

NOCIONES ACERCA DEL PRINCIPIO «EL QUE CONTAMINA, PAGA»

Rafael Valenzuela*



Parece existir consenso en el sentido que el principio «el que contamina, paga» comenzó a gestarse a parejas con la toma de conciencia del progresivo deterioro causado por la actividad humana a los componentes ambientales poseedores del carácter de «bienes comunes», es decir, los elementos del ambiente situados fuera del comercio humano, que no pertenecen a nadie y que pueden por lo mismo ser utilizados por todos sin que nadie pueda invocar sobre ellos derechos exclusivos o excluyentes, como es el caso, entre otros, de la atmósfera y la alta mar. Dada 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 ha sido entendido por muchos como una licencia irrestricta para usarlos o aplicarlos a los fines que se desee, sin tener para ello ni por ello que contar con la autorización de persona o entidad alguna, ni pagar nada a nadie. No puede pasar inadvertido que, tras pasados ciertos umbrales, la degradación de estos componentes ambientales acarrea efectos adversos para la globalidad del conglomerado social. Dentro de la lógica de la codicia humana, sin embargo, los resultados de la ecuación beneficio-perjuicio se mantienen favorables a quienes se sirven de estos bienes más allá de su capacidad natural de neutralización de los daños que les sean infligidos, puesto que las consecuencias de éstos se dividen entre todos, en tanto que el provecho resultante de su explotación o sobreaprovechamiento sólo va en utilidad de quienes los someten a un uso desmedido. En otros términos, los causantes de su deterioro ganan más de lo que pierden, lo que significaba un buen negocio. Además, siempre está

* Profesor de Derecho Ambiental, Universidad Católica de Valparaíso.

presente el riesgo de que lo que deje de ganarse por una menor presión sobre estos bienes pueda prestarse para que otros, menos escrupulosos, hagan mayores ganancias a expensas de esta menor presión, puesto que dispondrán de los bienes comunes en mejores condiciones cualitativas; y, si lo que no hagan unos lo harán otros, en condiciones aun más lucrativas, ¿por qué entonces renunciar al máximo provecho que pueda obtenerse de estos componentes ambientales si, a fin de cuenta, todos tienen igual derecho a servirse y beneficiarse gratuitamente de las utilidades que puedan reportar?

Las causas del aprovechamiento devastador de los bienes comunes, por consiguiente, ha tenido que ver más con su gratuidad que con su condición de comunes, pues, si aun manteniendo este carácter les hubiera estado asignado un precio de utilización que hubiera tenido que reflejarse como gasto en las cuentas de ganancias y pérdidas o en los balances de resultados, se habría desalentado y puesto freno a su sobreutilización desaprensiva.

También se relaciona el principio que nos ocupa con lo que la teoría económica denomina «externalidades» o «efectos de derrame o de desborde» (**externalities, spillover effects**). Estas externalidades se producen cada vez que un agente social proporciona a otro una ganancia o un beneficio sin ser retribuido por ello, o le inflige un daño o costo que no otorga derecho a compensación. En el primer caso se habla de externalidades «positivas», y, en el segundo, de externalidades «negativas».

Las externalidades negativas guardan estrecha relación con los llamados «costos externos», y se producen, generalmente, con motivo de la utilización de recursos escasos sobre los que nadie puede invocar derechos exclusivos de propiedad o de aprovechamiento. El empleo de elementos del ambiente que no tienen precio asignado representa una economía para quien se sirve de ellos. Puesto, en efecto, que estos componentes ambientales no son considerados bienes económicos y se encuentran, por lo mismo, al margen del sistema de precios, cualquier operador económico puede valerse de ellos sin tener que incurrir en gasto alguno. Desde el momento, sin embargo, en que se traspasa el límite más allá del cual el uso o aprovechamiento de estos bienes provoca su deterioro o degradación, lo

que representa una economía para quienes se sirven gratuitamente de ellos, deviene en una deseconomía o «costo externo» para quienes resultan afectados por su deterioro o condición desmejorada. Normalmente estos costos externos terminan por convertirse en «costos sociales», debido a que es el conglomerado social, en su conjunto, el que debe soportarlos y asumirlos. En otras palabras, cuando los costos internos de los usuarios o explotadores de los elementos ambientales inapropiables no son reales, se produce una transferencia general e indiscriminada de la diferencia insoluta a la colectividad social, bajo la forma de costos ocultos, lo que significa que el provecho de unos pocos se consigue a expensas de un subsidio social indirecto.

