranjo y otras personalidades y autoridades, estaba la posibilidad de conseguir que Suecia los retirara”.

artículo 3° del Reglamento del SEIA así lo indiquen. También se establecieron restricciones específicas por parte de la autoridad sanitaria, tales como prohibición de romper el sellado, prohibición de subdividir el terreno para su enajenación a terceros, prohibición de utilización del suelo con fines habitacionales, prohibición de utilización de la tierra existente en forma descubierta en el sitio, pudiéndose sólo instalar jardineras con tierra proveniente de otros sectores, entre otras.

En cuanto al tratamiento de los residuos en Quebrada Encantada, el señor Nolberto García Díaz declaró a la Comisión Investigadora que para llevar a cabo el encapsulamiento de los desechos “se colocó una geomembrana de material inerte, de 20 a 30 centímetros. Se levantó un cierre perimetral de albañilería, con una puerta metálica de ingreso. Cada dos años, se hace un muestreo del entorno del material de cobertura. Se estableció una señalética y se efectúa una inspección periódica.”

Junto con el traslado de los desechos a Quebrada Encantada, se desarrollaron programas públicos de limpieza de techos y suelos para aspirar el material tóxico y evitar así que éste ingresara en el organismo de los pobladores del sector industrial de Arica. Estas gestiones fueron efectuadas en conjunto con la Municipalidad de la ciudad, poniendo mayor énfasis en la limpieza de los sectores en que habitaban niños cuyos índices de plomo en la sangre superaban los 15 microgramos por decilitro.

En relación a las medidas tendientes a mitigar el daño a la salud de la población y la exposición de ésta a los materiales tóxicos, el Ministerio de Salud ha realizado diversos exámenes e incluso seguimientos a determinados sectores o grupos de personas que demostraban tener los índices más altos de contaminantes en el organismo<sup>184</sup>. En esta medida se han realizado

---

<sup>184</sup> El Ministerio de Salud ha incurrido en grandes gastos para reparar el daño ambiental ocasionado en Arica, por ejemplo por concepto de traslado de materiales gastó \$66.144.547; por la ejecución de los monitoreos de seguimiento, lo que incluye análisis y envío de muestras, ocupó \$13.000.000; y el pago de horas funcionarias y combustible utilizado en dar seguimiento al plan de recuperación ambiental, significó un total de \$28.440.000. A lo anterior debe agregarse la suma de \$3.777.385 que la Municipalidad de Arica, por medio de la Directora del Servicio Municipal de Salud, Paulina Durán Herrera, por medio del ORD. N°0536, de fecha 3 de julio de 2001, solicitara al Director del Servicio de Salud de Arica, por

exámenes médicos a 5.000 personas, de las que sólo 150 mostraron tener índices de entre 15 y 20 microgramos de plomo por decilitro de sangre, y apenas 5 evidenciaron niveles superiores a los 30 microgramos de plomo por decilitro.

Junto con los muestreos se han realizado tratamientos médicos a los niños cuyos exámenes arrojaron mayor presencia de contaminantes en el organismo, el tratamiento adoptado por la autoridad sanitaria consiste principalmente en suministrar quelantes, que son medicamentos específicos cuyo efecto es la eliminación del arsénico y el plomo, especialmente del radicado en el sistema óseo, por la vía de la precipitación. Además de ello se implementó la entrega de suplementos alimenticios y leche, privilegiando una dieta rica en calcio a los niños que en los análisis efectuados en 1998 arrojaron niveles elevados de plomo en el organismo.

## **2.2. Análisis jurídico del proceso seguido en contra de Promel Ltda. y Fisco de Chile por daño ambiental.**

### A. Demanda.

El 18 de junio de 1999 los vecinos de las poblaciones Los Industriales y Cerro Chuño, presentaron una demanda ante el Tercer Juzgado de Letras Civil de Arica (Rol N°22.523-99) contra:

- a) Promel Ltda. y Procesadora de Metales Ltda., y algunos de sus ejecutivos en sus calidades de administradores, socios administradores y representantes legales, por daño ambiental, solicitando la reparación a su costa de todo el medio ambiente dañado

---

concepto de inversión en control y tratamiento médico profesional –entre noviembre del 2000 a igual mes de 2001- los niños con 10 o más mg/dl de plomo, quienes son atendidos en los consultorios Amador Neghme, Oriente y Víctor Bertín Soto. Fuente: Informe sobre acopio de residuos tóxicos y peligrosos internados ilegalmente por la Empresa Promel en sectores poblacionales de la ciudad de Arica [en línea] <http://www.alejandronavarro.cl/defensa/plomoarica/index.htm#>, [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2007].

originalmente, incluyendo la eliminación total y definitiva de los residuos trasladados a Quebrada Encantada.

- b) El Servicio de Salud de Arica, por falta de servicio, para obtener indemnización de perjuicios, que incluya daños materiales, reservándose la facultad para determinar el monto de la indemnización en el cumplimiento incidental del fallo y daño moral, que los demandantes estimaron en la suma de \$25.000.000 para cada uno de los afectados, o la suma que el Tribunal determine.

#### B. Fundamentos jurídicos que sirvieron de base a la demanda.

Como puede desprenderse de lo señalado en relación a las normas jurídicas aplicables a este caso, las acciones de reparación y de indemnización por daño ambiental, seguidas en contra de la empresa Promel y el Fisco de Chile, respectivamente se sustentaron en las normas especiales de responsabilidad ambiental establecidas en la Ley N° 19.300, artículos 51 y siguientes, en las disposiciones de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, especialmente los artículos 4 y 42, y de las normas constitucionales que hacen referencia a la responsabilidad del Estado y de la Administración por los daños ocasionados en el ejercicio de sus funciones, artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República. Además se aplicaron las normas del Código Sanitario que determinan la forma en la que el Servicio de Salud debe cumplir con sus funciones públicas, todo ello en miras a configurar la falta de servicio y consecuentemente la obligación de indemnización por parte de la autoridad pública.

## C. Análisis de la acreditación de los elementos del juicio de responsabilidad ambiental.

### 1. Acción de reparación ambiental.

Como se indicó, los vecinos de las poblaciones Los Industriales y Cerro Chuño de Arica demandaron a Promel Limitada, sus representantes y administradores la reparación del medio ambiente dañado, la que solicitaron se efectuara mediante: i) el saneamiento integral del sitio original de acopio de los desechos, y ii) la eliminación completa de las 20.901 toneladas de material existentes en Quebrada Encantada, de una manera ambientalmente racional, o bien, su reimportación al país exportador, o si ninguna de las acciones anteriores fuere materialmente posible, obligar a los demandados a efectuar la disposición final de los residuos peligrosos, bajo máximas seguridades y medidas ambientales que sea posible establecer en un estudio de impacto ambiental<sup>185</sup>.

A continuación analizaremos cada uno de los elementos que configuran el juicio de responsabilidad en nuestra legislación ambiental, señalando en cada caso las implicancias que habría tenido la aplicación en el caso Arica de un sistema objetivo de responsabilidad con presunciones de la relación de causalidad.

#### a) Prueba de los daños ambientales y de la relación de causalidad entre la importación del material y los daños al medio ambiente.

En el caso Arica, el daño ambiental está conformado por la contaminación ocasionada al suelo debido a la presencia de metales pesados por sobre los límites permisibles. En consecuencia en lo que respecta a la prueba del daño ambiental, fue necesario acreditar la presencia de metales tóxicos en concentraciones superiores a los máximos permisibles por la norma chilena lo que configura daño ambiental.

---

<sup>185</sup> Corte de Apelaciones de Arica, op. cit., p. 7.

En relación a la prueba del daño ambiental y de la relación de causalidad, el abogado patrocinante de los demandantes, Francisco Ferrada Culaciati<sup>186</sup>, señaló que la principal dificultad que enfrentaron, fue acreditar un daño ambiental cuyos antecedentes se evidenciaron muchos años antes al periodo de prueba en el proceso. Esta prueba se dificultó aún más, considerando que el año 1998 los residuos fueron removidos desde el Sitio F, lo que hace presumir que a la fecha en que se tuvo que acreditar la presencia de contaminación en el lugar, ésta debió ser menor a la existente en los inicios del problema. Afortunadamente, según nos señala el abogado, existían numerosos informes y estudios realizados por fundaciones de la ciudad de Arica, en los que se demostraba que el lugar contenía índices elevados de plomo, arsénico y otros metales tóxicos. Un ejemplo de ello es el estudio llevado a cabo por la Universidad de Tarapacá, denominado proyecto Centinela, “que consistía en la colocación de paneles en los techos de las casas y estos paneles eran limpiados una vez a la semana, los paneles estaban ubicados en puntos estratégicos del lugar, en relación a los vientos fluctuantes de la zona, durante día y noche. El polvo extraído de los paneles era analizado y sometido a exámenes químicos que determinaban el nivel de contaminantes, se registró la evolución de los contaminantes durante un periodo de seis meses. Terminado el estudio éste arrojó que todas las muestras sacadas tenían presencia de plomo y arsénico”<sup>187</sup>. La importancia de estos estudios radica en que los demandantes tuvieron una forma fácil y gratuita de obtener prueba suficiente para acreditar el daño ambiental.

Los informes que se tenían fueron acompañados al proceso y ratificados por medio de las declaraciones de los científicos a cargo de las investigaciones. Otra prueba importante, considerada y presentada en el proceso, fue la inspección del lugar por el juez de la causa, quien acompañado de un perito sacó muestras del terreno. Estas muestras fueron analizadas y todas

---

<sup>186</sup> Los abogados Francisco Ferrada junto y Fernando Dougnac patrocinaron la demanda de reparación e indemnización por daño ambiental seguida contra la empresa Promel Limitada y Fisco de Chile. El señor Ferrada accedió a dar una entrevista para comentar el caso y analizar el sistema de responsabilidad ambiental chileno. Don Francisco Ferrada Culaciati es abogado de la Universidad de Chile, miembro de la ONG ambientalista FIMA y profesor de Derecho Procesal de la misma Facultad y Universidad.

