

¿DERECHO PENAL PARA LA GESTIÓN DE RIESGOS AMBIENTALES?

ENERO 2025

**SERIE
INFORME
LEGISLATIVO
78**

**AUTORES: RICARDO IRARRÁZABAL
ALEX VAN WEEZEL**

ISSN 0717-1544

AUTORES:

RICARDO IRARRÁZABAL

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magister en Derecho y Políticas Mineras de la Universidad de Dundee, Escocia. Es profesor de Derecho Ambiental en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

ALEX VAN WEEZEL

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Doctor en Derecho de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn, Alemania. Es profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

CONTENIDO

RESUMEN EJECUTIVO	4
1. INTRODUCCIÓN	5
2. PRESENTACIÓN DE RICARDO IRARRÁZABAL	6
3. PRESENTACIÓN DE ALEX VAN WEEZEL	15

RESUMEN EJECUTIVO

Con la Ley N°21.595, “Ley de Delitos Económicos”, publicada en agosto 2023, se introdujo un cambio de enfoque en materia de riesgos ambientales. En efecto, ciertas conductas que antes eran sancionadas únicamente en sede administrativa, con esta nueva ley pasan a ser delitos ambientales. Ante la coexistencia de dos regímenes de responsabilidad que pueden resultar aplicables (el penal económico y el administrativo sancionador), el presente informe pretende contribuir a clarificar las diferencias y límites entre uno y otro.

Este texto corresponde a la transcripción de las presentaciones realizadas por los abogados y académicos Ricardo Irarrázabal y Alex van Weezel en el seminario “¿Derecho Penal como herramienta para la gestión de riesgos ambientales?”, realizado en diciembre de 2024 en Libertad y Desarrollo. Además de haber sido transcritas, los textos fueron editados y complementados utilizando las presentaciones y notas aportadas por los mismos expositores, en un intento por dar mayor claridad y continuidad a la redacción.

1. INTRODUCCIÓN

A modo de contexto

Con la Ley N°21.595 o Ley de Delitos Económicos, publicada en agosto del 2023, se introdujo un cambio de enfoque en materia de riesgos ambientales. En efecto, ciertas conductas de riesgo ambiental, donde muchas veces no se producen efectos y que hasta ese entonces eran sancionadas únicamente en sede administrativa, con esta nueva ley pasan a ser penalizadas. Además, otras conductas que sí producen una afectación ambiental, pero a su vez se superponen con la responsabilidad por daño ambiental y su sede judicial.

Ante la coexistencia de dos regímenes de responsabilidad que pueden resultar aplicables (el penal económico y el administrativo sancionador), y even-

tualmente un tercero (daño ambiental), resulta necesario clarificar las diferencias y límites entre uno y otro, especialmente dado que muchas conductas no están descritas con precisión, siendo muy amplias y confusas, y que no cumplen con el estándar exigible al derecho penal. Además, esta nueva categoría de delitos ha implicado la actualización de los modelos de prevención de las empresas y organizaciones.

En el siguiente documento, Ricardo Irrarázabal y Alex van Weezel abordan las consecuencias y eventuales riesgos de avanzar hacia la tipificación de delitos ambientales y de este cambio de enfoque en materia de gestión de riesgos ambientales, cada uno desde la perspectiva y disciplina que domina, a saber, el Derecho Ambiental y el Derecho Penal, respectivamente.

2. PRESENTACIÓN DE RICARDO IRARRÁZABAL

1. Introducción

No cabe duda alguna que el título del seminario, ¿Derecho Penal como herramienta para la gestión de riesgos ambientales? resulta provocador y da en el clavo como uno de los principales problemas de la Ley de delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, y que corresponde a la consideración de ciertas situaciones o conductas de riesgo ambiental como constitutivas de delitos, aunque no se generen ni siquiera impactos ambientales. Si bien ello ocurre en otras jurisdicciones, tiene que ver con conductas altamente riesgosas que podrían ocasionar daños irreparables. Sin embargo, en el caso chileno, conductas que difícilmente pudieran ocasionar un daño o incluso una alteración ambiental, quedaron establecidas como delitos y el bien jurídico protegido ya no sería el ambiental (al menos no directamente), sino que la “integridad del sistema administrativo”.

Por otra parte, se justifican una serie de delitos como de “contaminación” (de acuerdo a la Historia de la

Ley), en que a un ilícito administrativo se le agrega una acción que produciría “contaminación”. Sin embargo, y tal como lo veremos, la realidad es que dichos delitos constituirían más bien delitos de emisión, ya que en ciertos casos no se generaría ni siquiera un riesgo contaminante, de acuerdo a las definiciones de contaminación y contaminante de la ley N° 19.300. Finalmente, tenemos los delitos de resultado, en que, en vez de daño ambiental, se establece una nueva categoría de “afectación grave”, generando un solapamiento con la responsabilidad por daño ambiental que conocen los Tribunales Ambientales.

Así, la ley de atentados contra el medio ambiente viene no solo a modificar el sistema ambiental de riesgo chileno instaurado por la Ley N° 19.300, sino que también genera un solapamiento entre el derecho sancionatorio ambiental, con el derecho penal ambiental y la responsabilidad por daño ambiental, en que las mismas conductas podrían ser sancionadas, penadas y reparadas en distintas sedes, con complejas interacciones en términos de coordinación, apli-

cación del principio del *non bis in idem* y temas de prescripción.