Para revertir y poner atajo a esta situación, que pugna con los principios de la justicia distributiva, se han propuesto diversas soluciones, todas ellas orientadas a obtener lo que se ha venido en denominar la «internalización de las externalidades»; es decir, que los costos externos involucrados en la prevención y combate del deterioro de los elementos ambientales de uso común sean asumidos y contabilizados como costos internos de quienes provocan o contribuyen a su degradación. En la medida que esta imputación directa y personalizada de los costos externos haga más lucrativo no deteriorar el ambiente que deteriorarlo, se pretende desalentar la presión sobre estos elementos ambientales, reorientándola hacia otros bienes o hacia el desarrollo y aplicación de tecnologías menos gravosas para el ambiente que conduzcan a una más razonable y equitativa asignación y utilización de dichos bienes.

En el ámbito productivo puede preverse que quienes vean incrementados sus costos internos de producción con los costos externos que deberán incorporar a ellos, buscarán la manera de trasladar estos mayores costos a los compradores de sus productos o a los usuarios de sus servicios, de lo que va a resultar que serán estos últimos, en definitiva, quienes cargarán con su peso. Aparte el hecho que esta contingencia, tratándose sobre todo de bienes de demanda elástica, no parece reñida con los principios de justicia, puede preverse, sin embargo, que llegará un punto más allá del cual esta transferencia de costos, por razones de competitividad, no podrá continuar, lo que significará que quienes abusen de estos

bienes deberán comenzar a asumir estos costos con cargo a sus utilidades, a riesgo de no poder seguir colocando en el mercado sus productos o servicios.

El principio «quien contamina, paga» se inscribe de lleno en este objetivo de tender a la internalización de las externalidades ambientales negativas. Como se desprende de su misma formulación, el principio está llamado a operar en el ámbito específico de la contaminación ambiental y postula que los gastos de las medidas necesarias para evitar la contaminación o para reducirla, en su caso, a los niveles aceptados como permisibles, deben ser de cargo de los causantes de la misma, sin subsidios sociales de ninguna especie que falseen las condiciones de producción y de consumo o se presten para distorsiones en las transacciones comerciales o en la localización de las inversiones; aunque hecha salvedad, a este último respecto, de algunas contadas y muy calificadas excepciones generalmente aceptadas como derogaciones a la regla.

No se refiere el principio, en consecuencia, a la responsabilidad que pueda recaer sobre los contaminadores por los daños que causen con la contaminación. No postula que quien causa perjuicios al contaminar debe responder por ellos, convirtiéndose el principio en algo así como una versión ambiental de la 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 extracontractual. Nada obsta, por lo tanto, a una aplicación simultánea del principio «quien contamina, paga» y de las normas sobre responsabilidad civil por daños causados a terceros.

Y conviene dejar bien en claro este punto, pues son numerosas las personas que suponen que el principio «quien contamina, paga» se resuelve en hacer recaer sobre los contaminadores la obligación de cargar con el resarcimiento de los perjuicios provocados por la contaminación. Quienes dan este alcance al principio atribuyen normalmente a la responsabilidad indemnizatoria del contaminador los caracteres propios de la responsabilidad «objetiva», que no opera sobre la base de la culpabilidad del agente causante del daño sino sobre la sola premisa de que éste haya ejecutado un acto generador del riesgo que deriva en la producción del daño. Sostener,

pues, que «quien contamina, paga», equivaldría a postular -bajo este entendido- que quien perjudica a otro a resultas de haber dado lugar a un efecto contaminador se encuentra obligado al resarcimiento de los perjuicios que le ha inferido, al margen de la circunstancia que el agente haya actuado con dolo o culpa o con toda la diligencia y cuidado debidos. La responsabilidad extracontractual por contaminación, por consiguiente, se traduciría, a la luz del principio, en una pura cuestión de «causalidad», y no de «imputabilidad».