<sup>187</sup> Francisco Ferrada Culaciati, abogado demandante en el caso de contaminación por plomo de Arica.

ellas arrojaron presencia de plomo y arsénico en niveles superiores a los permitidos por la norma chilena.

El abogado demandante nos señala que si todas las muestras arrojaron resultados similares y niveles de metales tóxicos por sobre la normativa, el juez de acuerdo a las reglas de la lógica y la sana crítica, no pudo hacer menos que presumir que antes de remover el acopio, los índices debieron ser mayores a los observados en los análisis.

En las conclusiones del Informe presentado por la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, se constata la existencia de daño ambiental en el lugar del acopio, en este sentido la Comisión asegura que “se encuentra acreditada la existencia de un grave problema de contaminación ambiental en Arica, vinculado al plomo, el arsénico y el cadmio, sustancias reconocidas como tóxicas para la salud humana. Se hace presente que un 25% de las muestras analizadas en el polvo sedimentado de los patios de algunas casas afectadas sobrepasaron las normas permitidas a nivel internacional”<sup>188</sup>.

La labor probatoria de los demandantes tuvo frutos, ya que la Corte de Apelaciones de Arica, en su considerando Quinto dio por acreditado el daño ambiental en los siguientes términos: “Que, en consecuencia, debe concluirse que en autos se encuentra debidamente comprobada que la existencia del acopio de barros con contenido metálico en el sitio F de la zona industrial ha provocado contaminación en el terreno de dicho sector, produciendo un daño ambiental en la forma que se establece en la Ley N° 19.300”<sup>189</sup>.

En cuanto al daño ambiental, tanto el régimen de responsabilidad estricta como el de responsabilidad por culpa, exigen que se acredite este elemento para configurar la obligación de reparación. Por lo que en este punto del análisis, el régimen de responsabilidad aplicado en Chile, no representa mayores desventajas respecto de uno de corte objetivo, ya que en ambos

---

<sup>188</sup> Cámara de Diputados. Informe Final de la Comisión Investigadora. p. 651.

<sup>189</sup> Corte de Apelaciones de Arica, op. cit., p. 8.

casos se requerirá probar la existencia del daño ambiental. Sin embargo, el sistema chileno de responsabilidad por culpa resulta desventajoso respecto de uno objetivo en el que se presume la relación de causalidad<sup>190</sup>, ya que en estos sistemas la carga de la prueba del nexo causal se traslada de la víctima del daño al contaminador, siendo este último el que deberá acreditar que su actuar no generó el daño, rompiendo la causalidad mediante la prueba del hecho de un tercero, de la víctima o, la verificación del caso fortuito.

Según nos indica el abogado patrocinante Francisco Ferrada, en el caso de Arica la prueba de la relación de causalidad tampoco presentó mayores dificultades prácticas, por cuanto este elemento se acreditó con los mismos informes técnicos con los que se probó la existencia del daño ambiental, sin embargo nos señala que la posibilidad de dar por establecida la relación de causalidad pudo verse afectada por cuanto la contraparte intentó romper el nexo causal alegando que la contaminación por plomo provenía no sólo de la internación de residuos efectuada por Promel, sino también del acopio de plomo presente en la Estación de Ferrocarriles de Arica a La Paz<sup>191</sup>. Sin embargo, el abogado Ferrada señaló que dicha alegación no prosperó dado que Promel no rindió prueba para intentar acreditar la concurrencia de hechos causantes. Con todo, es posible concluir que en el caso Arica no existieron dificultades prácticas para acreditar el daño ambiental y la relación de causalidad entre la importación de los residuos y la generación de contaminación, sin embargo es necesario hacer presente que la facilidad de rendir prueba en este proceso se debió a las características particulares que reviste, dadas principalmente por la demanda interpuesta simultáneamente en contra del Servicio de Salud de Arica. En este sentido, el abogado Francisco Ferrada nos recuerda que las pruebas rendidas durante el proceso se generaron con anterioridad a él, especialmente durante el sumario sanitario iniciado por el

---

<sup>190</sup> La tendencia en la legislación ambiental comparada es presumir la relación de causalidad cuando el origen de la contaminación se encuentra en el ejercicio de una actividad o el manejo de una sustancia peligrosa. Así el artículo 3 de la Ley 26/2007 de España establece que “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el Anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo.

<sup>191</sup> MONTENEGRO, Sergio. Comentarios sobre jurisprudencia en materia ambiental de tribunales superiores de justicia: Caso “Contaminación por plomo en Arica”. Santiago, Revista de Derecho Ambiental. No. 3 (2009), p.187.

Servicio de Salud al declarar la emergencia sanitaria y ambiental y durante el recurso de protección interpuesto por el alcalde de Arica señor Iván Paredes el 6 de febrero de 1998. En consecuencia, podemos afirmar que, en el caso Arica los demandantes no vieron mermada su defensa a consecuencia del carácter subjetivo del sistema de responsabilidad ambiental, ya que al estar involucrado el Estado en los hechos que originaron el foco de contaminación, el mismo Estado generó prueba antes del inicio del mismo a fin de detener el daño ambiental. Por tanto si despojamos al caso Arica de las ventajas de litigación presentes como consecuencia de la intervención del Estado en el asunto, es innegable que un régimen objetivo de responsabilidad con presunciones de causalidad habría reportado mayores posibilidades de defensa a las víctimas. En este sentido, el abogado Francisco Ferrada nos plantea la siguiente hipótesis, si Promel hubiera dispuesto los materiales tóxicos no en el lugar elegido por ellos, sino en el indicado por el Estado, la relación de causalidad se habría interrumpido por la decisión estatal. En esta hipótesis la responsabilidad objetiva ambiental con un régimen de presunciones de causalidad, habría sido de gran ayuda, ya que en la demanda las víctimas habrían tenido que plantear que en atención a que Promel realizó una actividad que entrañaba peligro, la que está conformada por la importación de material tóxico, se debe presumir que el daño es consecuencia de esta actividad. En cambio, en un sistema subjetivo de responsabilidad el análisis es distinto, ya que la demanda debe plantear que la empresa importó residuos tóxicos y que su actuar generó contaminación, además de acreditar que la decisión del Estado no fue causa directa del daño, por cuanto éste se generó igualmente pero en un sitio diverso. Teniendo presente la hipótesis planteada las ventajas del sistema de responsabilidad objetivo con presunciones de causalidad son evidentes.

c) La culpa del autor del daño.

Una vez acreditada la existencia del daño ambiental, la víctima está capacitada para entablar la acción de reparación, sin embargo para que su pretensión tenga acogida debe además probar que el autor del daño incurrió en culpa o dolo. La culpa en este caso está determinada por el conocimiento que tenía la empresa chilena al efectuar la internación respecto de la toxicidad de los materiales. Como podemos apreciar este es un elemento cuya prueba es sumamente compleja, ya que implica acreditar un hecho que dice relación con el conocimiento de la

toxicidad o peligrosidad de una sustancia. En el caso Arica, los demandantes lograron acreditar que la empresa Promel tenía conocimiento de la toxicidad de los materiales, ya que cuando dicha empresa ingresó el material no precisó que éste provenía de residuos generados en una industria minera, por el contrario señaló que se trataba de material para procesar y extraer minerales, ocultando con ello el carácter tóxico de los residuos<sup>192</sup>.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica señaló al respecto, que Promel había actuado con dolo, ya que no sólo tenía conocimiento que los materiales importados eran tóxicos, sino que además ocultó este hecho a la autoridad en la declaración entregada al momento de la internación. A este propósito la Corte señala: “(...) resulta procedente la demanda que se ha interpuesto por este concepto contra la sociedad Promel Ltda. y Cía. C.P.A., y David Fux Glickman y Blas Martino Muñoz, sus representantes, toda vez que resultan responsables del daño ambiental producido, ya que en conocimiento de la naturaleza peligrosa y tóxica de dichos barros, nada hicieron para evitar las consecuencias perniciosas de ese acopio de residuos minerales, importados con un fin que nunca cumplieron, llegando incluso a tratar de deshacerse de ellos abandonándolos a beneficio fiscal, lo que no le fue aceptado por la autoridad aduanera, por lo que se concluye que son plenamente responsables de su acción dolosa conforme lo señala el artículo 51 de la Ley N° 19.300”<sup>193</sup>.

Julio Monreal, Director del Departamento de Salud del Ambiente señaló a la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, que la empresa tenía conocimiento del contenido tóxico de los materiales, e incluso intentó ocultar este hecho a la autoridad de la época, ya que sólo se reconoció por la empresa que se trataban de residuos cuando la autoridad comenzó a investigar el origen de éstos. Por otro lado, agrega que la empresa tenía conocimiento de la toxicidad de los materiales, dado que aparentemente habría existido un pago por parte de la empresa sueca Boliden Metals para deshacerse de los residuos<sup>194</sup>, distinto a lo señalado por

---

<sup>192</sup> Cámara de Diputados. Informe Final de la Comisión Investigadora. p. 40.

<sup>193</sup> Corte de Apelaciones de Arica, op. cit., p. 8-9.

<sup>194</sup> Cámara de Diputados. Informe Final Comisión Investigadora, p. 40.

Promel, quien argumenta haber comprado los materiales para reciclarlos y obtener de ellos metales útiles, como cobre y oro.