2. El sistema ambiental chileno y el proceso descodificador

La Constitución Política de la República garantiza en el artículo 19 N°8 el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Dicha garantía se concretó 14 años después con la dictación de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que como ley “de bases”, y de aplicación al resto de las futuras leyes ambientales, estableció en su artículo 2° un listado de definiciones técnico-jurídicas con la finalidad no solo de generar certeza, sino que un ordenamiento de la temática ambiental a nivel normativo, la cual se encontraba bastante dispersa. Al respecto, definiciones claves de la ley corresponden a las de “contaminación”, “contaminante” y “medio ambiente libre de contaminación”, que en resumidas cuentas establecen las bases del sistema de gestión ambiental, el cual apunta a la obligación de gestionar el riesgo ambiental cuando el mismo pudiera afectar

la salud de la población o la naturaleza¹. En los términos de la sesión 186 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, cuando se genere un peligro², ya que, “en realidad, no existe en la civilización un ambiente libre de “toda” contaminación”³. Así, esta Ley estableció dos grandes mecanismos o pilares que permiten concretar la garantía constitucional, la gestión ambiental que apunta a la internalización de las externalidades ambientales y en algunos casos sociales y que se concretan en los instrumentos de gestión ambiental, tales como el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), normas de emisión, planes de descontaminación y, por otro lado, mecanismos de tutela que apuntan al efectivo cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, y al control y persecución de los daños ambientales. Evidentemente, existe una estrecha relación jurídica entre la gestión ambiental y su tutela.

Con todo, este equilibrado sistema se ha ido modificando en el tiempo, con una mala técnica legislativa que ha permitido que una serie de leyes ambientales especiales hayan generado un verdadero proceso descodificador de la ley N° 19.300, que en vez de de-

1. La Ley 19.300 define contaminación como “la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente” (Ley 19.300, Artículo 2° literal c)). Por otra parte, la ley también define “medio ambiente libre de contaminación”, como “aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del medio ambiente”. (Ley 19.300, Artículo 2° literal m). Para entender correctamente ambas definiciones, resulta necesario analizar también la definición de Normas de Calidad de la misma ley: “aquella que establece 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 (primarias) o para la protección o conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza (secundarias)” (Ley 19.300, Artículo 2° literales n y ñ). Esta definición es de extraordinaria relevancia, ya que no solo se conecta con la definición de contaminación, sino que también diferencia la contaminación de las emisiones y de los contaminantes, al definirse norma de emisión como aquellas que “establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora” (Ley 19.300, Artículo 2° literal o)). Así, no constituye contaminación las meras emisiones o los contaminantes, sino en la medida en que los mismos produzcan un efecto riesgoso en el medio. De esta forma, conectando ambos conceptos, se habla de contaminación cuando una norma de calidad ha sido superada, dado que la definición de contaminación habla de “presencia en el ambiente” y en que se supera la “legislación vigente”. De esta forma, son finalmente las normas de calidad las que establecen el nivel de riesgo tolerable, análisis que se lleva a cabo en el procedimiento administrativo que termina finalmente con la dictación de la respectiva norma.

2. En la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Jaime Guzmán plantea que es preferible hablar de “medio ambiente sano” ya que “lo que se desea evitar es la contaminación peligrosa para el ser humano e inconveniente para la sociedad”, sesión 186.

3. Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 186.

rogar expresamente disposiciones, han agregado (en temáticas especiales) nuevas definiciones, principios y facultades (como los son las leyes N° 20.900 sobre gestión de residuos, la ley N° 21.455 sobre cambio climático y la ley 21.600 de Biodiversidad y Áreas Protegidas). Por otra parte, una serie de leyes han alterado sustancialmente las bases sobre las que descansa la ley N° 19.300, lo cual es especialmente significativo en la ley N° 21.595 sobre atentados contra el medio ambiente, la ley N° 21.562 sobre restricciones a la evaluación de proyectos en zonas declaradas latentes o saturadas, pero también la ley de humedales urbanos (ley N° 21.202) y la ley de protección de turberas (ley N° 21.660). Finalmente, ciertas leyes han generado un solapamiento desde la perspectiva de la tutela, tanto la ley N° 20.417 (cuyo artículo 2° creó la Superintendencia del Medio Ambiente introduciendo los temas de daño ambiental a nivel administrativo) y lo señalado respecto al solapamiento en la ley de

atentados contra el medio ambiente. En definitiva, un sistema legal ambiental complejo, con evidentes dificultades interpretativas que generan incertezas y con mecanismos de tutela discrecionales en que para ciertas conductas existen evidentes solapamientos desde la perspectiva administrativa y judicial.

3. Gestión ambiental y mecanismos de tutela

El sistema de gestión ambiental en Chile, de acuerdo a la siguiente ilustración, podría asemejarse a un “semáforo ambiental”.

El color verde es aquello que está garantizado constitucionalmente, esto es, el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, es decir, un ambiente que no genere un riesgo a la po-

Figura N° 1. Gestión y Tutela Ambiental



Fuente: elaboración propia.

blación ni a la naturaleza. En este sentido, este color verde admite un cierto nivel de riesgo en la medida que el mismo no sea peligroso o afecte la salud de la población o la naturaleza. Desde un punto de vista normativo, quien vela para que este nivel de alteración no sea riesgoso, son las normas de calidad, tanto primarias como secundarias, como verdaderos “objetivos de riesgo”. Si no existen tales normas, el riesgo ha de ser demostrado por quien los alega (definiciones de “contaminante” y “medio ambiente libre de contaminación” de la Ley N° 19.300).

El color amarillo del semáforo lo constituyen situaciones de riesgo “preventivo” o “correctivo o ex post”, las cuales obligatoriamente han de ser gestionadas ambientalmente, ya que son situaciones en que subyace un riesgo ambiental que no está permitido, ya que queda fuera del color verde o del derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Desde un punto de vista preventivo, la potencialidad del riesgo significativo es analizada por el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Al respecto, la ley establece que para que un Estudio de Impacto Ambiental sea aprobado, ha de internalizar sus externalidades ambientales significativas (impacto significativo), a través de medidas apropiadas de mitigación, reparación y compensación⁴, con el objeto del volver al color verde del semáforo. Rol similar cumplen las normas de emisión. Por otra parte, y desde un punto de vista correctivo o ex post, los planes de descontaminación tienen como finalidad, a través de las medidas de dichos planes, volver a los niveles de la norma de calidad⁵, esto es, al color verde del semáforo.