Quienes atribuyen al principio este alcance erróneo suelen ser los mismos que ven en él la consagración de una suerte de licencia para contaminar. Esta licencia estaría implícita en su misma formulación, puesto que si el principio no proscribe la contaminación sino se limita a hacer recaer sobre el contaminador el costo del resarcimiento de los perjuicios causados por sus actos, ello estaría significando que si el contaminador está dispuesto a pagar, puede contaminar.

Confusiones conceptuales como éstas no pueden menos que mover a pensar que el principio «quien contamina, paga» se encuentra mucho más difundido en su denominación que en su contenido y alcance, lo que lo ha constituido en blanco de numerosas críticas infundadas.

En su genuina significación -esto es, en la que le fue atribuida en 1972 al ser adoptado internacionalmente por el Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos-, el principio no busca determinar culpables, ni se inmiscuye en la esfera de las obligaciones indemnizatorias. Lo que persigue, ni más ni menos, es que los costos involucrados en la prevención y lucha contra la contaminación sean asumidos y solventados por quienes la producen, y no por la colectividad social en su conjunto. Cuando postula, pues, que quien contamina debe pagar, se está refiriendo al pago de estos costos, y no de otros. Está aludiendo, en otros términos, a las deseconomías sociales o costos externos de que se ha hecho mención y está diciendo que tales expensas deben ser incorporadas en los costos internos de las actividades o procesos productivos que las generan, de tal manera que sus costos internos reflejen costos reales y no costos falseados o ficticios, de lo que sigue que el principio tiene un carácter fundamentalmente económico, más que un carácter jurídico, bien ocurra que, para su

operatividad, deba encontrarse acogido e implementado por la legislación interna de los países, o en los tratados internacionales.

Entre los principales instrumentos de que puede hacerse uso para la puesta en aplicación el principio se cuentan las «normas» y los «cánones».

Dentro de las normas -también conocidas bajo la denominación de estándares- se distinguen las de calidad ambiental, las de producto y las de proceso, sobre cuyas características distintivas podría abundarse en detalles.

El hecho de tener que ajustarse a una norma conlleva gastos específicos. Tratándose, por ejemplo, de la imposición de una norma de emisión, probablemente resultará necesario introducir cambios en las tecnologías productivas o en las de depuración o neutralización de los efluentes de que se trate, para evitar que ellos, al momento de ser evacuados al medio exterior, sobrepasen las concentraciones máximas toleradas de los contaminantes presentes en su composición, bajo riesgo, en su defecto, de tener que someterse al gravamen de una sanción. Tras la dictación de la norma, pues, se produce un cambio sustancial, en cuanto lo que antes de su imposición estaba dando lugar a un costo social, pasa a ser asumido y contabilizado, en adelante, como un costo productivo interno del causante potencial de contaminación, produciéndose la internalización de una externalidad ambiental negativa, y operando, por consiguiente, el principio «quien contamina, paga».

Lo que interesa enfatizar de este mecanismo es que la sola imposición de la norma ya conlleva la puesta en ejecución del principio. No porque su observancia vaya a significar a la sociedad la percepción de algún tipo de ingreso o retribución. Tampoco a causa de que las víctimas de la contaminación vayan a obtener el resarcimiento de los perjuicios que les haya irrogado, al que sólo tendrán acceso por la vía del ejercicio judicial de la correspondiente acción indemnizatoria. ¿Por qué, entonces? Porque los potenciales causantes de la contaminación tendrán que asumir los costos implícitos en la observancia de la norma, cuyo pago, hasta el momento de su dictación, habían podido eludir; y porque la sociedad, en su conjunto, que hasta ahora había tenido que soportar el gravamen de las externalidades que acompañan a la contaminación, quedará liberada de tener que seguir haciéndolo, al menos en la medida en que la observancia de la norma alcance niveles satisfactorios.

Debe guardarse en mente, con todo, que si bien la pura y simple imposición de normas, cualquiera sea su tipo, ya implica una puesta en ejecución del principio «quien contamina, paga», esto sólo será así a condición que la internalización de las externalidades ambientales negativas que ello conlleva se realice sin contrapartidas sociales expresadas en términos de subsidios, ventajas tributarias o contables u otras formas de ayuda concedidas por las autoridades a los responsables de la contaminación.