En relación a la prueba del dolo de Promel, el abogado patrocinante de la demanda, nos señaló que los principales medios probatorios utilizados fueron i) los documentos presentados por Promel al importar los residuos, en los que los cataloga como material para procesar, omitiendo su naturaleza tóxica, ii) los documentos presentados por Promel al Servicio Nacional de Aduanas al solicitar el desaduanamiento del material, iii) la solicitud presentada por la misma empresa para depositar los residuos en el Sitio F, bajo la condición de no procesarlos, sin antes pagar los impuestos aduaneros de internación y en iv) los documentos fiscales en que Promel solicita el abandono del material importado a beneficio fiscal. Con la acreditación de los hechos relatados, nos señala el abogado, lograron convencer al juez que la empresa había incurrido en dolo, o cuanto menos en un actuar sospechoso, ya que en conocimiento de la toxicidad de los materiales los importó al país, previendo que no tendría recursos para pagar los derechos de aduanas y por ello solicitó el abandono de los mismos a beneficio fiscal. En cuanto a la facilidad de producir prueba, el abogado Ferrada nos indicó que la documentación necesaria para acreditar los hechos relatados fue obtenida gracias al sumario sanitario iniciado por el Servicio de Salud de Arica a propósito de la declaración de emergencia sanitaria ambiental, y en la tramitación del recurso de protección interpuesto por el entonces alcalde de Arica. En consecuencia, la carga probatoria de la víctima se ve atenuada también en relación a la culpa, por las características particulares del caso de Arica. En este entendido, los demandantes vieron facilitada su labor probatoria debido a la intervención estatal, sin embargo el abogado Ferrada nos señala que, la culpabilidad de Promel podría haberse visto atenuada si consideramos que esta empresa luego de importar los residuos los depositó en un área que en esa época estaba fuera del plano regulador y que correspondía a un sector industrial, lo que implica que su actuar es el de un buen padre de familia y que previendo que los materiales importados podrían ser tóxicos los mantuvo alejados de la población y en un sector en que no generarían daño ambiental. Frente a esta alegación, un régimen de responsabilidad objetiva, nos indica el abogado Ferrada, hubiera respondido de mejor manera que uno subjetivo, ya que en la responsabilidad estricta el demandado no tiene la posibilidad de alegación alguna que desvirtúe su culpabilidad.

En resumen, Promel Ltda. y sus representantes fueron responsables de la contaminación ambiental generada en Arica y también de los eventuales daños a la salud de las personas afectadas, ya que se logró acreditar que la empresa incurrió en un actuar doloso al importar los residuos tóxicos y abandonarlos sin tomar las medidas necesarias para evitar la contaminación ambiental y el contacto de los contaminantes con la población, todo esto teniendo conocimiento del carácter tóxico de las sustancias.

Por otro lado, el análisis del caso de contaminación por plomo en Arica, nos permite concluir que las presunciones de culpabilidad establecidas en el artículo 52 de la Ley N° 19.300 no tienen mayor aplicación práctica, por cuanto en este caso no se dieron los supuestos de culpa infraccional que establece la norma. De manera que, la solución entregada por la Ley N° 19.300 para atenuar la carga probatoria de la víctima en el juicio de responsabilidad, en la práctica no tiene mayor aplicación, primero porque difícilmente la situación particular corresponderá a una de las hipótesis establecidas en la ley y segundo porque se pueden producir daños ambientales aún cuando se de cumplimiento a las disposiciones legales. En este entendido, la responsabilidad ambiental debiera prescindir del análisis de la culpa o dolo y dar paso a un régimen de responsabilidad estricta.

En cuanto a la responsabilidad de los representantes de Promel, la Corte consideró que éstos eran igualmente responsables ya que la empresa actuaba conforme lo establecido por sus representantes, siendo ellos los que adoptaban las decisiones de la empresa. Se deja constancia de esto en el documento presentado por Blas Martino a Aduanas en el que solicitaba a este organismo el abandono a beneficio fiscal de los materiales internados<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> Corte de Apelaciones de Arica, op. cit., p. 9.

## 2. Acción de indemnización de perjuicios en contra del Estado de Chile por falta de servicio.

El análisis de la acción de indemnización de perjuicios por daño ambiental, se realizará desde la perspectiva de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, sin realizar comparación con el sistema de responsabilidad objetivo, ya que en este trabajo se propone la aplicación de este tipo de régimen sólo para la reparación del daño ambiental, no para la reparación de los daños ocasionados a los particulares con motivo de la contaminación ambiental.

### a) Fundamentos jurídicos de la responsabilidad del Estado.

Como se ha señalado, la responsabilidad del Estado por daño ambiental no se deriva sólo de la normativa ambiental, que establece un sujeto pasivo amplio en este tipo de responsabilidad, sino que también es consecuencia de las reglas generales del derecho público que regulan el actuar del Estado y de su Administración. Los artículos 4 y 42 de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado establecen la responsabilidad del Estado y de la Administración por los daños que causen por falta de servicio<sup>196</sup>. En este sentido, el artículo 38 de la Constitución Política de la República en su inciso segundo reconoce la posibilidad de los particulares de demandar al Estado si se ven afectados por el actuar de éste en el ejercicio de sus funciones<sup>197</sup>, lo que tiene plena concordancia con el principio de juridicidad reconocido en la Constitución en el artículo 6, según el cual los órganos del Estado deben someter su actuar a las normas constitucionales y legales que los rijan.

---

<sup>196</sup>Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado. Artículo 4 “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”. Artículo 42 “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

<sup>197</sup>Constitución Política de la República de Chile. Artículo 38 inciso segundo, “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Según la jurisprudencia “la falta de servicio se produce si sus órganos administrativos no actúan, debiendo hacerlo, si su actuación es tardía o si ellos funcionan defectuosamente, causando perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio público y que si bien estos últimos no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio, deben invocar y acreditar la existencia de esta falta en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado por el patrimonio de la víctima”<sup>198</sup>.

En cuanto al carácter subjetivo de la responsabilidad del Estado la doctrina y la jurisprudencia se han dividido<sup>199</sup>, ya que algunos consideran que la falta de servicio no es más que la culpa del Estado en su actuación, de forma que en la responsabilidad extracontractual del Estado es preciso analizar el elemento subjetivo del actuar del Estado<sup>200</sup>.

b) Análisis de la falta de servicio en el caso Arica.

En el caso Arica la Corte de Apelaciones acogió la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado y dispuso que el Servicio de Salud había incurrido en falta de servicio, ya que éste no dio cobertura a las necesidades públicas en los términos exigidos por la normativa, permitiendo que las personas estuvieran expuestas a los contaminantes. En este sentido es obligación del Servicio de Salud proteger a las personas de fuentes de contaminación o infección y otorgar los

---

<sup>198</sup> Corte Suprema sentencia de fecha 15 de Septiembre de 2003 en causa García S.A. con I. Municipalidad de Viña del Mar. Indemnización de perjuicios - Recurso de casación en el fondo. Revista de Derecho y Jurisprudencia 2003, Tomo II, Sección Primera, p. 153-158.

<sup>199</sup> La Corte Suprema en Sentencia de fecha 27 de agosto de 2003 en Arévalo Bascañán, Paula Andrea con Fisco de Chile señaló que: “La falta de servicio no es una causal de responsabilidad objetiva ya que no corresponde a lo que en Derecho Civil se conoce como tal, y que es aquella en que basta, para comprometerla, que exista el vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño producido (...) En falta la de servicio no basta con la relación de causalidad, ya que es necesaria la existencia real de la falta de servicio y el concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio dentro de la responsabilidad subjetiva, en otras palabras, la falta de servicio se debe a la producción de tres hipótesis: falta de funcionamiento, funcionamiento tardío o deficiente funcionamiento del servicio público”. Revista de Derecho y Jurisprudencia, 2003, Tomo II, Sección Primera, p. 132-139.

<sup>200</sup> Véase Pierry Arrau, Pedro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio. Anuario de Derecho Administrativo. v. 0, n 1. 1975-1976, p. 471-502.

tratamientos necesarios en casos de enfermedades, las necesidades deben ser cubiertas continua e ininterrumpidamente y de manera eficaz y eficiente, si estas condiciones no se cumplen la autoridad incurre en falta de servicio, pudiendo los afectados demandar la responsabilidad del Estado. Para sustentar la responsabilidad del Servicio de Salud, la Corte de Apelaciones de Arica argumentó que este organismo permanece inactivo ante la internación y acopio de los residuos tóxicos y pese a tener conocimiento de la toxicidad de las sustancias no realizó ninguna acción tendiente a proteger a la población de los efectos nocivos derivados de la contaminación. En este sentido la Corte señala que el Servicio de Salud, debió prohibir el desaduanamiento de los materiales o en su defecto indicar a la empresa Promel la forma de trasladar y depositar los residuos en el Sitio F<sup>201</sup>, todo esto de acuerdo a lo dispuesto por el Código Sanitario que le imponía la obligación de atención, vigilancia, control y protección de la salud humana.

Por otro lado, la Corte señala que “aún en 1998, se incumple la ley, toda vez que se actuó de hecho y sin respetar las normas de los artículos 8 y siguientes de la Ley N°19.300, ya vigente, relativo al impacto ambiental de este traslado (de los residuos) a Quebrada Encantada. Agregando que: “También se desconocieron por parte del Servicio de Salud de Arica las normas del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, vigente desde mayo de 1992, que le establece al Estado obligaciones como prohibición de la importación y exportación de residuos peligrosos”<sup>202</sup>.