Finalmente, el color rojo lo constituyen las situaciones de daño ambiental. Ello ha de mirarse desde un punto de vista correctivo (no podría ser de otra forma ya que el daño nunca podría autorizarse), y su efecto es la reparación del daño causado, con el objeto de volver al color verde (reponer el medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado⁶). El daño ambiental está definido en forma general en la Ley N°19.300, aunque han sido los Tribunales Ambientales y la Corte Suprema quienes han establecido criterios más claros en la jurisprudencia⁷.

Hasta antes de la ley de delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, y graficados en el rectángulo que está bajo el “semáforo ambiental”, se señalan los mecanismos de tutela de la gestión ambiental. Para el color verde, no debiera existir mecanismos de tutela ya que es justamente “lo permitido”. Para el color amarillo, el mecanismo clásico de tutela es el infraccional, especialmente relacionado con el cumplimiento de las resoluciones de calificación ambiental y de las normas de emisión. Y finalmente, para el color rojo, existe un solapamiento entre la tutela infraccional de la Superintendencia del Medio Ambiente y las sentencias de reparación de los tribunales ambientales en relación a demandas por daño ambiental. Ahora bien, con la introducción de los delitos ambientales, se introduce un nuevo mecanismo de tutela que genera un solapamiento respecto al color amarillo en relación a la tutela infraccional para situaciones de riesgo (no de resultado), así como un triple solapamiento en relación al daño ambiental dado que los delitos ambientales instauran una nueva categoría de “afectación grave”.

4. Art. 16 Ley N° 19.300.

5. Art. 2° letra w) Ley N° 19.300 (modificada por la ley N° 21.562 (restricciones a la evaluación de proyectos en zonas declaradas latentes o saturadas)).

6. Art 2° letra s) Ley N° 19.300 (definición de “reparación”).

7. Corte Suprema, Rol N°25.720-2014, considerando quinto. 10 de diciembre de 2015.

Estos dos mundos, el de la gestión y la tutela jurídica del medio ambiente, desde el punto de vista jurídico, responden a lógicas y principios distintos. Un claro principio de la tutela es el principio de responsabilidad; principio de la gestión ambiental, serían el preventivo o el precautorio. Ahora bien, ¿cómo asimilamos ambos mundos? ¿Qué significa incorporar un nuevo mecanismo de tutela, como los delitos ambientales, en esta lógica de la gestión y cómo impacta a la gestión ambiental?

Así, y desde una perspectiva de políticas públicas, este solapamiento del derecho penal no solo tiene consecuencias respecto a la disminución del rol ejemplificador o responsivo que podría tener el derecho penal (ya que frente a ciertas conductas, son varias las posibles respuestas del Estado a través de distintos mecanismos de tutela, además de que las conductas no son claras desde un punto de vista de tipicidad), sino que también al efecto de introducir el derecho

penal ya no como un mecanismo de *ultima ratio* sino que al amplio mundo de la gestión ambiental, con insospechadas consecuencias a futuro. En este sentido, la introducción del derecho penal, en lo que es la gestión ambiental propiamente tal, rompe la tradicional lógica que debiera tener el derecho penal como *ultima ratio* en la parte superior de la pirámide de la tutela ambiental, y a continuación del daño ambiental y de la tutela infraccional, como lo muestra la siguiente figura.

4. Atentados contra el medio ambiente tras la publicación de la Ley 21.595

La Ley 21.595 introdujo un nuevo párrafo al Código Penal con los delitos denominados “Atentados contra el medio ambiente”. Ahora bien, desde la lógica de los atentados, ¿dónde quedarían ciertos delitos denominados de riesgo en que no se exige ningún tipo de

Figura N° 1. Pirámide “ideal” de la tutela ambiental



Fuente: elaboración propia.

consecuencia ambiental? Entendemos consecuencia ambiental en el sentido de un detrimento, un menoscabo, algo que le ocurra a la salud de la población a través del medio ambiente o a la naturaleza directa o indirectamente. Además, con la ley referida se incluyeron como delitos económicos varios otros delitos que estaban en el catálogo de los antiguos delitos ambientales previos a esta ley.

Al respecto, resulta interesante revisar la historia de la ley de atentados contra el medio ambiente para entender la lógica detrás de incluir este nuevo catálogo de delitos. Esta discusión fue llevada principalmente por profesores de Derecho Penal, pero salvo algunas intervenciones de profesionales del Ministerio del Medio Ambiente, no hubo una participación de profesores de Derecho Ambiental. Además, hay que considerar que este debate se da tras una coyuntura política bien particular, relacionada la problemática de octubre 2019.

Si uno quisiera extraer ciertos mensajes o conclusiones de la historia de la ley, se puede indicar lo siguiente. En primer lugar, los profesores que redactaron el proyecto de ley hablan que si habría una *ultima ratio*, pero ¿cómo la configuran ellos? Al respecto, señalan que no sólo se exige un incumplimiento administrativo, sino que además una acción que genera un efecto y que ellos denominan en la historia de la ley, -no en la ley- como delito de contaminación⁸. Así, si se acude al concepto de contaminación contemplado en la Ley General de Bases del Medio Ambiente, no debieran admitirse lógicas de riesgo, pues, se debe acreditar que, si algo es contaminante, es porque tiene la potencialidad de generar un riesgo peligroso a la salud de la población o a la naturaleza.

Además, y según se desprende de la historia de la ley, luego del incumplimiento administrativo y la contaminación, se viene a incorporar la “afectación grave” o el daño ambiental como delito de resultado. Así, se establecería una especie de pirámide que comenzaría con el incumplimiento administrativo que le corresponde sancionar a la Superintendencia del Medio Ambiente. Luego, se añade la contaminación y a los delitos más graves, se le agrega la afectación grave o el daño ambiental como delito de resultado. Con ello, según los profesores que intervinieron, no habría un solapamiento, pues van a estar a salvo los incentivos al cumplimiento de la Superintendencia del Derecho Administrativo Sancionador y además se va a generar una coordinación entre los organismos, que fue una cuestión que se planteó, contemplándose además una eximente de responsabilidad para el delito de elusión⁹.