En lo que se refiere a los «cánones», también conocidos bajo la denominación de cargas, imposiciones, tasas, contribuciones o tarifas -aunque estrictamente hablando estos términos no siempre admiten ser utilizados como sinónimos-, su función es la de imponer la obligación de efectuar pagos periódicos de una determinada suma de dinero, de monto generalmente progresivo, con miras al cumplimiento de dos funciones bien definidas: de incitación y de redistribución. Los cánones cumplen una función de incitación en la medida en que son capaces de inducir a los responsables de la contaminación a adoptar, por propia determinación, las medidas necesarias para la reducción o eventual eliminación de la contaminación de que son responsables, lo que logran cuando su onerosidad representa un sacrificio económico mayor que el demandado por la adopción de dichas medidas. Cumplen, además, una función redistributiva, en cuanto colocan a los responsables de la contaminación ante el imperativo jurídico de tener que retribuir a la sociedad los gastos en que ella debe incurrir para hacer frente a las externalidades ambientales negativas derivadas de sus actividades contaminadoras.

Establecidos los cánones, sus dos funciones se articulan y conjugan para contribuir al objetivo común de que sean los responsables de la contaminación y no la colectividad social quienes asuman y costeen los gastos de la prevención y combate de sus efectos ambientales adversos. Trátese, pues, del objetivo de incitación o del de redistribución, existe internalización de costos externos, y aplicación, por ende, del principio «quien contamina, paga».

Debe tenerse presente, para concluir, que la aplicación de este principio dista mucho de poder ofrecer solución integral al problema de la

contaminación ambiental, desde el momento que este problema no se reduce a una pura cuestión de redistribución de costos. Que los costos de las medidas de prevención y combate de la contaminación deban ser asumidos por quienes la provocan y no por quienes la padecen sin haber contribuido a producirla constituye un imperativo no discutido de justicia distributiva. Existen tipos de contaminación, sin embargo, que simplemente no debieran producirse, ya sea porque crean condiciones altamente riesgosas para la vida o salud humanas o porque provocan profundas perturbaciones o daños irreversibles en los sistemas ambientales soportantes de la vida, en su variedad de manifestaciones.

Ante la pérdida de vidas humanas, la extinción de especies u otras consecuencias extremas semejantes, pierde sentido hablar siquiera de internalización de externalidades, por cuanto lo que puede presentarse bajo la apariencia de una externalidad o costo externo constituye, eufemismos aparte, una irracionalidad y un estrago externo, no susceptible de apreciación pecuniaria y ya definitiva e irrevocablemente asumido. El principio referido, en consecuencia, sólo se legitima éticamente hasta el límite de lo económicamente internalizable. Más allá de este límite no se está ante una cuestión de costos falseados, sino, habitualmente, ante un problema de protección falseada del derecho a la vida, pues tanto comete homicidio quien quita la vida a otra persona de una vez, por un acto de fuerza, como quien la va segando paulatinamente por una sucesión de actos que terminan por llevar al mismo efecto, como sucede con ciertos tipos de contaminación.

La función de incitación que procura cumplir la implantación del principio debe ceder paso, en casos semejantes, a una función de disuación radical; y, su función redistributiva, a una función atributiva de responsabilidades. Ello exige, por una parte, en casos límites, la tipificación de «crímenes ambientales», y, por otra, la instauración de un régimen de responsabilidad civil por daño ambiental que ponga al alcance de las víctimas de la contaminación la posibilidad cierta y tan expedita como sea posible de obtener el oportuno y cabal resarcimiento de la plenitud de los daños que les hayan sido irrogados.

Esto no implica desconocer validez al principio «quien contamina, paga», ni, menos, incurrir en la frecuente confusión entre sus alcances y los



del sistema de responsabilidad civil extracontractual. Sólo apunta a poner de relieve que la mera adopción del principio resulta insuficiente como respuesta jurídica al problema de la contaminación ambiental, y que su implantación, por lo mismo, reclama ir acompañada de medidas adicionales complementarias, tanto de naturaleza civil como penal.