En consecuencia, la falta de servicio de la autoridad sanitaria se configura principalmente porque ésta permanece inactiva frente a los hechos, poniendo en un claro riesgo sanitario a la población y ocasionando finalmente los daños ambientales que se evidenciaron en Arica. Como se ha constatado, luego de que se decreta la emergencia sanitaria y ambiental el Servicio de

---

<sup>201</sup>Ley N° 18.164 sobre Destinación Aduanera, artículo 2: “Para cursar cualquiera destinación aduanera respecto de productos alimenticios de cualquier tipo; de sustancias tóxicas o peligrosas para la salud; de productos farmacéuticos, alimentos de uso médico y cosméticos y de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que causen dependencia, el Servicio de Aduanas exigirá un certificado emitido por el Servicio de Salud respectivo, en que se señale el lugar autorizado donde deberán depositarse las referidas mercancías, la ruta y las condiciones de transporte que deberá utilizarse para efectuar su traslado desde los recintos aduaneros hasta el lugar de depósito indicado.

<sup>202</sup> Corte de Apelaciones de Arica, op. cit., p. 11.

Salud reacciona y comienza a tomar las medidas necesarias para controlar la contaminación y para evitar que las consecuencias nocivas evidenciadas en las personas afectadas fueran mayores. Pese a ello, la Corte considera que este actuar no es suficiente para eximir al Servicio de responsabilidad, ya que, y en esto sigue a la Corte Suprema en la sentencia que resuelve el Recurso de Protección interpuesto por el Alcalde de Arica, “las medidas no fueron del todo eficaces dado que igualmente se produjeron daños a la salud de las personas producto de la contaminación por metales como cobre y plomo”<sup>203</sup>. De manera que la sola existencia de los daños da cuenta de la ineficacia demostrada por la autoridad sanitaria en el asunto, lo que constituye una falta de servicio, ya que ésta no actuó debiendo hacerlo y cuando lo hizo, este actuar no fue el apropiado atendidas las circunstancias del caso.

c) Prueba de los daños a la salud humana y de la relación de causalidad entre éstos y la contaminación por metales pesados.

En relación a la acreditación de los daños a la salud de las personas que residían en sectores cercanos al lugar del acopio, el abogado Ferrada<sup>204</sup> nos señaló que la prueba rendida se basó en exámenes llevados a cabo en 1998 y 1999 por la Municipalidad y por el Servicio de Salud de Arica, y que señalaban que las personas que vivían en los lugares afectados tenían presencia en sus organismos de plomo y arsénico. Pese a lo anterior, se ha señalado que los niños con mayores índices de plomo en la sangre no son precisamente los que vivían en los sectores más afectados por la contaminación, sino en lugares más alejados al acopio, caracterizados por la presencia de industrias en la zona. De manera que existía la posibilidad de que la parte demandada desvirtuara la prueba rendida por los demandantes, argumentando la interrupción del nexo causal por el hecho de un tercero. Al respecto el señor Ferrada señaló que el criterio para apreciar la prueba debiera ser el siguiente “que si existen personas cuyo índices de plomo y

---

<sup>203</sup> *Ibíd.*

<sup>204</sup> El señor Francisco Ferrada accedió a dar una entrevista, el 6 de noviembre de 2007, para comentar el caso y analizar el sistema de responsabilidad ambiental chileno. El señor Ferrada es abogado de la Universidad de Chile, miembro de la ONG ambientalista FIMA y profesor de Derecho Procesal de la misma Facultad y Universidad.

arsénico no son normales es debido a que se encuentran contaminados y esa contaminación deriva presumiblemente del acopio ubicado en el Sitio F, al alegar y desvirtuar la relación de causalidad el Fisco debió señalar que quienes tenían niveles de metales pesados anormales era debido a otras causas y especificar éstas, pero en vista de que no lo realizaron, el juez dio por establecido y acreditado los daños y la relación de causalidad entre la contaminación generada por el acopio y los daños a la salud de los habitantes del sector industrial de Arica”.

En este tema, el Servicio de Salud de Arica ha explicitado su posición señalando que en el caso de la contaminación producida por los residuos ilegalmente ingresados por Promel no existe intoxicación de las personas con plomo, sino que sólo existiría una exposición a dichos residuos. La autoridad ha precisado que de existir intoxicación el daño sería verificable, primero a través de síntomas, lo que luego daría paso a lesiones y enfermedades posibles de comprobar, tesis que no prosperó, ya que la Corte corroboró la existencia del daño a la salud.

#### D. Resolución del conflicto. Aspectos relevantes de la decisión.

El fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Arica el 16 de mayo de 2005 y ratificado en parte por la Corte Suprema, constituye un fallo histórico en materia ambiental, ya que es el primero en condenar al Estado de Chile a pagar una indemnización de perjuicios ocasionados con motivo del daño ambiental y a la empresa responsable a reparar el medio ambiente dañado. En este sentido, el fallo sienta un precedente en la aplicación de las normas sobre responsabilidad ambiental y es un elemento útil para comprender las dificultades que conlleva la litigación en este sistema.

La Corte de Apelaciones de Arica acogió la demanda y obligó a los demandados, Promel y a sus representantes a efectuar las acciones de reparación, previa evaluación de su impacto ambiental, consistentes en el saneamiento integral del sitio original de acopio de los desechos, y la eliminación completa de las 20.901 toneladas existentes en Quebrada Encantada, de una manera ambientalmente racional, lo que supone la reexportación de los residuos o su disposición final bajo las máximas seguridades ambientales.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Arica resolvió positivamente la acción de indemnización por daño ambiental interpuesta por los demandantes, ya que condenó al Servicio de Salud al pago de una indemnización por daño moral ascendente a la suma de 8.000.000 de pesos, para cada uno de los demandantes que según la Corte acreditaron el daño sufrido. De esta manera, la Corte de Apelaciones acogió sólo parcialmente la demanda, ya que reparó el daño moral de sólo 175 demandantes, esto por considerar que respecto de los demás actores no se logró acreditar la existencia de los perjuicios, pese a que todos los demandantes se sometieron a los mismos exámenes médicos y por ende rindieron la misma prueba durante el juicio.

A continuación se analizarán algunos asuntos de especial relevancia en las sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Arica y por la Corte Suprema.

a) Aplicación de las normas sobre responsabilidad ambiental de la Ley N° 19.300.

El fallo pronunciado respecto del caso de contaminación por plomo en Arica, sienta un precedente en la medida que para resolver la acción por daño ambiental y la acción indemnizatoria la Ley de Bases del Medio Ambiente. No existe discusión respecto de la aplicación de la ley ambiental cuando el daño es ocasionado por particulares, sin embargo en el caso en análisis el daño ambiental y los daños a la salud de la población fueron causados por un particular al amparo de la autoridad estatal. La aplicación de la legislación ambiental resulta relevante por cuanto el Servicio de Salud de Arica, alegó durante todo el proceso que correspondía aplicar a la demanda indemnizatoria las normas de responsabilidad extracontractual y en este entendido acogerse a la prescripción de cuatro años contados desde la verificación del hecho, y con ello lograr el rechazo de la demanda por indemnización de perjuicios.

Como se indicó la aplicación de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, implicó que se acogiera la demanda por daño ambiental y la acción indemnizatoria, rechazando la excepción de prescripción interpuesta por el Servicio de Salud de Arica y por Promel. Ello debido a que el Servicio de Salud de Arica argumentó que el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria se contara desde el acopio de los residuos metálicos, Promel por otro lado, indicaba que este plazo debía contarse desde la importación de los mismos, en ambos casos el plazo de

prescripción de cinco años se encontraría extinguido debido a que estos hechos ocurrieron en 1984.

“En este aspecto los sentenciadores estuvieron de acuerdo en que según dispone el artículo 63 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente “la acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años contados desde la manifestación evidente del daño”. La evidencia del daño se acreditó con diversas pruebas, entre ellas destacan, la declaración de emergencia sanitaria y ambiental decretada por el Servicio de Salud de Arica por resolución N°187, de 6 de febrero de 1998, por el Estudio de Riego por contaminación de residuos peligrosos informado por el Director del Servicio de Salud de Arica al Gobernador de la misma Provincia, por oficio ordinario N°3704, de 19 de mayo de 1998”<sup>205</sup>.

b) Indemnización del daño moral.

El fallo de la Corte de Apelaciones de Arica revocó la sentencia del tribunal de primera instancia en esta materia, en este sentido condenó al Servicio de Salud de Arica a indemnizar el daño moral sufrido por los demandantes a consecuencia de la falta de servicio evidenciada por el mencionado organismo estatal.

En este sentido, parece destacar el hecho que la Corte de Apelaciones haya concedido indemnización para resarcir el daño moral derivado de los daños ocasionados a las víctimas de Arica producto de la contaminación. De esta manera, se ha señalado que: “un hecho destacable de este fallo es el avance conceptual que plantea en torno a definir qué se entiende por “daño moral”: “... consiste, en la especie, en el dolor, pesar o molestia que sufre la persona en su salud por haberse introducido en su organismo elementos intoxicantes, provenientes del acopio de residuos minerales peligrosos, que han perjudicado su calidad de vida, sin saber o conocer las consecuencias que ello puede irrogarles en el transcurso de su existencia a ella o a sus descendientes”<sup>206</sup>. Pese al desarrollo conceptual indicado, existen tres cuestiones cuyo

---

<sup>205</sup> MONTENEGRO, Sergio, op. cit., p. 189.

<sup>206</sup> Op. cit., p.193.

pronunciamiento por la Corte de Apelaciones a juicio de muchos no fue el más adecuado<sup>207</sup>. El primer aspecto dice relación con la valoración del daño moral, el que según el fallo “queda entregado a la prudencia de los jueces”, sin que en la sentencia se hayan entregado las reglas conforme a las cuales se determinó el monto de la indemnización en \$8.000.000, y las justificaciones para rebajar el monto solicitado por los demandantes que ascendía a \$25.000.000 para cada una de las víctimas. En este sentido se ha indicado que: “Tomarse en serio la indemnización del daño moral implica que los jueces justifiquen o den razonamientos acerca de la fijación de la cuantía. La forma de proceder consistiría en registrar qué tipos de daños morales se han ocasionado. Esta tarea arrojaría, en la especie, que hubo daño físico, fisiológico, dolor y molestias. Todos vinculados a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Esto permite apreciar la entidad del daño moral y justificar el monto asignado<sup>208</sup>”.