Así, se pueden clasificar los delitos en dos categorías: los delitos generales ambientales, que no apuntan a un componente del medio ambiente específico o alguna actividad económica específica y los delitos ambientales específicos, donde sí hay un componente específico del medio ambiente o también alguna actividad en particular. A su vez, estos delitos generales y específicos se pueden subclasificar en delitos de riesgo o delitos de resultado. Desde un punto de vista ambiental, el delito de riesgo es aquel que no genera o no exige que se genere una consecuencia ambiental. El delito de resultado, mientras tanto, es aquel que exige una consecuencia ambiental.

Ejemplos de delitos ambientales por subcategoría:

- **Delitos Ambientales Generales**

- **De Riesgo:**

- Elusión al SEIA (art. 311 sexies y 305 CP)

8. Cámara de Diputados, Sesión N°311 de 19 de enero de 2021, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaída sobre el Boletín N°13205-07 y 13204-07.

9. Artículo 311 sexies del Código Penal.

- Contravención reiterada (art. 306 CP)
- Delitos LOSMA (art. 37 bis y 37 ter LOSMA)

-De Resultado:

- Acción con afectación grave puro y simple (art. 308 CP)
- Acción con afectación grave calificada (art. 309 CP)
- Acción con afectación grave y localización (art. 310 CP)

• **Delitos Ambientales Específicos**

-De Riesgo:

- Extracción de aguas con infracción (art. 307 CP)
- Tráfico de residuos peligrosos (art. 44 Ley REP). Sobre este delito en particular, antes de la Ley de Delitos Económicos, se exigía más bien un resultado.

-De Resultado:

- Delitos Ley de Pesca: infracción introduciendo agentes con daño a recursos hidrobiológicos (art. 136 Ley de Pesca)
- Delitos Ley de Monumentos (daño o afectación) (arts. 38 y 38 bis Ley de Monumentos Nacionales)

5. Delitos de riesgo y delitos de resultados

La gran discusión jurídica que está detrás de los delitos de riesgo tiene que ver con cuál es el bien jurídico protegido. Desde una perspectiva más bien ambiental, uno podría pensar perfectamente que cuando hay una situación extremadamente riesgosa, -un reactor nuclear sin cumplir un permiso, por ejemplo-, se justifica -en lógica de *ultima ratio*- un delito de riesgo.

Sin embargo, dichas situaciones de extremo riesgo no son las reguladas en este catálogo de delitos, pero sí hay algunas situaciones en que el bien jurídico protegido, más que el ambiental, es la integridad del sistema administrativo o el no defraudar al sistema administrativo. Ello tiene sentido por ejemplo respecto a delitos que tengan que ver con información que se envía a la Superintendencia del Medio Ambiente en que exista un dolo evidente, cuya consecuencia será evidentemente un “fraude al sistema ambiental”. Sin embargo, ello no ocurre con el delito de elusión, ilícito administrativo al cual se le agrega una acción (que es lo propio de la elusión, por lo que dicha acción no le agrega nada a la elusión propiamente tal). Pero el problema, es que la elusión, tal como está configurada en nuestra legislación, es una figura incierta y no objetiva, y que depende de una decisión administrativa. Ahora bien, y pese a que se estableció una eximente, va a resultar siempre muy discutible la aplicación de la misma (especialmente desde la perspectiva investigadora del Ministerio Público). Tampoco ocurre ello con el delito contemplado en el artículo 37 bis de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, y que se relaciona con la presentación de información falsa al SEIA: “el que maliciosamente en la evaluación ambiental de un proyecto presentare información que ocultare, morigerare, alterare o disminuyere los efectos o impactos ambientales futuros determinados en la evaluación ambiental, de un modo tal que pudiese conducir a una incorrecta aprobación de la resolución de calificación ambiental.” ¿Qué es información alterada? Recordemos que el SEIA funciona precisamente en base a modelaciones y supuestos, dada su lógica preventiva. ¿Cuál sería entonces la perspectiva investigativa del Ministerio Público al respecto? La evaluación ambiental es preventiva, es una modelación, es un modelo científico que solamente vamos a saber sus efectos o si anduvo bien o mal una vez que se empieza a ejecutar el proyecto. ¿Eso será constitutivo de delito? ¿Qué va a ocurrir con la gestión ambiental? Es una situación

extremadamente compleja para la gestión ambiental y las consultoras.

Para entender bien cómo funcionan los “atentados” contra el medio ambiente, veremos en primer lugar el supuesto delito de “contaminación” en que no habría un “atentado”, con sus tres variantes, y luego el delito de afectación grave, el cual a su vez presenta tres vertientes.

Delito de “contaminación” (o de “falsa contaminación”)

Tal como está contemplado en el artículo 305 del Código Penal, es un delito de riesgo que no requiere la generación de consecuencias ambientales. De acuerdo a la Historia de la Ley, su construcción tiene que ver con un ilícito administrativo “agravado” con una acción. Así se señala, por ejemplo, respecto al delito de elusión:

“el proyecto específico sobre delitos ambientales considera que la contaminación es la emisión ilegal de sustancias contaminantes (este asunto debe entregarse a la regulación administrativa y no a la ley penal). El delito de contaminación queda enmarcado por el caso grave de elusión o de infracción reiterada de la normativa ambiental. La idea es que el delito de contaminación se someta a una regla penal que refuerce el sistema de control sancionatorio administrativo ambiental, para evitar que el diseño conceptual del delito se solape con el sistema administrativo y se genere confusión entre la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal”¹⁰.