Otro de los puntos en discusión se refiere a la negación de la indemnización de perjuicios de las víctimas por rebote, en este sentido la crítica apunta a que no existe justificación alguna para no conceder la indemnización de este tipo de daño si se encuentra acreditado el daño moral de padres e hijos, por lo tanto acreditado éste es dable suponer que los parientes cercanos, también han sufrido aflicción o dolor.

Finalmente y el punto tal vez más discutido es el que se relaciona con la falta de pronunciamiento en la sentencia respecto de la indemnización por daño material. “Incluso a pesar de que los requirentes lo reiteran en su recurso de casación en la forma ante la Corte Suprema, señalándole que “la sentencia de segundo grado sólo se pronunció acerca de la procedencia de la indemnización por el daño moral demandado, faltándole decidir respecto del daño material que también fue materia de la acción de su parte”<sup>209</sup>. En este aspecto el único pronunciamiento que existe es el que da cuenta en el voto disidente, el que dispone: “Acordada contra el voto de los Ministros Sres. Juica y Dolmetsch, sólo en aquella parte en que se confirma

---

<sup>207</sup> Op. cit., p.194. También, Dominique Hervé Espejo y Carlos Pizarro Wilson, La responsabilidad civil derivada del daño ambiental, notas sobre el caso del plomo en Arica. Santiago, Revista de Justicia Ambiental, No. 1 (2009), p.276 y 279.

<sup>208</sup> HERVÉ, Dominique y PIZARRO, Carlos, op. cit, p.276.

<sup>209</sup> *Ibidem*.

en lo demás apelado la sentencia de primer grado, quienes, por estimar que concurren los supuestos necesarios para acceder a la indemnización del daño material demandado, fueron de parecer de revocar el fallo y acoger lo pedido en esa parte, reservando a los actores el derecho a discutir el monto y especie de tales perjuicios en la etapa de cumplimiento incidental de la sentencia o en un juicio diverso”<sup>210</sup>.

El rechazo de la indemnización por daño material motivó a que la defensa de los demandantes presentara el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que consideraron que la justicia chilena no otorgó una cabal reparación a las víctimas de la contaminación, poniendo como fundamento el hecho de que se indemnizara el daño moral de las víctimas pero no así el daño material que constituye el origen de esa aflicción, de manera que existiría una clara contradicción en los fallos de las Cortes nacionales, en el sentido de conceder uno y no otro. El abogado Ferrada nos indicó que el proceso continúa aún en tramitación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pese a que por su parte se han efectuado presentaciones en dicho organismo a fin que se investigue la ilegalidad de la decisión de los tribunales chilenos, entre estas presentaciones la más importante a su juicio es la que pone en conocimiento de la comisión el Plan Maestro de Intervención de la ciudad de Arica implementado en 2009 por el Gobierno de Chile<sup>211</sup>.

Del análisis de las sentencias pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Arica y posteriormente por la Corte Suprema, se concluye que no existe justificación alguna para no omitir el pronunciamiento respecto de la procedencia de la indemnización por daño material. A juicio de Dominique Hervé y Carlos Pizarro esta omisión podría explicarse en la dificultad de acreditación de los daños materiales, las que aumentan cuando se trata de demandas colectivas. En este sentido “tratándose de daño emergente y lucro cesante, la demandante debe acompañar documentos y otras pruebas que en forma fehaciente acrediten el daño. Esta prueba exigente es

---

<sup>210</sup> Corte Suprema, sentencia de 30 de mayo de 2007, pronunciada por la Tercera Sala, en causa rol número 3174-2005.

<sup>211</sup> El 14 de septiembre de 2009, el Gobierno de Chile presentó un plan maestro de intervención de Arica con el objeto de hacer frente a la contaminación ambiental que actualmente sufre la ciudad.

la causal recurrente de fracaso de los abogados para obtener la indemnización por daños materiales”<sup>212</sup>.

### **2.3. Inobservancia del principio contaminador-pagador en el caso Arica.**

Para determinar si en el caso de contaminación por plomo de Arica, se dio aplicación al principio contaminador pagador, debemos recordar que éste tiene una doble dimensión, una preventiva y otra reparadora. En este entendido, el principio tiene por objeto: i) evitar el deterioro ambiental a través de la obligación que pesa en el agente contaminante de incorporar en sus procesos productivos los costos de prevención de la contaminación y ii) la reparación de los daños ambientales a través del instituto de la responsabilidad ambiental.

En atención a que el caso de contaminación por plomo de Arica ha tenido una duración de casi 25 años, desde 1984 hasta hoy, y que durante dicho periodo de tiempo la legislación ambiental cambió en aspectos significativos aplicables al caso, en efecto, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente comenzó a regir el año 1994. Debemos analizar la aplicación del principio en dos etapas, la primera de ellas va desde la fecha de internación de los residuos hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300 y la segunda desde este hecho hasta hoy. La explicación a este doble análisis la tenemos en que antes de la entrada en vigencia de la Ley de Bases del Medio Ambiente, no existía una consagración expresa del principio contaminador pagador, por lo que para realizar un análisis de su aplicación debemos estudiar las normas vigentes a la época y determinar si ellas constituyen mecanismos de aplicación del mencionado principio. Si ello es así, una vez establecida el cumplimiento de la norma determinaremos la observancia del principio.

A la fecha de importación de los residuos por la empresa Promel las únicas disposiciones vigentes aplicables eran las siguientes: La Constitución Política de la República de Chile, el Decreto N° 144, de 18 de mayo de 1961 del Ministerio de Salud Pública, que establece normas

---

<sup>212</sup> HERVÉ, Dominique y PIZARRO, Carlos, op. cit, p.278.

para evitar emanaciones o contaminaciones atmosféricas de cualquier naturaleza; el Código Sanitario, DFL N° 725, de 6 de febrero de 1968, y la Ley N° 18.164 de 17 de septiembre de 1982, que introdujo modificaciones a la Ley de Aduanas<sup>213</sup>.

Como se señaló, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300, no existía un reconocimiento expreso en nuestra legislación del principio contaminador pagador, sin embargo podemos advertir que algunas disposiciones de la época contienen instrumentos que constituyen mecanismos clásicos de aplicación del principio y que por tanto consagran su espíritu y objetivo<sup>214</sup>. De manera que, podríamos sostener que aún a esa fecha el principio podría haber tenido aplicación en Chile<sup>215</sup>. Nos ayuda a entender que en Chile existía un reconocimiento implícito del principio de quien contamina paga<sup>216</sup>, el informe elaborado por CONICYT para la comisión constituyente, el que sirvió de base para la redacción del texto definitivo del artículo 19 número 8 de nuestra Constitución. En dicho informe se enuncian una serie de conceptos e ideas básicas sobre la regulación del medio ambiente, entre las que destaca la siguiente: “Que el hecho de que el medio ambiente y los recursos naturales constituyan un patrimonio común, del cual reportan beneficio todas las personas naturales o jurídicas, es el fundamento de obligaciones correlativas. Estas obligaciones involucran colaborar con el Estado en la conservación del patrimonio común, soportar cargas tales como ciertas restricciones a las garantías individuales, y responder por los daños que se causen, restableciendo las cosas a su estado anterior e indemnizando a la comunidad el valor del perjuicio social que se ocasione por el uso,

---

<sup>213</sup> Informe Final de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, p.7.

<sup>214</sup> La resolución N° 1215 de 22 de junio de 1978 del Ministerio de Salud, Departamento de Programa sobre el Medio Ambiente, establece en su artículo 3 normas de calidad del aire.

<sup>215</sup> Recordemos que el principio contaminador-pagador surge en 1972 a partir de una recomendación de la OCDE.

<sup>216</sup> Al respecto Macarena Muñoz señala que Previo a la dictación de la normativa reseñada, en nuestro país ya existían normas de relevancia ambiental que recogían el espíritu de este principio, propendiendo a que el uso de ciertos recursos se limitara o reglamentara, obligando a aquellos que los utilizaban a hacer un aprovechamiento racional de los mismos. Parte de dicha normativa aún se encuentra vigente, y la enumeramos a continuación a manera de ejemplo: 1. Ley 18.248 de 1983. Código de Minería. 2. Ley 19.473 de 1996. Ley de Caza. 3. D.L. 2.222 de 1978. Ley de Navegación. MUÑOZ, Macarena, op. cit., p. 7.

agotamiento o deterioro”<sup>217</sup>. En las ideas proporcionadas por CONICYT existe un reconocimiento del principio contaminador-pagador, al enunciar que quienes se benefician con la utilización de los recursos naturales deben soportar las cargas que se les impongan con motivo de dicha utilización y los costos de la reparación del medio ambiente dañado.