Así, el ilícito administrativo (elusión) está agravado por acciones que son descritas en el artículo 305: vierta sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales; extraiga aguas continentales, sean superficiales o subterráneas, o aguas marítimas; vierta o deposite sustancias contaminantes en el suelo o subsuelo, continental o marítimo; vierta tierras u otros sólidos en humedales; extraiga componentes del suelo o subsuelo; libere sustancias contaminantes al aire”. Evidentemente, para que exista elusión, se requiere que haya una acción (sino no habría elusión). Además, esas acciones no requieren que exista un resultado (atentado), sino solamente la lógica de la emisión (verter, depositar, liberar). En algunos casos, se agrega la palabra “contaminante”, por lo que habría que probar que la acción potencialmente podría generar un riesgo ambiental. La sustancia contaminante es aquello que debiera tener la aptitud en el medio de generar un riesgo en la salud de la población o en la naturaleza. Al respecto, ¿será posible que el Ministerio Público llegue a interpretar que, por ejemplo, la liberación de alguna sustancia química, constituye contaminación? Para ello hay que entender el efecto de esa sustancia química en el medio ambiente para catalogarlo como un contaminante, cuestión que difícilmente podrá sostener el Ministerio Público, destruyéndose los presupuestos de la ley. En algunos casos, el mero extraer aguas o extraer suelo, sin ningún tipo de riesgo ambiental asociado, ya constituiría delito, bajo el supuesto de la elusión. De acuerdo a lo anterior, podríamos hablar entonces de “falsa contaminación”, en el sentido de que no se requería la generación real de un riesgo a la salud de la población o a la naturaleza.

Además, dentro de este delito de “falsa contaminación”, encontramos los delitos de los artículos 306

10. BASCUÑÁN, Antonio. Senado de la República en Informe (en minuta de la Ley n°21.595, de delitos económicos, que introduce un nuevo párrafo sobre atentados contra el medio ambiente, de Olivares Rodríguez Abogados).

(contravención reiterada, en base a las mismas acciones) y 307 (extracción de aguas infringiendo ciertas reglas y en determinadas hipótesis).

Delito de resultado: “afectación grave”

Tratándose de los delitos de resultado, se suponía que iban a tener una lógica sumatoria. O sea, para su configuración se requeriría del incumplimiento normativo más la acción, más el efecto. La suma de estos tres elementos llevaría supuestamente a la configuración del tipo penal del artículo 308 del Código Penal, como una verdadera *ultima ratio*. Sin embargo, se define “afectación grave” en las mismas lógicas del daño ambiental (o sea, es lo mismo) y la lógica sumatoria que se mencionó en la Historia de la Ley estaría únicamente presente en el numeral 1 del artículo 308, que señala lo siguiente:

“El que, vertiendo, depositando o liberando sustancias contaminantes, o extrayendo aguas o componentes del suelo o subsuelo, afectare gravemente las aguas marítimas o continentales, superficiales o subterráneas, el suelo o el subsuelo, fuere continental o marítimo, o el aire, o bien la salud animal o vegetal, la existencia de recursos hídricos o el abastecimiento de agua potable, o que afectare gravemente humedales vertiendo en ellos tierras u otros sólidos, será sancionado:

1. Con la pena de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, si la afectación grave fuere perpetrada concurriendo las circunstancias previstas en los artículos 305, 306 o 307 [elusión, contravención reiterada y aguas: con lógica sumatoria]

2. Con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo en los casos no comprendidos en el número precedente, y siempre que no estuviere autorizado para ello [sin lógica sumatoria]”.

6. Conclusiones

Cuando se analiza en profundidad la Ley de Atentados contra el Medio Ambiente, resulta de toda evidencia que los redactores de la señalada ley, bajo la idea de que había que penalizar las situaciones ambientales, trataron de “encajar” delitos ambientales sin un mayor entendimiento de la gestión y del daño ambiental, con un resultado altamente deficiente. Pese a lo señalado en la Historia de la Ley, en esta ley no existe ni las lógicas de *ultima ratio* o sumatoria, ni la idea de evitar solapamientos, los cuales se van a generar, profundizándose entonces la descodificación del Derecho Ambiental. Además, no existe una penalización real de “atentados” contra el medio ambiente, sino que un solapamiento de la “afectación grave” con la responsabilidad por daño ambiental a nivel administrativo y judicial. Las consecuencias de una legislación como esta en la gestión ambiental son gravísimas, lo cual va a generar un inmovilismo en la gestión dados los riesgos de delito en que caería la gestión ambiental, además de la falta de tipicidad y claridad en relación especialmente a la elusión y un grave problema para los incentivos al cumplimiento de la Ley de la Superintendencia del Medio Ambiente, los cuales no fueron blindados, entre otras muchas consecuencias. En este sentido, la Ley de Atentados contra el Medio Ambiente es un verdadero “elefante en la habitación”, del cual nadie quiere hablar ni menos abordar, dado que podría ser considerado “políticamente incorrecto”.

3. PRESENTACIÓN DE ALEX VAN WEEZEL

1. Introducción

Como se vio también en la presentación de Ricardo Irarrázabal, la creación del nuevo párrafo 13 del Título VI del Libro II del Código Penal, denominado “Atentados contra el medio ambiente”, resulta sorprendente desde el punto de vista de la técnica legislativa. Sorprende la cantidad de preguntas abiertas que dejó y sobre todo el hecho de que el legislador parece no haber tenido en cuenta la experiencia de varias décadas que otros países tienen en esta materia. Despreciando una máxima de prudencia que se suele atribuir a Aristóteles, el legislador chileno buscó establecer una vía propia en lugar de adaptar y perfeccionar modelos del derecho comparado.

El objetivo de esta exposición es presentar una visión general sobre la criminalización de las conductas que afectan el medio ambiente, poniendo énfasis en la pregunta que da su título a este encuentro, la proporcionalidad e idoneidad del derecho penal para gestionar

riesgos ambientales. El autor procura abordar esta cuestión desde la tradición del derecho penal liberal.

2. Derecho Penal y otros sistemas sancionatorios

Lo primero que se debe resaltar es que existe una diferencia radical o incluso sustancial entre el derecho penal y los otros sistemas sancionatorios. Cualquiera persona que revise la prensa de estos días, podrá darse cuenta de que la pena privativa de libertad, o la posibilidad de que alguien sea sometido a una pena privativa de libertad, o a medidas cautelares que implican el ingreso en un recinto carcelario, es lo que da al derecho penal su potencia simbólica, su particular significado, su lugar en el conjunto de las herramientas que el Estado tiene para mantener la convivencia pacífica. El derecho penal está en una posición sustancialmente distinta del resto del ordenamiento jurídico.

Esto, que no es nuevo, sino que existe en la forma en que lo conocemos hoy al menos desde el surgimiento del Estado moderno, dio lugar, también en los albores de la modernidad, a lo que podría denominarse como “conciencia ilustrada”, la conciencia viva de que quien tiene el poder punitivo, el Estado, puede abusar de él, y abusando de ese poder, puede afectar el proyecto de vida de una persona de manera grave e irreparable. Por alguna razón —esto sería materia para otro seminario—, en las últimas décadas la conciencia ilustrada se ha ido atenuando, se ha ido adormeciendo. Hoy existe mucha mayor confianza en el Estado de la que se tenía antes. Quizás esto es un proceso cíclico o pendular y cada generación tiene que hacer su propio proceso de maduración en este sentido.

Lo importante es que de la conciencia ilustrada, incluso en sus formas más tenues, surge una serie de principios fundamentales cuyo sentido es mantener el poder punitivo estatal dentro de ciertos límites.

El primero es el principio de tipicidad o de determinación de la ley penal, que significa que el Estado, para tener derecho a imponer una pena, debe previamente vincularse y garantizar a todo ciudadano que solo va a imponer penas en ciertas clases de casos, definidas con mucha precisión, con la mayor precisión posible, y que en cambio no lo hará en otras clases de casos, aunque inesperadamente se presenten conductas graves, reprochables, intolerables, etc. que no están comprendidas entre las que son susceptibles de sanción penal. El Estado se constriñe de antemano y dice, “yo voy a imponer sanciones penales solo en estos casos que estoy definiendo ahora, y que además defino a través de una ley”. Esta es la tipicidad.

El segundo principio, tan importante como este, es el de culpabilidad, conforme al cual la pena tiene que ser merecida por quien la sufre. Cuando se impone una pena a una persona, la sufre por completo, la sufre entera. No la puede repartir o distribuir. La pena privativa de libertad no se puede dividir entre distintas

personas. La sufre completa aquel a quien se impone. Por tanto, culpabilidad significa, en este sentido, que los presupuestos para la imposición de la pena tienen que concurrir también completos en aquel que la va a padecer. Así como no se puede distribuir la pena, no se pueden distribuir los presupuestos de imposición de la pena entre distintas personas, tienen que concurrir todos en ella misma.

Por último, el principio de proporcionalidad. La pena, decía muy bien Ricardo Irarrázabal, es la *ultima ratio* para proteger los bienes más importantes de los ataques más graves. Por eso, cuando la definición de un delito resulta algo difícil de entender para un ciudadano más o menos informado, eso es una señal de alerta. Cuando un delito no se entiende, cuando uno no sabe bien qué es lo que se está castigando, eso con frecuencia quiere decir que el bien jurídico protegido no es suficientemente importante, o que la forma de ataque no satisface la condición de ser una de las más graves.

En el Derecho Administrativo Sancionador, que no conoce la pena privativa de libertad y donde, por lo tanto, las afectaciones al proyecto vital de una persona son de menor entidad, los principios limitativos son más generales y menos exigentes que en el derecho penal. No es que no existan, pues las sanciones administrativas son al fin y al cabo verdaderas sanciones y no meros “actos desfavorables”, pero su estándares y especificidad son menores.

¿Qué se sigue de todo esto para la articulación entre derecho penal ambiental y derecho sancionatorio administrativo ambiental? Yo pienso que mucho. Veamos algunos ejemplos.

Un ejemplo desde el vecindario: el artículo 318 Código Penal

Permítanme comenzar con un ejemplo que no es de un delito ambiental, pero que está en el vecindario y tiene

una larga historia. Me refiero al delito contemplado en el artículo 318 del Código Penal, que dispone en su inciso primero: “el que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales”.

Esta fue la figura estrella de la pandemia, a raíz de la cual se produjo una controversia muy importante entre las defensas de personas que estaban siendo impunitas y el Ministerio Público.

Los afectados por la persecución penal sostenían que la ley exigía poner en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, entendiendo la “salud pública” como la salud de un número indeterminado de personas. O sea, tenía que haberse afectado de alguna manera tangible, comprobable, la salud, o al menos la conducta tenía que haber sido idónea para afectar de una manera tangible y comprobable la salud de un número indeterminado de personas.

Sin embargo, la Fiscalía sostuvo que para configurar el delito del artículo 318 bastaba con la infracción de las reglas higiénicas que publica la autoridad en tiempo de epidemia. El delito se constituye por la infracción de esas reglas, la cual automáticamente o de suyo implica la creación de un peligro para la salud pública. Así, para que se configure el delito no se necesitaría acreditar ningún peligro concreto ni tampoco alguna idoneidad peligrosa de la conducta. De hecho, la Fiscalía sostenía que ningún operador jurídico está capacitado para descartar o dar por acreditado algún peligro, pues se trataba de un tema técnico sanitario. Si los expertos han publicado ciertas reglas, se supone que su infracción es peligrosa per se. El sistema penal debe someter-

se ciegamente a lo que indique la autoridad sanitaria.

Lo anterior dio lugar a una importante discusión jurídica durante la pandemia, la que culminó con uno de los mejores fallos de la Corte Suprema de las últimas décadas¹¹, cuando menos en este siglo, donde el máximo tribunal sostiene que el delito de quebrantar las reglas higiénicas o salubridad no existe. El delito consiste en poner en peligro la salud de la población, de modo que la conducta al menos debe tener una cierta idoneidad para poner realmente en peligro la salud de las personas. Circular por las calles desiertas de un pueblo sureño en pleno invierno puede ser una infracción administrativa, pero no un delito de puesta en peligro de la salud pública. La sola infracción del toque de queda no es suficiente para configurar el delito del artículo 318 del Código Penal.