En esta perspectiva, para determinar si en el primer periodo de análisis el principio contaminador pagador tuvo aplicación en el caso Promel, debemos atender a si hubo en la especie, cumplimiento de las normas aplicables para la importación de residuos. La norma que regula la materia es la Ley 18.164, que establece que “Para cursar cualquiera destinación aduanera respecto de productos alimentarios de cualquier tipo; de sustancias tóxicas o peligrosas para la salud; (...) el Servicio de Aduanas exigirá un certificado emitido por el Servicio de Salud respectivo, en que se señale el lugar autorizado donde deberán depositarse las referidas mercancías, la ruta y las condiciones de transporte que deberá utilizarse para efectuar su traslado desde los recintos aduaneros hasta el lugar de depósito”<sup>218</sup>. La norma citada recoge el principio contaminador pagador al establecer el mecanismo a seguir para la importación y manejo de sustancias peligrosas, otorgando la facultad de definir la forma de transporte y acopio de dichas sustancias al Servicio de Salud, en consecuencia en este caso estamos frente a una norma de proceso, la que será definida en cada caso por la autoridad facultada para ello por ley. Teniendo en cuenta la disposición transcrita, podemos concluir que Promel no dio cumplimiento a dicha norma, ya que al solicitar la autorización de ingreso de materiales al Servicio Nacional de Aduanas, sólo señaló que éstos eran “Barros con contenidos metálicos”, omitiendo su naturaleza tóxica, lo que implicó que el Instituto de Salud Pública entendiera que para dar cumplimiento a la Ley N° 18.164 bastaba una declaración jurada del importador en la que se aseverara la naturaleza inocua de los materiales, sin la necesidad analizar el material para efectos

---

<sup>217</sup> Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 182°, celebrada el día 14 de enero de 1976, p.121, [en línea] [http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_VI\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf), [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2010].

<sup>218</sup> Ley 18.164, de 17 de agosto de 1982, introduce modificaciones a la legislación aduanera. El subrayado es nuestro.

de ratificar lo afirmado por la empresa, esto significó en definitiva, que no se exigiera el certificado cuyo requerimiento establece el artículo 2 de la mencionada ley<sup>219</sup>.

Luego de analizar el cumplimiento del principio contaminador pagador en el proceso de importación de residuos por Promel, debemos determinar si dicha empresa actuó conforme al mismo principio en el tiempo que media entre la importación y la dictación de la Ley N° 19.300. Al respecto podemos sostener que tampoco se dio aplicación al principio en esta etapa, ya que Promel depositó el material en el Sitio F abandonándolo sin reguardo sanitario alguno con el objeto de evitar la contaminación. En este entendido, es tal el desinterés de la empresa importadora que el año 1993 solicitó al Servicio Nacional de Aduanas el abandono a beneficio fiscal de los materiales ingresados<sup>220</sup>, solicitud que fue rechazada por dicha autoridad. Teniendo en cuenta que Promel no realizó ninguna gestión en orden a prevenir la contaminación que el acopio de material tóxico generó en el Sitio F, difícilmente podemos concluir que en este caso se dio aplicación al principio contaminador-pagador, ya que la empresa en ejercicio de una actividad lucrativa, no tomó las providencias necesarias para evitar la contaminación.

Con la entrada en vigencia de la Ley 19.300 el principio contaminador pagador se reconoce expresamente y, a su vez entran en vigencia diversas disposiciones legales que resultan aplicables a la contaminación por plomo en Arica y que consagran mecanismos de aplicación de

---

<sup>219</sup> El Instituto de Salud Pública en oficio ordinario número 792, de 27 de marzo de 1984, enviado al Servicio de Salud de Arica, indicó “Para dar cumplimiento a la ley N° 18.164 y a la circular 120-150, no es necesario efectuar análisis de la muestra por ustedes enviada a este Instituto. Debe solicitarse una declaración jurada en un documento que certifique lo aseverado por el solicitante”. *Ibidem*. El artículo 2 de la ley N° 18.164 establece: “para cursar cualquiera destinación aduanera respecto de productos alimentarios de cualquier tipo; de sustancias tóxicas o peligrosas para la salud; de productos farmacéuticos, alimentos de uso médico y cosméticos y de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que causen dependencia, el Servicio de Aduanas exigirá un certificado emitido por el Servicio de Salud respectivo, en que se señale el lugar autorizado donde deberán depositarse las referidas mercancías, la ruta y las condiciones de transporte que deberá utilizarse para efectuar su traslado desde los recintos aduaneros hasta el lugar de depósito indicado”

<sup>220</sup> Informe sobre acopio de residuos tóxicos y peligrosos internados ilegalmente por la Empresa Promel en sectores poblacionales de la ciudad de Arica [en línea] <http://www.alejandronavarro.cl/defensa/plomoarica/index.htm#>

dicho principio<sup>221</sup>. En esta etapa la principal falta de aplicación del principio contaminador-pagador dice relación con el traslado y posterior tratamiento de los residuos. Ello dado que el principio en su faz reparadora, prescribe que las medidas que tienen por objeto la reparación del medio ambiente dañado deben ser de cargo del causante de la contaminación, lo que en caso de la empresa Promel no sucedió, toda vez que la reubicación del material tóxico, efectuada el año 1998 a partir de un plan de manejo elaborado por la misma empresa, fue íntegramente costeada por el Ministerio de Salud, es decir por el Estado. Más aún existe constancia que todas las labores de remoción y de seguimiento del plan de recuperación ambiental se realizaron utilizando fondos estatales<sup>222</sup>, lo que nos obliga a concluir que Promel no dio cumplimiento al principio de quien contamina paga, ya que trasladó los costos ambientales que su actividad económica generó a toda la comunidad.

Siguiendo el análisis de la aplicación del principio contaminador-pagador en la segunda etapa, centrándonos en su faz reparadora implementada a través del ejercicio de la responsabilidad ambiental, podemos señalar que se dio cumplimiento al principio jurídicamente, ya que nuestros tribunales condenaron a Promel y a sus representantes a “reparar a su costa íntegramente el medio ambiente dañado”<sup>223</sup>. Pese a esta condena tajante, la aplicación del principio de quien contamina paga no implicó una reparación del medio ambiente, en los términos exigidos por el mismo principio, ya que la reparación fue realizada y solventada por el

---

<sup>221</sup> Entre estas normas destacan, el Decreto Supremo N° 30 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 3 de abril de 1997, que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; el Decreto Supremo N° 594, del Ministerio de Salud, del año 1999, Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales en los lugares de trabajo; Decreto N° 165, de 2 de junio de 1999, del Ministerio Secretaría de General de la Presidencia, que “Establece norma de emisión para la regulación del contaminante arsénico emitido en el aire”; Resolución exenta N° 1448, de 15 de diciembre de 1999, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprobó el anteproyecto de la “Norma de Calidad Primaria para plomo en Aire”, entre otras. Fuente: Informe Final de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, p. 7.

<sup>222</sup> El Ministerio de Salud, directamente o a través del Servicio de Salud de Arica, gastó por concepto de traslado de materiales \$66.144.547 y por seguimiento del plan de recuperación ambiental la suma de \$28.440.000. Fuente: *Ibídem*, p.15.

<sup>223</sup> Corte de Apelaciones de Arica, considerando Tercero.

Estado<sup>224</sup> y no por su causante. La ineficacia práctica del principio contaminador-pagador se explica por la insolvencia de la empresa importadora, generada a consecuencia de la lentitud del proceso judicial, el que se inició el año 1997 y obtuvo sentencia ejecutoriada recién el año 2007. La lentitud del procedimiento se debió en parte a la dificultad que representó para los demandantes acreditar los daños a la salud de las víctimas causados a consecuencia de la contaminación. En este sentido, el abogado Francisco Ferrada nos señala que el alto costo de los exámenes médicos hizo peligrar la acción de indemnización. En cuanto a los costos de la reparación del medio ambiente nos informa que Promel no pagó nunca ninguna gestión reparatoria, más aún es por ello que actualmente se está tramitando un proceso judicial de cumplimiento compulsivo para obtener la reparación del medio ambiente. Frente a la insolvencia de los autores de daños ambientales no hay ningún sistema de responsabilidad que constituya una solución clara, sin embargo existe una clara relación en la lentitud de los procedimientos judiciales con el éxito de la acción que se interpone. La lentitud de los procedimientos judiciales en materia de responsabilidad ambiental puede atribuirse a la implementación de la responsabilidad subjetiva, en este entendido se ha señalado que los sistemas de responsabilidad por culpa promueven un sistema judicial lento y oneroso, en el cual serían totalmente aleatorios la determinación del demandado, del monto de la indemnización, y su obtención<sup>225</sup>. En consecuencia, la aplicación del sistema de responsabilidad por culpa establecido en la Ley de Bases del Medio Ambiente, propició la insolvencia de los demandados, y con ello una aplicación

---

<sup>224</sup> Entre las acciones realizadas por la autoridad sanitaria para detener el foco de contaminación, se encuentran: i) el traslado de los residuos tóxicos desde el Sitio F a Quebrada Encantada, ii) el sellado, compactación y pavimentación del Sitio F, iii) el cierre perimetral del sector de Quebrada Encantada, y iv) la implementación de un plan maestro de intervención para la ciudad de Arica, que se materializa en las siguientes medidas: a) la realización de una caracterización geológica y pavimentación del Sitio F y del sector de ex relave de Promel, b) la pavimentación de calles y caminos de los sectores contaminados, c) se estableció la prohibición que en los sectores cercanos al lugar del acopio se construyan viviendas y d) se determinó la relocalización de las viviendas ubicadas en el Sitio F, correspondientes a un total de 1880 viviendas. Fuente: Informe Final de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, op. cit., p. 81, y CONAMA: Programa Maestro de Intervención con presencia de polimetales en Arica, septiembre de 2009, [en línea] [http://www.conama.cl/portal/1301/articles-46620\\_recurso\\_1.pdf](http://www.conama.cl/portal/1301/articles-46620_recurso_1.pdf), [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2009].

<sup>225</sup> BANFI, Cristián. La responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental. Santiago, Revista de derecho ambiental. no. 3 (2009), p. 38.

ineficaz del principio contaminador pagador. En este sentido, es evidente que la aplicación de un sistema de responsabilidad ambiental de carácter objetivo habría proporcionado mayores ventajas que el sistema por culpa instaurado en la Ley de Bases del Medio Ambiente, toda vez que si bien este régimen logró dar aplicación normativa al principio de quien contamina paga, dicha aplicación fue tardía e ineficaz en términos prácticos, ya que no cumplió con su objetivo, cual es prevenir y reparar los daños ambientales, asumiendo el agente contaminante el costo de esta prevención y reparación.

## CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha intentado explicar el rol de los regímenes de responsabilidad ambiental como instituciones necesarias y eficaces en la protección del medio ambiente. El rol proteccionista de la responsabilidad ambiental dice relación con la posibilidad que se le atribuye a las reglas del derecho de daños de ser utilizadas como mecanismos de prevención de la contaminación. Así se ha señalado que “estando bien diseñadas las reglas de responsabilidad civil en materia ambiental inducen al contaminador potencial a tomar niveles óptimos de precaución referidos a daños ambientales no controlados”<sup>226</sup>.

En seguida, se planteó que el sistema de responsabilidad mejor diseñado para enfrentar la reparación y prevención de los daños ambientales es el sistema de responsabilidad estricta u objetiva, ya que reduce las posibilidades de exoneración del contaminante. En este sentido, a mayor certeza en la ejecución de la obligación de reparación, mayor es la efectividad del sistema y por tanto mayor también el incentivo que tiene el contaminador para evitar la ocurrencia de daños.

El fundamento de la aplicación de un régimen de responsabilidad ambiental de carácter objetivo, se encuentra en el principio contaminador-pagador, ello es así si entendemos que este principio tiene un contenido normativo y no sólo económico. Teniendo en cuenta la constante evolución del derecho ambiental, se sostuvo que el principio contaminador-pagador no es sólo una directiva de carácter económico, la que obliga a los contaminantes a integrar a los procesos productivos las externalidades ambientales, sino que implica además, la obligación que tiene todo el que ejerce una actividad que entraña peligro al medio ambiente, de reparar los daños ocasionados con su actuar. En este sentido, se sostuvo que el principio contaminador-pagador tiene un doble contenido, el primero determinado por su carácter de directriz económica, implementado a fin de prevenir la contaminación y evitar distorsiones en el mercado, y el

---

<sup>226</sup> IANELLO, Pablo. Regulación ambiental. Responsabilidad ambiental y economía. Revista de Derecho Ambiental. Buenos Aires, Lexis Nexis. no. 5 (2006), p. 159.

segundo de un matiz reparador que se traduce en la aplicación de la responsabilidad ambiental, con el objeto de imputar al contaminante los costos de reparación del medio ambiente dañado. En su faz preventiva el principio contaminador-pagador “estimula a los agentes económicos, a valorizar el uso de los recursos ambientales y de tal manera llevar a cabo su actividad en base a costos reales, lo que debería redundar en una menor presión de uso sobre aquellos más vulnerables, ya sea por la menor explotación, o bien porque se utilicen tecnologías apropiadas para no deteriorarlos”<sup>227</sup>. En su faz reparadora, el principio prescribe que el daño ambiental sea reparado íntegramente, lo que exige la implementación de sistemas eficaces de responsabilidad, planteándose como solución a ello sistemas de responsabilidad administrativa ambiental de carácter objetiva y en algunos casos con presunciones de la relación de causalidad.

Teniendo presente el doble carácter del principio contaminador pagador, ya explicado, nos centramos en analizar los mecanismos de aplicación del mismo, de lo que se concluyó que en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido aplicado como directriz económica, previamente a la dictación de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente y, con mayor fuerza con posterioridad a su entrada en vigencia, “no sólo se manifiesta en normas jurídicas, sino también en medidas y políticas que tienden a cumplir en términos prácticos el fin de la internalización de costos por el uso de bienes ambientales, las que en algunas ocasiones logran dicho objetivo con mayor eficacia”<sup>228</sup>. Sin embargo, respecto de la implementación del principio en su faz reparadora, la legislación ambiental chilena no es del todo eficaz, ya que si bien la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, avanzó al extraer del ámbito civil la responsabilidad por daños al medio ambiente, instaurando acciones específicas para reparar el medio afectado y para resarcir a las víctimas, no logró saltar la barrera de la culpabilidad, consagrando un régimen subjetivo de responsabilidad, el que presenta mayores dificultades en la reparación de los daños ambientales que uno de corte objetivo. Sosteniéndose que las principales dificultades que enfrenta la responsabilidad ambiental en Chile son las siguientes: “i) la determinación del estándar de diligencia exigible a quienes emprenden actividades

---

<sup>227</sup> MUÑOZ, Macarena, op. cit., p. 12.

<sup>228</sup> *Ibidem*

potencialmente nocivas al medioambiente, ii) la relación de causalidad, y iii) la utilidad de la responsabilidad civil para prevenir y reparar el daño ecológico”<sup>229</sup>.

Desde una perspectiva práctica, analizamos la aplicación del principio contaminador-pagador a partir de la experiencia judicial aportada por el caso de contaminación por plomo en Arica. Del análisis realizado se llegó a la conclusión, que en Chile el principio en comento no se ha aplicado en su plenitud, en su faz reparadora, ya que si bien en el caso de Arica los tribunales condenaron a los causantes del daño ambiental a repararlo, dicha condena no tuvo el efecto esperado, por cuanto la reparación fue financiada íntegramente por el Estado a consecuencia de la insolvencia de la empresa importadora de residuos. Teniendo en cuenta que los daños no fueron reparados por sus autores, no puede menos que concluirse que en el caso Arica, se vulneró el principio de quien contamina paga.

Como hemos indicado, la ineficacia en la aplicación del principio contaminador pagador en Chile, se debe principalmente a que el sistema de responsabilidad ambiental consagrado en la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, es un sistema de responsabilidad subjetivo, no siendo el más idóneo para prevenir y reparar los daños ambientales. La preferencia en la aplicación de sistemas de responsabilidad estricta en materia ambiental se explica por sus ventajas frente a los sistemas subjetivos. En este sentido, se ha señalado que dichos regímenes contribuyen a predecir los derechos de las partes en conflicto, incentivan la negociación y precaven la litigación<sup>230</sup>. Asimismo se ha indicado que la responsabilidad estricta –dependiendo de los costos de prevención y de la exposición de la víctima al riesgo- disuadiría en forma directa de la ejecución de actividades nocivas al medio ambiente, ya que la causalidad desnuda sobre la cual se erige permite ampliar las posibilidades de resarcimiento<sup>231</sup>.

Si bien la responsabilidad objetiva se ha planteado como uno de los mecanismos más eficaces para la prevención y reparación de los daños ambientales, existen muchas críticas y desventajas

---

<sup>229</sup> BANFI, Cristián, op. cit., p.23.

<sup>230</sup> *Ibíd*em p. 13.

<sup>231</sup> *Ibíd*em.

a la aplicación de este sistema. Así, se ha planteado que no es tan acertado afirmar que la responsabilidad estricta ayude a la prevención de los daños, ya que por ejemplo “el agente puede tener un fuerte incentivo para aplicar un menor cuidado que el socialmente óptimo, en la medida que la utilidad que obtenga con su actividad sobrepase el monto de los daños ambientales por los que tendría que responder”<sup>232</sup>, en este sentido, la responsabilidad estricta no cumple una función preventiva de la contaminación. Otra desventaja que presenta el régimen objetivo de responsabilidad, dice relación con el desincentivo que podría generar en el ejercicio de actividades riesgosas, de esta manera se ha afirmado que “la responsabilidad estricta por actividades peligrosas puede ser socialmente más perjudicial que la responsabilidad por culpa, puesto que –bajo pretexto de limitar- podría conducir a la cesación de actividades económicas relevantes”<sup>233</sup>.

Pese a las ventajas y desventajas que reviste la aplicación de regímenes de responsabilidad estricta en materia ambiental, la tendencia en la legislación comparada<sup>234</sup> es a aplicarlos preferentemente a los sistemas subjetivos, sobre todo cuando se trata de actividades que normalmente entrañan peligro. De esta manera, en España el año 2007 se dictó la ley 26/2007 que establece un régimen de responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia. En el mensaje entregado por el Rey de España Juan Carlos I expresa “Se completa de esta manera el marco legal de protección de los recursos naturales (...) Además, de esta manera se hace efectivo el principio de que “quien contamina paga” al trasladar los costes derivados de la reparación de los daños medioambientales desde la sociedad hasta los operadores económicos beneficiarios de la explotación de los recursos naturales”<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> *Ibíd*em, p. 28.

<sup>233</sup> *Ibíd*em, p.29.

<sup>234</sup> También se aplican sistemas objetivos en Alemania y en Estados Unidos. Ver. GOMIS, Lucía. Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente. Pamplona, Editorial Arazandi, 1998, p. 65 y 128.

<sup>235</sup> LEY 26/2007, de 23 de octubre de 2007, de Responsabilidad Medioambiental. Boletín Oficial del Estado de 24 de octubre de 2007, [en línea] [www.boe.es/boe/dias/2007/10/24/pdfs/A43251-43259.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2007/10/24/pdfs/A43251-43259.pdf), [fecha de consulta: 15 de marzo de 2010].