El ejemplo evidencia también un problema serio de tipicidad. ¿Cuáles son estas reglas de salubridad a las que se remite el tipo penal? No hay claridad suficiente. Y, por otro lado: ¿merece realmente la pena quien socava de una manera tan marginal la vigencia de las normas sanitarias o se pretende justificar la imposición de la pena en una especie de “mal ejemplo” para otros? Y, por último: ¿puede decirse que la privación de libertad es una sanción proporcionada a la gravedad del hecho? Pareciera que los principios limitativos del *ius puniendi* solo comienzan a satisfacerse realmente cuando la conducta está asociada ya en la comprensión de la norma de conducta a una puesta en peligro real o al menos la idoneidad para lesionar un bien jurídico que a su vez, no es una mera abstracción.

Para la tipificación de los delitos ambientales debiera regir lo mismo y, como este fallo es anterior a la Ley de Delitos Económicos, lo esperable era que el legislador hubiera tomado nota de esta sentencia de la Corte Su-

11. Corte Suprema, Rol N° 25.436-2020, sentencia de 25 de marzo de 2021.

prema y de la discusión jurídica en la que ella se enmarca. Sin embargo, no lo hizo.

Artículos 305 y 306 del Código Penal: elusión y “mera” contaminación

Los artículos referidos, que tipifican atentados contra el medio ambiente, disponen respectivamente lo siguiente:

Artículo 305: "será sancionado con presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio el que sin haber sometido su actividad a una evaluación de impacto ambiental a sabiendas de estar obligado a ello:

1. Vierta sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales.
2. Extraiga aguas continentales, sean superficiales o subterráneas, o aguas marítimas.
3. Vierta o deposite sustancias contaminantes en el suelo o subsuelo, continental o marítimo.
4. Vierta tierras u otros sólidos en humedales.
5. Extraiga componentes del suelo o subsuelo.
6. Libere sustancias contaminantes al aire.

La pena será de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo si el infractor perpetra el hecho estando obligado a someter su actividad a un estudio de impacto ambiental”.

Artículo 306: "las penas señaladas en el inciso primero del artículo anterior serán aplicables al que, contando con autorización para verter, liberar o extraer cualquiera de las sustancias o elementos mencionados en los números 1 a 6 del artículo 305, incurra en cualquiera de los hechos allí previstos, contraviniendo una norma

de emisión o de calidad ambiental, incumpliendo las medidas establecidas en un plan de prevención, de descontaminación o de manejo ambiental, incumpliendo una resolución de calificación ambiental, o cualquier condición asociada al otorgamiento de la autorización, y siempre que el infractor hubiere sido sancionado administrativamente en, al menos, dos procedimientos sancionatorios distintos, por infracciones graves o gravísimas, dentro de los diez años anteriores al hecho punible y cometidas en relación con una misma unidad sometida a control de la autoridad”.

El artículo 305 establece la figura de elusión del sistema de evaluación ambiental y sanciona al que realiza las conductas de verter, extraer, depositar, liberar sustancias contaminantes, etc. cuando ellas se realizan sin autorización ambiental. El artículo 306, en cambio, se refiere a los casos en que esas conductas se despliegan con autorización, pero contraviniendo alguna condición asociada a su otorgamiento, siempre que la persona haya sido sancionada administrativamente un par de veces antes y que las infracciones incidan en una misma unidad de fiscalización.

Pues bien, supongamos que el permiso ambiental es una RCA. Como ustedes saben, hay RCA que son documentos de muchas páginas, con toda clase de contenidos. Y ocurre que la ley entrega a la Superintendencia del Medio Ambiente una enorme discrecionalidad en la construcción de hipótesis infraccionales. En sede de fiscalización y sanción, aquello que en primera instancia se va a considerar como norma, condición o medida del permiso ambiental es algo que la ley entrega, para bien o para mal, a la discrecionalidad de la autoridad ambiental. Por ejemplo, si la RCA de un proyecto minero define que ciertos insumos deben ser de tal o cual marca, pero por distintas razones el titular la sustituye por un proveedor que considera equivalente, ¿esto constituye infracción de la RCA? Hace poco revisaba una RCA de un proyecto no minero y en ella se indica hasta el tipo de pintura que hay que usar para pintar

los dormitorios de los trabajadores. Si por cualquier razón en definitiva se utilizó óleo opaco, ¿eso constituye también una infracción de la RCA?

Hay muchos ejemplos menos llamativos y más complejos. Como cuando una cierta determinación de la RCA queda obsoleta porque existe una regulación sectorial detallada sobre el mismo aspecto. No es raro que la autoridad ambiental se acople implícitamente a estas regulaciones, lo que redundará en que la SMA impute infracciones sobre la base de presupuestos que contravienen lo que expresamente señala la RCA. La RCA dice, por ejemplo, que tal o cual valor se va a sumar o se va a restar para determinar si se ha superado o no un determinado parámetro, pero la SMA dice lo contrario y tiene por configurada una infracción ¡a la RCA!, al menos a nivel de formulación de cargos.

Entonces, ¿en qué queda el principio de tipicidad? Si el tipo penal va a ser la RCA en su conjunto o, peor aun, la selección de elementos que determine la autoridad administrativa, en este caso la SMA, ¿puede reconocerse todavía aquello de que el Estado se constriñe de antemano y establece con antelación qué es lo que va a ser sancionado como delito? La Corte Suprema dijo que no en el caso del artículo 318; el Tribunal Constitucional, lo mismo. El caso del artículo 306 es todavía más grotesco, a mi modo de ver, desde el punto de vista de la violación del principio de tipicidad.

Supongamos ahora que el incumplimiento de la condición a la cual se refiere el artículo 306 corresponde a una norma de emisión. El derecho penal funciona, como veíamos, sobre la base del principio de culpabilidad. La totalidad de los presupuestos de la pena tiene que estar presente y ser predicable de aquel que va a sufrir la totalidad de la pena. Pues bien, ¿cuál es la lógica de una norma de emisión? Su lógica es esencialmente una lógica de acumulación de conductas. La norma de emisión no está hecha para tal o cual emisión en particular, sino para hacerse cargo del efecto de múltiples

fuentes contaminantes no coordinadas entre sí. La emisión singular en cuanto tal no es considerada por la norma de emisión.

Entonces, trasladando esto al ámbito de las sanciones, ocurre que el legislador está plenamente consciente de que la vulneración de la norma de emisión por parte de una persona singular no afecta el medio ambiente en los términos que sirven de fundamento a la dictación de la norma. Es decir, existe una inconsistencia entre el fundamento de la norma primaria y el contenido de la norma de sanción. Esta inconsistencia se “salva” mediante un razonamiento hipotético: qué ocurriría si todos hicieran lo mismo. Como la norma de emisión está construida para hacerse cargo del efecto de múltiples fuentes contaminantes no coordinadas, la norma de sanción conecta con una hipótesis de transgresión múltiple. El problema es que una fundamentación del injusto penal sobre la base de la hipotética conducta futura de terceros es incompatible con el principio de culpabilidad. No se castiga por lo que la persona hizo, sino en consideración a qué ocurriría si todos hicieran lo mismo. Esto es propio del derecho administrativo y completamente extraño al derecho penal.

Desde luego que en la ley chilena ya existían desde antiguo hipótesis similares, como el delito contemplado en el artículo 97 N° 10 del Código Tributario, consistente en no dar boleta en forma reiterada. Una persona que, en un período de tres años no da dos veces boleta por el monto mínimo incurre en un delito. El Servicio de Impuesto Internos y el legislador saben que una persona que en tres años no da dos boletas por el mínimo no afecta el sistema de recaudación del IVA. Es la misma lógica de qué ocurriría si todos hicieran lo mismo. Por respeto al principio de culpabilidad esto no puede ser delito, como a mi modo de ver tampoco puede serlo la mera infracción del permiso ambiental. La estabilización de estas normas de orden debe estar encomendada al derecho administrativo sancionador. El artículo 306 es una figura problemática, incompatible con la visión

del derecho penal que tenemos desde la Ilustración.

Respecto del 305, para no abusar de vuestra paciencia, haré una sola observación, cuyo contenido ya fue sugerido por Ricardo Irrarrázabal en su exposición. Sin ser un experto en derecho ambiental, las interacciones que he tenido con el sistema de autorizaciones ambientales y con las decisiones acerca de si algo debe ser evaluado ambientalmente, me hablan de un espacio inmenso de indeterminación. Recordemos que, aparte de las tipologías que la ley establece para definir lo que debe ser evaluado, se contempla una cláusula general cuya formulación es particularmente abierta.

¿Qué ocurre, por ejemplo, si se estima a posteriori que una carta de pertinencia no incluyó todo lo que debía incluir? ¿Esta sola circunstancia abre ya las puertas a una figura de elusión? A mi modo de ver, y aquí es donde está el principal problema, el artículo 305 podría estar tipificando como delito una discrepancia sobre la subsunción de un cierto complejo de hechos, de un proyecto, bajo una determinada normativa. Es la criminalización de lo jurídicamente discutible.

Algo similar ocurre cuando la Unidad de Análisis Financiero (UAF) administrativamente por no informar cierto tipo de operaciones sospechosas, las que se consideran “inusuales”. Es el mismo legislador quien le entrega al sujeto regulado la posibilidad de hacer un juicio y determinar si la operación es usual o no lo es, de acuerdo a los usos y costumbres de su propio ámbito de negocios. Obviamente la UAF puede discrepar de la opinión del regulado y hacerle presente esa discrepancia para casos futuros o incluso dictar una norma de alcance más general. Pero no debería imponer su opinión jurídica a punta de sanciones. La sanción de lo opinable o discutible ya es problemática en lo administrativo. En lo penal es simplemente intolerable.

Pero el legislador ya ha dado pasos en esta línea. La misma Ley de Delitos Económicos (y Ambientales) tipifi-

ca como delito la entrega de información falsa sobre “aspectos relevantes” para conocer la “situación jurídica” de una sociedad anónima (artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas). Todos los abogados tenemos que tomar decisiones sobre si corresponde informar o no una determinada contingencia legal. Pues bien, esta discusión ha sido criminalizada con el artículo 139 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El nuevo delito de elusión ambiental se inscribe dentro de esta misma lógica de criminalización de lo jurídicamente discutible. Esto también es contrario a los principios que, desde la conciencia ilustrada, buscan limitar el poder punitivo del Estado.

Conversando sobre estas mismas cosas hace algunos años en otro país, me decían “bienvenido al Derecho Penal del siglo 21”. Hace tiempo que está en curso el desmantelamiento del derecho penal liberal, y la Ley de Delitos Económicos es expresión de esta misma tendencia, pero yo pienso que sigue habiendo buenas razones para ser optimista. Los fallos de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre el artículo 318 del Código Penal nos dicen que la sociedad no quiere —ni siquiera en medio de una pandemia— una especie de dictadura sanitaria. Probablemente tampoco quiera una criminalización de la gestión de riesgos ambientales, aun reconociendo y valorando la enorme importancia de esa gestión.

Para terminar, efectivamente es proporcional contar con un grupo de delitos ambientales, pero para las hipótesis de daño y aquellas en que una conducta que es idónea ex ante para poner en riesgo el bien jurídico protegido, que es el medio ambiente. En cambio, una figura como el artículo 306 pertenece claramente al derecho administrativo sancionador. En el mismo sentido, la figura de elusión debería restringirse sustancialmente para excluir todos los casos en que el ingreso del proyecto a evaluación ambiental sea un asunto jurídicamente discutible.