En resumen, a partir de la tendencia internacional en materia ambiental, de las características particulares de la reparación de los daños ambientales y del análisis de la experiencia chilena, podemos concluir que es aconsejable que la responsabilidad ambiental en nuestro país tienda a un régimen de responsabilidad estricta con presunciones del nexos causal, ya que con ello se garantiza una mejor aplicación del principio de quien contamina paga.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA García, José Francisco Manual de Derecho Ambiental. Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2001. 323 p.
- AMPUERO Hunter, Iván La culpa con la ley en la Responsabilidad Civil Ambiental. Revista de derecho de Valdivia. Vol. XVIII - N° 2 - Diciembre 2005 Páginas 9-25.
- ARBUES, Juan José. Seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el Pool español de riesgos medio ambientales. Madrid. Dykinson. 1998. 108 p.
- BANFI, Cristián. La responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental. Santiago, Revista de derecho ambiental. no. 3 (2009), p. 13.
- CABANILLAS, Antonio. La Reparación de los daños al medio ambiente. Pamplona, Editorial Arazandi, 1996. 337 p.
- CAFFERATTA, Néstor. Régimen de responsabilidad objetiva por daño ambiental. Santiago, Revista de derecho ambiental. no. 3 (2009), p.75.
- CEPAL Serie Medio Ambiente y Desarrollo N° 47 Aplicación del Principio Contaminador Pagador en América Latina.
- CHILE, SECRETARIA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, Decreto Número 90, Establece Coordinación para el Plan Maestro de Intervención Arica y designa Coordinadora, en todo lo relacionado con la Contaminación por polimetales
- CHILE. CÁMARA de Diputados. Informe Final de la Comisión Investigadora encargada de analizar la contaminación por plomo en Arica. 89 p. 2003.
- CHILE. CÁMARA de Diputados. Preinforme de la Comisión Investigadora encargada de analizar la contaminación por plomo en Arica. 75 p. [en línea] <http://www.alejandronavarro.cl/defensa/plomoarica/index.htm#>
- CHILE. CORTE de Apelaciones de Arica. Sentencia de fecha 16 de mayo de 2005, Rol 464-2004, Cristina Martínez González y otros con Sociedad Procesadora de Metales Promel Limitada; Fisco de Chile. [en línea] <http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda2006/documentos/Fallos%20caso%20PLOMO%20ARICA.pdf>

- CHILE. CORTE Suprema. Sentencia de fecha 30 de Mayo de 2007. Rol 3174-2004. [en línea]  
<http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda2006/documentos/Fallos%20caso%20PLOMO%20ARICA.pdf>
- CHILE. CORTE Suprema. Sentencia de reemplazo de 30 de mayo de 2007. Rol 3174-2004. [en línea]  
<http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda2006/documentos/Fallos%20caso%20PLOMO%20ARICA.pdf>
- COMISIÓN. Europea, El Nuevo Período de Programación 2000-2006: Documentos técnicos temáticos: Aplicación del principio de quien contamina paga, modulación de los porcentajes de ayuda comunitaria para las operaciones en infraestructuras a cargo de los Fondos Estructurales, el Fondo de Cohesión y el ISPA 6/12/1999. 20 p.
- CONAMA Política Nacional para la gestión de sitios contaminados, Documento de discusión 2006. [en línea] [http://www.conama.cl/portal/1301/articles-37677\\_pdf\\_sitios.pdf](http://www.conama.cl/portal/1301/articles-37677_pdf_sitios.pdf)
- CONFERENCIA de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro 1992.
- CORRAL Talciani, Hernán. La responsabilidad civil por daño al medio ambiente en la legislación y jurisprudencia de la Unión Europea. Santiago de Chile, Eds. Universidad de los Andes. 1996. Páginas 143-177.
- CORRAL, Hernán. Seguro y Daño ambiental En: Seminario Responsabilidad civil y seguros: Actuales tendencias y desafíos: martes 9 y jueves 11 de octubre de 2001. Santiago, Chile. Colegio de Abogados de Chile A.G. 124 p.
- DECLARACIÓN de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo 1972.
- DINAMARCA Antúnez, Gustavo La responsabilidad ambiental y la acción por daño ambiental en la legislación Chilena; profesor guía Sergio Montenegro Arriagada. Santiago 2003
- DIRECTIVA 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.
- FERNÁNDEZ Bitterlich, Pedro Manual de Derecho Ambiental Chileno. Santiago, Jurídica de Chile, 2004. 424 p.

- FIGUEROA, Eugenio. La responsabilidad civil ambiental, el daño al medio ambiente y su valor: una aproximación legal y económica. Santiago, Revista de derecho ambiental. no. 2 (2006), p. 69
- GARCÍA López, Tania El principio de reparación del daño ambiental en el derecho internacional público. Una aproximación a su recepción por parte del derecho mexicano. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VII. 2007. pp. 481-512.
- GOMIS, Lucía. Responsabilidad por daños al medio ambiente. Pamplona, Editorial Aranzadi. 1998. 349 p.
- GONZÁLEZ Vaque, Luis. La Responsabilidad Medioambiental en la Unión Europea: La Directiva 2004/35/CE, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 11, 2006. 11 p.
- HUTCHINSON, Tomás. Daño Ambiental. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores. 1999. 352 p.
- IANNELLO, Pablo. Regulación ambiental, responsabilidad ambiental y economía. Buenos Aires, Revista de Derecho Ambiental. Lexis Nexis. no. 5 (2006), p. 159.
- INFORME de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, Johannesburgo 2002.
- INFORME sobre acopio de residuos tóxicos y peligrosos internados por la empresa Promel Ltda. en sectores poblacionales de Arica. [en línea] <http://www.alejandronavarro.cl/defensa/plomoarica/index.htm#>
- LA RESPONSABILIDAD por el daño ambiental en América Latina. Serie de documentos sobre Derecho Ambiental n°12. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. México, diciembre 2003. 120 p.
- LA RESPONSABILIDAD por el daño ambiental en América Latina. Serie de documentos sobre Derecho Ambiental n°12. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. México, diciembre 2003. 120 p.
- LIBRO BLANCO sobre responsabilidad ambiental, COM (2000) 66 final, 9 de Febrero de 2000. Comisión Europea.
- MONTENEGRO, Sergio. Comentarios sobre jurisprudencia en materia ambiental de tribunales superiores de justicia: Caso “Contaminación por plomo en Arica”. Santiago, Revista de derecho ambiental. no. 3 (2009), p.185.

- MORENO Molina, Ángel Manuel Responsabilidad patrimonial por daño ambiental: propuestas de reforma legal. Madrid, Fundación Alternativas. 2005. 56 p.
- MUÑOZ Valenzuela, Macarena. El principio quien contamina paga, a la luz de la legislación medioambiental chilena, Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado N° 12, diciembre de 2004. 13 p.
- OCDE. Recomendación del Consejo de 14 de Noviembre sobre implementación del principio “contaminador-pagador” C (74)122.
- OCDE. Recomendación del Consejo de 26 de Mayo de 1972 sobre principios directores relativos a los aspectos económicos internacionales de las políticas ambientales C (72)128.
- OECD. Recommendation on the Application of the Polluter-Pays Principle to Accidental Pollution C(89)88/final.
- OECD. The Polluter-Pays Principle as it relates to International Trade, COM/ENV/TD(2001)44/FINAL
- PIERRY Arrau, Pedro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio. Anuario de Derecho Administrativo. v. 0, n 1. 1975-1976. p. 471-502.
- PINILLA Francisco. La gradualidad, la responsabilidad y quien contamina-paga: breves comentarios de principios a partir de un caso de recurso de protección: jurisprudencia comentada. Gaceta Jurídica, Santiago, Chile. no. 279 (2003), p. 47-54.
- PINILLA, Francisco. Algunas consideraciones en torno al seguro ambiental: panorama comparado y situación dentro del sistema de evaluación de impacto ambiental vigente en Chile. Rev. derecho (Valdivia), dic. 2003, vol.15, p.157-179.
- PINO Reyes, Octavio Pizarro Eduardo Responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental. Santiago, Editorial Conosur, 2001. 191 p.
- PLAZA Martín, Carmen. Derecho Ambiental de la Unión Europea, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006 1286 p
- PROGRAMA Comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible, Diario Oficial n° C 138 de 17/05/1993 p. 0001 – 0004 (93/C138/01).
- RECOMENDACIÓN del Consejo, de 3 de marzo de 1974, relativa a la imputación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente. 75/436/Euratom, CECA, CEE. Diario Oficial L 124 de 25/07/1975 p. 001-004.

- RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999. 505 p.
- SALVADOR Coche, Pablo, Guerra Aznar Yolanda, Artigot Golobardes Mireira, Gómez Pomar Fernando, Observaciones al Libro Blanco, Revista para el Análisis del Derecho, ISSN 1698-739X, N° 4. 2000. Universitat Pompeu Fabra. 32 p.
- SÁNCHEZ-FRIERA, María del Carmen. La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente. Barcelona, Bosch Editor S.A. 1994. 342 p.
- TALLER Capacitación de Cumplimiento de la legislación ambiental y reparación de daños al medio ambiente (2004: Santiago de Chile) Santiago, Chile: Gobierno de Chile, Comisión Nacional del Medio Ambiente : United States, Environmental Protection Agency : Chile, Consejo de Defensa del Estado : United States, Department of Justice : Embajada de los Estados Unidos de América, [2005] (Santiago, Chile : Andros Impresores) 292 p.
- TALLER Capacitación de Cumplimiento de la legislación ambiental y reparación de daños al medio ambiente (2004: Santiago de Chile) Santiago, Chile: Gobierno de Chile, Comisión Nacional del Medio Ambiente: United States, Environmental Protection Agency : Chile, Consejo de Defensa del Estado: United States, Department of Justice : Embajada de los Estados Unidos de América, [2005] (Santiago, Chile: Andros Impresores) 292 p.
- BRUNA Contreras, Alejandro en Los Tratados Internacionales en la Constitución de 1980. Jurisprudencia en la década de 1981-1989. EN Ius et Praxis. [online]. 2003, vol.9, no.1 [citado 13 Diciembre 2007], p.329-349. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-0122003000100016&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0122003000100016&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012.
- VALENZUELA, Rafael. Memorias del Seminario Nacional de Derecho Ambiental. Santiago, CEPAL/Fundación Friedrich Ebert, 1993. 59 p.
- VIAL Joaquín. Instrumentos Económicos, Política ambiental y competitividad. Colección de Estudios CIEPLAN. N° 44 diciembre de 1999. Páginas 49-70.